
Datum: 28.04.2009
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 2. Senat für Familiensachen
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 2 WF 1/09
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2009:0428.2WF1.09.00

Vorinstanz: Amtsgericht Essen, 101 F 207/08

Tenor:

Auf die Beschwerde der Beklagten vom 08.09.2008 gegen den Beschluss des Amtsgerichts - Familiengericht - Essen vom 07.08.2008 wird der Beklagten für die 1. Instanz unter Beiordnung von Rechtsanwältin T aus F mit Wirkung ab dem 12.08.2008 in Erweiterung des Beschlusses des Amtsgerichts Essen vom 10.09.2008 ratenfreie Prozesskostenhilfe insoweit bewilligt, als sie

1) die Abweisung der erhobenen Abänderungsklage für den Zeitraum zwischen dem 01.07.2008 und dem 11.08.2008 insgesamt begehrt

2) und sich gegen eine Reduzierung ihrer Ansprüche auf nachehelichen Unterhalt

für den Zeitraum zwischen dem 12.08.2008 und dem 30.09.2008 auf monatlich weniger als 255,00 €,

für den Zeitraum zwischen dem 01.10.2008 und dem 31.12.2008 auf monatlich weniger als 237,00 €,

für den Zeitraum zwischen dem 01.01.2009 und dem 28.02.2009 auf monatlich weniger als 236,00 €, sowie

für den Zeitraum zwischen dem 01.03.2009 und dem 31.03.2009 auf weniger als 213,00 € verteidigt.

<u>Gründe:</u>	1
I.	2
Die Parteien sind seit dem 25.02.2003 rechtskräftig geschiedene Eheleute. Aus ihrer Ehe ist der am xxx geborene Sohn G hervorgegangen, welcher bei der Beklagten lebt.	3
Durch Urteil des Amtsgerichts Essen vom 12.02.2008 unter dem Az: 101 F 181/07 sind u.a. Ansprüche der Beklagten gegen den Kläger auf laufenden nachehelichen Unterhalt ab Februar 2008 – zeitlich befristet bis einschließlich März 2009 – in Höhe von monatlich 307,000 € titulierte worden.	4
Hiergegen richtet sich der Kläger im Wege einer Abänderungsklage mit dem Begehren, die Ansprüche auf nachehelichen Unterhalt ab Juli 2008 auf 0,00 € zu reduzieren. Er trägt vor, durch Beschluss des Amtsgerichts Essen vom 19.02.2008 (Az: 79 XVI 07/07) den Sohn seiner zweiten Ehefrau E A, geb. am xxx, als Kind angenommen zu haben.	5
Auf der Basis einer Ermittlung seines Einkommens nach Lohnsteuerklasse I sei er der Beklagten gegenüber nach Vorwegabzug des Kindesunterhaltes für G und E nicht länger leistungsfähig.	6
Das Amtsgericht hat der Beklagten die für die Rechtsverteidigung – Klageabweisung – nachgesuchte Prozesskostenhilfe zunächst versagt. Dagegen hat die Beklagte sofortige Beschwerde eingelegt. Dieser hat das Amtsgericht durch Beschluss vom 10.09.2008 teilweise abgeholfen. Es hat der Beklagten zur Verteidigung gegen die Abänderungsklage Prozesskostenhilfe insoweit bewilligt, als sie sich gegen eine Reduzierung ihrer Ansprüche auf nachehelichen Unterhalt auf monatlich weniger als 151,00 € zur Wehr setzt. Sodann hat es die Sache dem Oberlandesgericht zur Entscheidung vorgelegt.	7
II.	8
1.	9
Es ist davon auszugehen, dass sich die Beschwerde der Beklagten vom 08.09.2008 gegen den ablehnenden Prozesskostenhilfebeschluss des Amtsgerichts Essen vom 07.08.2008 in Gestalt der Abhilfeentscheidung vom 10.09.2008 und nicht gegen den Beschluss zur vorläufigen Einstellung der Zwangsvollstreckung ebenfalls vom 07.08.2008 richtet. Letzterer wäre gemäß § 707 II S. 2 ZPO analog nicht anfechtbar (vgl. Zöller-Herget, ZPO, 27. Auflage, § 769, Rdnr. 13).	10
2.	11
Gegen den ablehnenden Prozesskostenhilfebeschluss vom 07.08.2008 ist das Rechtsmittel der Beklagten vom 08.09.2008 als sofortige Beschwerde nach § 127 II S. 2 ZPO statthaft.	12
Es ist zulässig, insbesondere fristgerecht gemäß § 127 II S. 3 ZPO eingelegt worden.	13
	14

In der Sache ist die sofortige Beschwerde überwiegend begründet.	15
Über die Prozesskostenhilfebewilligung des Amtsgerichts in seiner Abhilfeentscheidung vom 10.09.2008 hinaus besteht eine hinreichende Erfolgsaussicht nach § 114 S. 1 ZPO für die Rechtsverteidigung der Beklagten im tenorierten Umfang.	16
a)	17
Für den Zeitraum zwischen dem 01.07.2008 und dem 11.08.2008 ist die Rechtsverteidigung der Beklagten in vollem Umfang begründet. Dem Abänderungsbegehren des Klägers steht die Zeitschranke in § 323 III S. 1 ZPO entgegen.	18
Hiernach kann eine Abänderung des angegriffenen Urteils des Amtsgerichts Essen vom 12.02.2008 erst ab dem Zeitpunkt der Rechtshängigkeit der Abänderungsklage am 12.08.2008 erfolgen. Die Ausnahmenvorschrift in § 323 III S. 2 ZPO ist auf eine rückwirkende Reduzierung der Unterhaltsverpflichtung eines Unterhaltsschuldners nicht anwendbar (vgl. Zöller-Vollkommer, ZPO, 27. Auflage, § 323, Rdnr. 35a).	19
b)	20
Für den Zeitraum ab dem 12.08.2008 besteht eine hinreichende Erfolgsaussicht für die Rechtsverteidigung, soweit sich die Beklagte gegen eine Reduzierung ihrer Ansprüche auf nahehelichen Unterhalt bis zum 30.09.2008 auf monatlich weniger als 255,00 €, bis zum 31.12.2008 auf monatlich weniger als 237,00 €, bis zum 28.02.2009 auf monatlich weniger als 236,00 € und bis zum 31.03.2009 auf weniger als 213,00 € wendet.	21
aa)	22
Es liegt eine wesentliche Veränderung im Sinne von § 323 I S. 1 ZPO vor.	23
Im Rahmen der Wandelbarkeit der ehelichen Lebensverhältnisse sind Unterhaltsansprüche nicht nur für die zweite Ehefrau des Beklagten sondern auch für seinen Sohn E A zu berücksichtigen, welchen er im Februar 2008 als Kind angenommen hat (vgl. BGH, Urteil vom 01.10.2008, Az: XII ZR 62/07, FamRZ 2009, 23, juris, Rdnr. 24; BGH, Urteil vom 17.12.2008, Az: XII ZR 09/07, juris, Rdnr. 28).	24
Solange sich der Unterhaltspflichtige in unterhaltsrechtlicher Hinsicht nicht "schuldhaft" verhält, verbleibt "der durch (eine) weitere Unterhaltspflicht entstandene finanzielle Nachteil aus Gründen der Halbteilung nicht allein" bei ihm selbst (vgl. BGH, Urteil vom 01.10.2008, Az: XII ZR 62/07, FamRZ 2009, 23, juris, Rdnr. 23).	25
bb)	26
Mit seiner Bezugnahme auf das Hinzutreten weiterer Unterhaltsberechtigter ist der Kläger nicht gemäß § 323 II ZPO präkludiert.	27
Die Annahme als Kind wurde durch Beschluss des Amtsgerichts Essen vom 19.02.2008 unter dem Az: 79 XVI 07/07 ausgesprochen (§ 1752 I BGB). Dieses Datum lag zeitlich nach der mündlichen Verhandlung im Vorverfahren über den nahehelichen Unterhalt (AG Essen, Az: 101 F 181/07) am 12.02.2008.	28
	29

Zwar erscheint es ausgeschlossen, dass dem Kläger 7 Tage vor Ausspruch der Adoption "noch keine (diesbezüglichen) Unterlagen" vorgelegen hätten. Allein zur Einleitung des Adoptionsverfahrens bedurfte es auf seiner Seite gemäß § 1752 I, II S. 2 BGB eines notariell beurkundeten Annahmeantrags.	
Allerdings schließt wegen der Maßgeblichkeit des "tatsächlichen" Eintritts einer nachträglichen Veränderung allein ihre Vorhersehbarkeit zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung die spätere Erhebung einer Abänderungsklage nach § 323 ZPO nicht aus (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 17.06.2002, Az: 6 UF 229/01, juris, Rdnr. 6, Zöller-Vollkommer, ZPO, 27. Auflage, § 323, Rdnr. 34).	30
Eine Obliegenheit zur Einlegung einer Berufung gegen das Urteil des Amtsgerichts Essen vom 12.02.2008 unter dem Az: 101 F 181/07 bestand für den Kläger nicht.	31
Grundsätzlich hat diejenige Partei, zu deren Gunsten sich die Verhältnisse ändern, eine Wahlmöglichkeit zwischen Berufungs- und Abänderungsverfahren (vgl. BGH, Urteil vom 06.11.1985, Az: IVb ZR 74/84, FamRZ 1986, 43, juris, Rdnr. 9; Zöller-Vollkommer, ZPO, 27. Auflage, § 323, Rdnr. 13). Diese erlischt erst dann, wenn von der Gegenseite Berufung eingelegt worden ist und die wesentliche Änderung im Wege einer Anschlussberufung geltend gemacht werden kann (vgl. BGH, Urteil vom 06.11.1985, Az: IVb ZR 74/84, FamRZ 1986, 43, juris, Rdnr. 9).	32
cc)	33
Zur Ermittlung der Unterhaltsansprüche der Beklagten gegen den Kläger ist nach der jüngsten Rspr. des BGH, der sich der Senat anschließt (vgl. Urteil vom 12.03.2009, Az: 2 UF 204/08, veröffentlicht bei juris.de), auf die sogenannte "Dreiteilungsmethode" abzustellen (vgl. BGH, Urteil vom 30.07.2008, Az: XII ZR 177/06, FamRZ 2008, 1911, juris, Rdnrn. 39 ff.). Dabei ist grundsätzlich das tatsächliche Einkommen des Klägers unter Einbeziehung seines Splittingvorteils aus der neuen Ehe zu berücksichtigen (vgl. BGH, Urteil vom 30.07.2008, Az: XII ZR 177/06, FamRZ 2008, 1911, juris, Rdnrn. 48 ff.; OLG Düsseldorf, Urteil vom 05.05.2008, Az: 2 UF 135/06, FamRZ 2008, 1254, juris, Rdnr. 84).	34
Die vom Kläger vorgetragene Steigerung seines monatlichen "Brutto-Stundenlohnes" von 2.427,00 € auf 2.500,00 € zum 01.04.2008 entspricht den Angaben auf den vorgelegten Einzelverdienstbescheinigungen bis einschließlich Mai 2008.	35
Entsprechend der Einzelverdienstbescheinigung für November 2007 ist auch für die Folgejahre von der Gewährung von Weihnachtsgeld in Form eines 13. Monatsgehaltes auszugehen.	36
Bei den 511,00 €, welche der Kläger im Januar 2008 erhalten hat, handelt es sich nicht um eine Sonderzahlung, sondern um den Einzahlungsbetrag für die betriebliche Altersvorsorge, welcher als Teil des Bruttoeinkommens zuvor der Versteuerung unterliegt. Der Betrag in Höhe von ebenfalls 511,00 €, welcher schließlich vom Jahresnettoeinkommen in die betriebliche Altersvorsorge einfließt, ist in unterhaltsrechtlicher Hinsicht als Abzugsposition berücksichtigungsfähig.	37
Dies gilt auch der Höhe nach, denn er bewegt sich unterhalb der Grenze von bis zu 4 % des Jahresbruttoeinkommens aus 2007 (vgl. Wendl/Staudigl-Pauling, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, 7. Auflage, § 2, Rdnr. 620 b). Ferner gefährdet die zusätzliche Altersvorsorge den Mindestunterhalt für die beiden Kinder nicht.	38

Zu Gunsten der Beklagten mag im summarischen Verfahren davon ausgegangen werden, dass dem Essenszuschuss für den Kläger in Höhe von monatlich brutto 20,45 € und dem gewährten Fahrgeld in Höhe von monatlich brutto 35,79 € erhöhte Aufwendungen auf seiner Seite nicht gegenüberstehen. Substanziierter Vortrag hierzu ist noch nicht erfolgt. Der Kläger hat lediglich pauschal behauptet, der Fahrtkostenzuschuss werde verbraucht.

Bezüglich der Steuerrückerstattung aufgrund des Steuerbescheides vom 25.02.2008 für das Jahr 2007 ist zu berücksichtigen, dass hierdurch rückwirkend der Wechsel des Klägers während des Jahres 2007 von Steuerklasse IV in Steuerklasse III ausgeglichen worden ist. Der Erstattungsbetrag in Höhe von etwa 3.135,00 € (Differenz zwischen den tatsächlich geleisteten Steuern und den nach Steuerklasse III geschuldeten) kann im Rahmen einer prognostizierten Erstattung für das Jahr 2008 im Jahr 2009 nicht erneut eingestellt werden. Die im Jahr 2009 für das Jahr 2008 zu erwartende Steuererstattung ist entsprechend zu kürzen.

dd)

Zutreffend weist das Amtsgericht in seinem Beschluss vom 10.09.2008 darauf hin, dass im Rahmen der Berechnungen bezüglich der beiden Kinder lediglich der Zahlbetrag in Abzug zu bringen ist (vgl. Senat, Urteil vom 24.01.2008, Az: 2 UF 166/07, FamRZ 2008, 893; Urteil vom 06.03.2008, Az: 2 UF 117/07, NJW 2008, 2049). Dabei ist zu berücksichtigen, dass E und G im Oktober 2008 bzw. März 2009 ihr 12. Lebensjahr vollenden.

Zum Januar 2009 sind zudem die Änderung der Düsseldorfer Tabelle sowie die Anhebung des Kindergeldes in die Berechnungen einzubeziehen.

Da der Kläger zumindest bis März 2009 insgesamt 4 Unterhaltsgläubigern gegenübersteht, ist der Bedarf für die beiden Söhne im Rahmen der Düsseldorfer Tabelle jedenfalls um eine Einkommensgruppe herabzustufen. Nach Auffassung des Senats ist er darüber hinaus hier mit dem Zahlbetrag der 1. Einkommensgruppe einzustellen, da die minderjährigen Kinder – trotz ihres Vorranges – die engen wirtschaftlichen Verhältnisse mittragen müssen, die sich aus dem Vorhandensein von Unterhaltsberechtigten im 2. Rang ergeben.

Demnach stellt sich das anrechenbare Einkommen des Klägers zeitabschnittsweise wie folgt dar:

	Aug-Sep 08	Okt-Dez 08	Jan-Feb 09	Mrz 09
		E	neue	G
		12 Jahre	Tabelle	12 Jahre
Einkommen des Klägers				
Jahresbruttoeinkommen				
aus Stundenlohn	29.781,00 €		29.781,00 €	
VWL AG-Anteil	159,60 €		159,60 €	
Fahrgeld	429,48 €		429,48 €	
Essenszuschuss	245,40 €		245,40 €	

Weihnachtsgeld	2.500,00 €		2.500,00 €	
betriebliche Altersvorsorge	511,00 €		511,00 €	
Summe:	33.626,48 €		33.626,48 €	
abzüglich Lohnsteuer (Klasse III)	- 2.558,00 €		- 2.558,00 €	
abzüglich Solidaritätszuschlag	- €		- €	
abzüglich Kirchensteuer	- 108,90 €		- 104,94 €	
abzüglich Rentenversicherung	- 3.345,83 €		- 3.345,83 €	
abzüglich Arbeitslosenversicherung	- 554,84 €		- 470,77 €	
abzüglich Krankenversicherung	- 2.656,49 €		- 2.757,37 €	
abzüglich Pflegeversicherung	- 306,84 €		- 327,86 €	
Jahresnettoeinkommen	24.095,58 €		24.061,71 €	
abzüglich Einzahlung betriebl. Altersvorsorge	- 511,00 €		- 511,00 €	
Differenz:	23.584,58 €		23.550,71 €	
Monatsnettoeinkommen	1.965,38 €		1.962,56 €	
abzüglich Nettoant. argeb.seit. Zuw. VWL	- 9,53 €		- 9,52 €	
zuzüglich Steuerrückerstattung	301,07 €		39,82 €	
Differenz:	2.256,92 €	2.256,92 €	1.992,86 €	1.992,86 €
Bedarf G 1. EKG	322,00 €	322,00 €	322,00 €	377,00 €
abzüglich Kindergeld	- 77,00 €	- 77,00 €	- 82,00 €	- 82,00 €
Anspruch G	245,00 €	245,00 €	240,00 €	295,00 €
Bedarf E 1. EKG	322,00 €	365,00 €	377,00 €	377,00 €
abzüglich Kindergeld	- 77,00 €	- 77,00 €	- 82,00 €	- 82,00 €
Anspruch E	245,00 €	288,00 €	295,00 €	295,00 €
unterhaltsrelevantes Nettoeinkom. d. Klägers	1.766,92 €	1.723,92 €	1.457,86 €	1.402,86 €
hiervon 6/7:	1.514,50 €	1.477,65 €	1.249,60 €	1.202,45 €

ee)

47

Die Unterhaltsansprüche der Beklagten und der neuen Ehefrau des Klägers, welche wegen der Betreuung jeweils eines minderjährigen Kindes gemäß § 1609 Ziff. 2 BGB gleichrangig

48

nebeneinander stehen, errechnen sich auf der Basis eines Bedarfs in Höhe von jeweils 1/3-Anteil aus dem unterhaltsrelevanten Gesamteinkommen beider Unterhaltsberechtigten und des unterhaltsverpflichteten Klägers (vgl. BGH, Urteil vom 30.07.2008, Az: XII ZR 177/06, FamRZ 2008, 1911, juris, Rdnrn. 39 ff; OLG Düsseldorf, Urteil vom 05.05.2008, Az: 2 UF 135/06, FamRZ 2008, 1254, juris, Rdnr. 82).

Für die Beklagte ist nach Maßgabe des Vorverfahrens fiktiv ein anrechenbares Nettoeinkommen aus halbschichtiger Erwerbstätigkeit in Höhe von 600,00 € in Ansatz zu bringen. Die zweite Ehefrau des Klägers erzielt ein Nettoeinkommen in Höhe von 400,00 €:

	Aug-Sep 08	Okt-Dez 08	Jan-Feb 09	Mrz 09
unterhaltsrelev. Nettoeinkom. d. Klägers	1.766,92 €	1.723,92 €	1.457,86 €	1.402,86 €
hiervon 6/7:	1.514,50 €	1.477,65 €	1.249,60 €	1.202,45 €
Einkommen der Beklagten				
aus Erwerbstätigkeit (fiktiv)	600,00 €	600,00 €	600,00 €	600,00 €
hiervon 6/7:	514,29 €	514,29 €	514,29 €	514,29 €
Einkommen der 2. Ehefrau des Klägers				
aus Erwerbstätigkeit	400,00 €	400,00 €	400,00 €	400,00 €
hiervon 6/7:	342,86 €	342,86 €	342,86 €	342,86 €
Gesamteinkommen	2.371,65 €	2.334,79 €	2.106,74 €	2.059,60 €
Bedarf des Kläg. (= 1/3 Gesamteinkom.)	790,55 €	778,26 €	702,25 €	686,53 €
Bedarf der Bekl. (= 1/3 Gesamteinkom.)	790,55 €	778,26 €	702,25 €	686,53 €
Bedarf der 2. Ehefrau des Klägers	790,55 €	778,26 €	702,25 €	686,53 €

ff)

Angesichts des Umstandes, dass der unterhaltsverpflichtete Kläger und seine 2. Ehefrau in einem gemeinsamen Haushalt zusammenleben und hierdurch nach summarischer Prüfung Aufwendungen einsparen, ist der im Wege der Dreiteilung bestimmte Bedarf nach Auffassung des Senats gemäß Ziff. 24.2.2 HLL zu modifizieren. Hierbei ist die 2. Alternative anzuwenden, da der Erwerbsanreiz für sämtliche Beteiligte in Höhe von jeweils 1/7 bereits vor Ermittlung des Bedarfs in Abzug gebracht worden ist. Vom Gesamteinkommen entfallen demnach als modifizierter Bedarf auf den unterhaltspflichtigen Kläger 36 %, auf die Beklagte ebenfalls 36 % sowie auf die 2. Ehefrau des Klägers 28 %:

	Aug-Sep 08	Okt-Dez 08	Jan-Feb 09	Mrz 09

Gesamteinkommen	2.371,65 €	2.334,79 €	2.106,74 €	2.059,60 €
Bedarf des Kläg. (= 1/3 Gesamteinkom.)	790,55 €	778,26 €	702,25 €	686,53 €
modifiziert von 1/3 Anteil auf 36 %	853,79 €	840,52 €	758,43 €	741,45 €
Bedarf der Bekl. (= 1/3 Gesamteinkom.)	790,55 €	778,26 €	702,25 €	686,53 €
modifiziert von 1/3 Anteil auf 36 %	853,79 €	840,52 €	758,43 €	741,45 €
Bedarf der 2. Ehefrau des Klägers	790,55 €	778,26 €	702,25 €	686,53 €
modifiziert von 1/3 Anteil auf 28 %	664,06 €	653,74 €	589,89 €	576,69 €

Der (Rest-)Bedarf der Beklagten und der 2. Ehefrau des Klägers ermittelt sich aus dem jeweils modifizierten Bedarf auf der Basis der Dreiteilung abzüglich des anrechenbaren Erwerbseinkommens:

54

	Aug-Sep 08	Okt-Dez 08	Jan-Feb 09	Mrz 09
modifizierter Bedarf der Beklagten	853,79 €	840,52 €	758,43 €	741,45 €
abzüglich Erwerbseinkommen	- 514,29 €	- 514,29 €	- 514,29 €	-514,29 €
(Rest-)Bedarf der Beklagten	339,51 €	326,24 €	244,14 €	227,17 €
modifizierter Bedarf d. 2. Ehefrau	664,06 €	653,74 €	589,89 €	576,69 €
abzüglich Erwerbseinkommen	- 342,86 €	- 342,86 €	- 342,86 €	-342,86 €
(Rest-)Bedarf der 2. Ehefrau	321,20 €	310,88 €	247,03 €	233,83 €

55

gg)

56

Die Modifizierung des Bedarfs der Beklagten von einem 1/3-Anteil am Gesamteinkommen auf 36 % des Gesamteinkommens führt zu einer unangemessenen Belastung des Klägers und seiner 2. Ehefrau nicht.

57

Ohne die Modifizierung hätte sich für die Beklagte auf der Basis eines Bedarfs in Höhe von 1/3 des Gesamteinkommens abzüglich ihres Erwerbseinkommens ein (Rest-)Bedarf während der 4 Zeitabschnitte wie folgt ergeben:

58

	Aug-Sep 08	Okt-Dez 08	Jan-Feb 09	Mrz 09
Gesamteinkommen	2.371,65 €	2.334,79 €	2.106,74 €	2.059,60 €
Bedarf der Beklagten (= 1/3 d. Gesamteink.)	790,55 €	778,26 €	702,25 €	686,53 €
abzüglich Erwerbseinkommen	- 514,29 €	- 514,29 €	- 514,29 €	- 514,29 €
(Rest-)Bedarf der Beklagten	276,26 €	263,98 €	187,96 €	172,25 €

59

60

Der Differenzbetrag, um den sich der (Rest-)Bedarf der Beklagten durch die Modifizierung nach Ziff. 24.2.2 HLL erhöht, ist jeweils geringer als 100,00 € im Monat.

Demgegenüber verfügen der Kläger und seine 2. Ehefrau in den 4 Zeitabschnitten – vor Abzug des 1/7-Erwerbsanreizes - über ein gemeinsames Erwerbseinkommen in Höhe von 2.166,92 €, 2.123,92 €, 1.857,86 € bzw. 1.802,86 €.

Als Existenzminimum müssen dem Kläger gemäß Ziff. 21.4.2 HLL 900,00 € verbleiben. Für seine 2. Ehefrau, welche einer Beschäftigung im geringfügigen Bereich nachgeht, ist ein Mittelwert zwischen 560,00 € und 650,00 € einzustellen, welcher auf 600,00 € zu bemessen ist. Das Existenzminimum beider Eheleute beläuft sich auf monatlich zusammen 1.500,00 €.

Das gemeinsame Erwerbseinkommen überschreitet in den 4 Zeitabschnitten das gemeinsame Existenzminimum um 666,92 €, 623,92 €, 357,86 € bzw. 302,86 €. Der Unterschiedsbetrag in Höhe von mindestens 300,00 € im Monat wird durch die Erhöhung des Bedarfs auf Seiten der Beklagten in Höhe von weniger als 100,00 € im Monat nicht aufgezehrt.

hh)

Zur Vermeidung einer Besserstellung der geschiedenen Ehefrau im Wege einer unterhaltsrechtlichen Teilhabe an den gewandelten Lebensverhältnissen des unterhaltsverpflichteten Ehemannes findet allerdings eine Begrenzung ihres ermittelten (Rest-)Bedarfs durch eine Kontrollberechnung auf der Basis eines fiktiven Einkommens des Unterhaltsverpflichteten nach Steuerklasse I und ohne den Splittingvorteil statt (vgl. BGH, Urteil vom 30.07.2008, Az: XII ZR 177/06, FamRZ 2008, 1911, juris, Rdnr. 49; OLG Düsseldorf, Urteil vom 05.05.2008, Az: 2 UF 135/06, FamRZ 2008, 1254, juris, Rdnr. 87). Dabei ist spiegelbildlich zum modifizierten Einkommen des Klägers nach Steuerklasse I auch eine fiktive Steuerrückerstattung auf der Basis einer Versteuerung nach Steuerklasse I zu ermitteln.

Da durch diese Kontrollberechnung allein die steuerliche Privilegierung des Klägers aufgrund seiner neuen Eheschließung korrigiert werden soll, sind die gewandelten Lebensverhältnisse im Übrigen unverändert zu berücksichtigen. Hiervon sind insbesondere die Annahme von E A als Kind sowie das (nichteheliche) Zusammenleben des Klägers mit seiner neuen Partnerin betroffen.

Unter Ausblendung der erneuten Eheschließung ist im Rahmen der Kontrollberechnung der Bedarf der beiden Kinder ebenfalls auf der Basis eines Einkommens des Klägers nach Steuerklasse I zu bestimmen (vgl. BGH, Versäumnisurteil vom 06.02.2008, Az: XII ZR 14/06, FamRZ 2008, 968, juris, Rdnr. 49 f.). Wegen des Vorhandenseins der Beklagten als einer Unterhaltsberechtigten im 2. Rang ist er nach Auffassung des Senats (vgl. oben) auf jeden Fall der 1. Einkommensgruppe zu entnehmen.

Kontrollberechnung ohne Splittingvorteil auf der Basis von Steuerklasse I (fiktiv):

	Aug-Sep 08	Okt-Dez 08	Jan-Feb 09	Mrz 09
		E	neue	G
		12 Jahre	Tabelle	12 Jahre

Einkommen des Klägers				
Jahresbruttoeinkommen				
aus Stundenlohn	29.781,00 €		29.781,00 €	
VWL AG-Anteil	159,60 €		159,60 €	
Fahrgeld	429,48 €		429,48 €	
Essenszuschuss	245,40 €		245,40 €	
Weihnachtsgeld	2.500,00 €		2.500,00 €	
betriebliche Altersvorsorge	511,00 €		511,00 €	
Summe:	33.626,48 €		33.626,48 €	
abzüglich Lohnsteuer (Klasse I, fiktiv)	- 5.839,00 €		- 5.796,00 €	
abzüglich Solidaritätszuschlag (fiktiv)	- 223,46 €		- 217,85 €	
abzüglich Kirchensteuer (fiktiv)	- 365,67 €		- 356,49 €	
abzüglich Rentenversicherung	- 3.345,83 €		- 3.345,83 €	
abzüglich Arbeitslosenversicherung	- 554,84 €		- 470,77 €	
abzüglich Krankenversicherung	- 2.656,49 €		- 2.757,37 €	
abzüglich Pflegeversicherung	- 306,84 €		- 327,86 €	
Jahresnettoeinkommen	20.334,35 €		20.354,31 €	
abzüglich Einzahlung betriebl. Altersvorsorge	- 511,00 €		- 511,00 €	
Differenz:	19.823,35 €		19.843,31 €	
Monatsnettoeinkommen	1.651,95 €		1.653,61 €	
abzüglich Nettoant. argeb.seit. Zuw. VWL	- 8,04 €		- 8,05 €	
zuzüglich Steuerrückerstattung (fiktiv)	39,82 €		39,82 €	
Differenz:	1.683,72 €	1.683,72 €	1.685,38 €	1.685,38 €
Bedarf G 1. EKG	322,00 €	322,00 €	322,00 €	377,00 €
abzüglich Kindergeld	- 77,00 €	- 77,00 €	- 82,00 €	- 82,00 €
Anspruch G	245,00 €	245,00 €	240,00 €	295,00 €
Bedarf E 1. EKG	322,00 €	365,00 €	377,00 €	377,00 €
abzüglich Kindergeld	- 77,00 €	- 77,00 €	- 82,00 €	- 82,00 €
Anspruch E	245,00 €	288,00 €	295,00 €	295,00 €
unterhaltsrelevantes Nettoeinkommen	1.193,72 €	1.150,72 €	1.150,38 €	1.095,38 €

hiervon 6/7:	1.023,19 €	986,33 €	986,04 €	938,90 €
Einkommen der Beklagten				
aus Erwerbstätigkeit (fiktiv)	600,00 €	600,00 €	600,00 €	600,00 €
hiervon 6/7:	514,29 €	514,29 €	514,29 €	514,29 €
Bed. der Beklag. nach Halbteilungsgrunds.	254,45 €	236,02 €	235,88 €	212,31 €

ii)

70

Bei der Prüfung einer möglichen Begrenzung des fiktiven Unterhaltsanspruches der Beklagten durch die Leistungsfähigkeit des Klägers ist zu berücksichtigen, dass der Kläger auch im Rahmen der Fiktion mit seiner neuen Partnerin (nichtehelich) in einem gemeinsamen Haushalt zusammenleben würde. Hierdurch käme es gemäß Ziff. 6.2 HLL regelmäßig zu ersparten Aufwendungen für die Gemeinschaft in Höhe von zwischen 20 % und 27 %. Im summarischen Verfahren mag zu Gunsten der Beklagten davon ausgegangen werden, dass sich der billige Selbstbehalt des Klägers (Ziff. 21.4.1 HLL) um den auf ihn entfallenden Maximalbetrag in Höhe von 13,5 % verringern würde.

71

Im Ergebnis ist der ermittelte Bedarf der Beklagten jeweils von der Leistungsfähigkeit des Klägers gedeckt, sodass sich fiktive Unterhaltsansprüche in Höhe des errechneten Bedarfs ergeben:

72

	Aug-Sep 08	Okt-Dez 08	Jan-Feb 09	Mrz 09
unterhaltsrelevantes Nettoeink. d. Kläg.	1.193,72 €	1.150,72 €	1.150,38 €	1.095,38 €
billiger Selbstbehalt des Klägers	1.000,00 €	1.000,00 €	1.000,00 €	1.000,00 €
verringert um 13,5 %	- 135,00 €	- 135,00 €	- 135,00 €	- 135,00 €
modifizierter billiger Selbstbehalt d. Klägers	865,00 €	865,00 €	865,00 €	865,00 €
Leistungsfähigkeit des Klägers	328,72 €	285,72 €	285,38 €	230,38 €
Unterhaltsanspruch der Bekl. (fiktiv)	254,45 €	236,02 €	235,88 €	212,31 €
gerundet	255,00 €	237,00 €	236,00 €	213,00 €

73

jj)

74

Der (Rest-)Bedarf der Beklagten nach der Dreiteilung wird während des gesamten streitgegenständlichen Zeitraums durch ihren Bedarf im Rahmen der Fiktivberechnung begrenzt.

75

Der auf diese Weise ermittelte Gesamtbedarf der Beklagten und der 2. Ehefrau des Klägers übersteigt die Leistungsfähigkeit des Klägers nicht. Denn entsprechend der Situation im

76

Rahmen der Fiktivberechnung ist nach Auffassung des Senats erst Recht im Wege der Dreiteilung zu berücksichtigen, dass der Kläger mit seiner 2. Ehefrau in einem gemeinsamen Haushalt zusammenlebt. Die ersparten Aufwendungen führen nach summarischer Prüfung gemäß Ziff. 6.2 HLL zu einer Reduzierung seines billigen Selbstbehaltes um 13,5 %:

	Aug-Sep 08	Okt-Dez 08	Jan-Feb 09	Mrz 09
(Rest-)Bedarf d. Bekl. nach Dreiteil.	339,51 €	326,24 €	244,14 €	227,17 €
Begrenzung durch Fiktivberechnung	254,45 €	236,02 €	235,88 €	212,31 €
begrenzter Bedarf d. Beklagten	254,45 €	236,02 €	235,88 €	212,31 €
(Rest-)Bedarf d. 2. Ehefr. nach Drei.	321,20 €	310,88 €	247,03 €	233,83 €
Gesamtbedarf beider Berechtigter	575,66 €	546,91 €	482,91 €	446,13 €
unterhaltsrelev. Nettoeink. d. Kläg.	1.766,92 €	1.723,92 €	1.457,86 €	1.402,86 €
billiger Selbstbehalt des Klägers	1.000,00 €	1.000,00 €	1.000,00 €	1.000,00 €
verringert um 13,5 %	- 135,00 €	- 135,00 €	- 135,00 €	- 135,00 €
modifizierter billiger Selbstbehalt	865,00 €	865,00 €	865,00 €	865,00 €
Leistungsfähigkeit des Klägers	901,92 €	858,92 €	592,86 €	537,86 €
Unterhaltsanspruch d. Bekl. endg.	254,45 €	236,02 €	235,88 €	212,31 €
gerundet	255,00 €	237,00 €	236,00 €	213,00 €

77

D.

78

Eine Kostenentscheidung ist im Hinblick auf § 127 IV ZPO nicht veranlasst.

79

Hamm, 28.04.2009 2. Senat für Familiensachen

80

--	--	--

81