


recherchiert von: **Norbert Maes** am 23.01.2009

Gericht:	OLG Düsseldorf 7. Senat für Familiensachen	Quelle:	
Entscheidungsdatum:	18.09.2008	Normen:	§ 1361 BGB, § 1570 BGB, §§ 1570ff BGB, § 1612b BGB
Aktenzeichen:	II-7 UF 33/08, 7 UF 33/08		
Dokumenttyp:	Urteil		

Leitsatz

Der Vorabzug des Kindesunterhalts von dem Einkommen des barunterhaltspflichtigen Elternteils hat für die Berechnung des Ehegattenunterhalts in Höhe der Tabellen- und nicht der Zahlbeträge zu erfolgen. Eine Vorlage an das BVerfG kommt nicht in Betracht; § 1612b BGB ist verfassungskonform auszulegen.

weitere Fundstellen

FuR 2008, 609-612 (red. Leitsatz, Kurzwiedergabe)
FamRB 2008, 363 (red. Leitsatz, Kurzwiedergabe)

Diese Entscheidung wird zitiert

Literaturnachweise

Heinrich Schürmann, jurisPR-FamR 24/2008 Anm. 2 (Anmerkung)
Friedrich Strohal, jurisPR-FamR 24/2008 Anm. 4 (Anmerkung)

Praxisreporte

Heinrich Schürmann, jurisPR-FamR 24/2008 Anm. 2 (Anmerkung)
Friedrich Strohal, jurisPR-FamR 24/2008 Anm. 4 (Anmerkung)

Kommentare

Viefhues in: jurisPK-BGB, 4. Aufl. 2008, § 1361 BGB
Bißmaier in: Das neue Unterhaltsrecht, § 1612b BGB

Tenor

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Amtsgerichts vom 25. Januar 2008 unter Zurückweisung des weiter gehenden Rechtsmittels teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Der vor dem Amtsgericht am 07.11.2005 geschlossene Vergleich - 37 F 63/04 - wird dahin gehend abgeändert, dass der Kläger für den Zeitraum von Januar 2008 bis 14. Juni 2008 nicht verpflichtet ist, an die Beklagte monatlichen Nachscheidungsunterhalt zu zahlen; für den Zeitraum ab 15. Juni 2008 ist der Kläger verpflichtet, monatlichen Nachscheidungsunterhalt von 73 € an die Beklagte zu zahlen.

Die weitergehende Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits in beiden Instanzen tragen der Kläger zu 40 % und die Beklagte zu 60 %.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Parteien können jeweils die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils vollstreckbaren Betrages anwenden, wenn nicht die vollstreckende Partei zuvor Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand

I.

- 1 Der Kläger begehrt die Abänderung eines Unterhaltsvergleichs ab September 2007.
- 2 Der am ... 1970 geborene Kläger und die am ... 1977 geborene Beklagte heirateten am ... 2002; am2003 wurde die Tochter L. geboren, welche seit der im Februar 2004 erfolgten Trennung der Parteien bei der Beklagten lebt. Mit Urteil vom 07.11.2005 - rechtskräftig seitdem - hat das Amtsgericht die Ehe der Parteien geschieden (Bl. 82 GA).
- 3 Mit Vergleich vom 07.11.2005 (37 F 63/04) hat sich der Kläger zur Zahlung eines Nachscheidungsunterhalts von monatlich 219 € an die Beklagte ab Rechtskraft der Ehescheidung verpflichtet (Bl. 7 GA). Außerdem zahlt der Beklagte mit Teilanerkennnisurteil des Amtsgerichts vom 16.09.2004 (37 F 296/04, Bl. 53 GA) titulierten monatlichen Kindesunterhalt in Höhe von 192 €.
- 4 Für die Zeit ab Februar 2008 ließ die Beklagte den Kläger zur Zahlung eines um 10 € erhöhten Kindesunterhalts auffordern (Bl. 83, 104 GA); daraufhin hat der Kläger eine Jugendamtsurkunde erstellen lassen, mit welcher er sich zur Zahlung von 100 % des jeweiligen Mindestunterhalts der jeweiligen Altersstufe ab März 2008 verpflichtete (Bl. 106 GA).
- 5 Sein früherer Arbeitgeber kündigte das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger zum 31.07.2007; in einem anschließenden Arbeitsgerichtsprozess schlossen die dortigen Parteien einen Vergleich, wonach das Arbeitsverhältnis zum 31.08.2007 endete (Bl. 4 GA). Seitdem ist der Beklagte arbeitssuchend und erhält ein monatliches Arbeitslosengeld von 1.022,70 €. Von Anfang Dezember 2007 bis 11.06.2008 absolvierte er eine von der Agentur für Arbeit finanzierte Qualifizierungsmaßnahme, wobei die Abschlussprüfung noch aussteht.
- 6 Mit dem Urteil vom 25.01.2008 hat das Amtsgericht unter Abweisung der weiter gehenden Klage den Vergleich dahin gehend abgeändert, dass der Kläger für den Zeitraum von September bis Dezember 2007 nur noch zur Zahlung von monatlich 145 € und ab Januar 2008 nicht mehr zur Zahlung von Nachscheidungsunterhalt verpflichtet ist. Zur Begründung hat es ausgeführt, die Abänderungsklage sei zum Teil begründet, da der Kläger auch unter Berücksichtigung eines fiktiven Zusatzeinkommens nur teilweise bzw. unter Ansatz eines höheren Selbstbehalts nicht mehr leistungsfähig sei. Bei einem Selbstbehalt von 850 € bis Ende 2007 und von 1.000 € ab Januar 2008 seit er daher nur teilweise bzw. seit Jahresbeginn gänzlich nicht mehr leistungsfähig. Auf die Frage, ob die Beklagte verpflichtet sei, ihre Erwerbstätigkeit auszuweiten, komme es daher nicht an.
- 7 Hiergegen wendet sich die Beklagte mit ihrer Berufung. Nachdem sie zunächst die gänzliche Abweisung der Klage begehrt hat, verfolgt sie ihr Anliegen nunmehr im Rahmen der bewilligten Prozesskostenhilfe. Sie trägt vor, nach Hinweisen auf eine geringe Erfolgsaussicht der Abänderungsklage habe das Amtsgericht dieser überraschend überwiegend stattgegeben. Sie sei bedürftig und auch nicht gehalten, ihre seit Januar in einen Geringverdienerjob umgewandelte Teilzeittätigkeit auszuweiten; wegen der Kindesbetreuung könne sie nachmittags nicht arbeiten. Der Kläger müsse sich zur Beurteilung seiner Leistungsfähigkeit so behandeln lassen, als ob er ein

Einkommen im bisherigen Rahmen erzielte. Er hätte sich bereits seit Februar 2007 intensiv um eine neue Arbeitsstelle bemühen müssen; dies habe er verabsäumt - seine Bewerbungsbemühungen seien nicht hinreichend. Die Qualifizierungsmaßnahme hätte auch bereits im September 2007 abgeschlossen werden können. Zudem sei die Steuererstattung unberücksichtigt geblieben. Schließlich sei die Frage zu klären, ob das Einkommen des Klägers um den Tabellenunterhalt oder um den Zahlbetrag zu bereinigen sei.

8 Sie beantragt sinngemäß,

9 unter teilweiser Aufhebung des angefochtenen Urteils die Klage abzuweisen, soweit
der Kläger eine Herabsetzung auf unter monatlich 219 € für den Zeitraum
September bis Dezember 2007 und auf unter 150 € für den Zeitraum ab 15. Juni
2008 begehrt.

10 Dem ist der Kläger entgegen getreten. Er beantragt,

11 die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.

12 Hierzu trägt er vor, zu einem Betreuungsunterhaltsanspruch gemäß § 1570 Abs. 1 S. 2
BGB fehlten zureichende Anhaltspunkte; der Beklagten stehe auch kein
Aufstockungsunterhalt zu. Es fehle an Beschäftigungsmöglichkeiten für ihn auf dem
Arbeitsmarkt. Er habe eine von der Agentur für Arbeit im November 2007 angebotene
und finanzierte Qualifizierungsmaßnahme aufgenommen, um seine
Beschäftigungschancen zu verbessern; die Abschlussprüfung folge im Winter
2008/2009. Diese Maßnahme habe er nicht früher beginnen können, weil sein
Arbeitsverhältnis erst zum 31.08.2007 geendet habe und bis dahin keine Qualifizierung
bezahlt würde; dies hätte er aus eigenen Mitteln nicht leisten können. In den Jahren
2006 und 2007 habe er keine Steuererstattungen erhalten. Das Finanzamt würde
überdies wegen seiner im Jahre 2004 nach Steuerforderungen angemeldeten und im
Jahre 2005 beschlossenen Privatinsolvenz keine zuviel gezahlten Steuern erstatten.

13 Der Senat hat mit terminsvorbereitendem Beschluss vom 18. August 2008 auf die Sach-
und Rechtslage hingewiesen und diese mit den Parteien in der mündlichen Verhandlung
erörtert.

14 Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die angefochtene Entscheidung und auf den
vorgetragenen Akteninhalt Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

II.

15 Die zulässige Berufung hat in der Sache teilweise Erfolg.

16 Die Abänderungsklage ist gemäß § 323 Abs. 1 ZPO zulässig. In der Sache beurteilt sich
die vom Kläger beehrte Herabsetzung bzw. der gänzliche Wegfall der im Wege des
Prozessvergleichs titulierten Unterhaltsverpflichtung nach § 313 Abs. 1 BGB, weil der
Kläger sich auf eine nachträgliche Änderung stützt.

17 Gemäß § 313 Abs. 1 BGB kann, wenn sich die Umstände, welche zur Grundlage des
Vertrags geworden sind, nach Vertragsabschluss schwerwiegend verändert haben und
die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen hätten, wenn sie
diese Veränderung vorausgesehen hätten, die Anpassung des Vertrages verlangt
werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls,
insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am
unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann.

- 18 Als Grundlage des Vertrages haben die Parteien seinerzeit bei Vergleichsabschluss ein bereinigtes Einkommen des Klägers von monatlich 1.309,70 € angenommen und ein Einkommen der Beklagten von 600,18 €; und zwar unter Berücksichtigung von 150 € als Betreuungsbonus auf Seiten der Beklagten sowie der Kindesunterhaltsverpflichtung des Klägers von 192 €, wobei die Beklagte von dessen Erhöhung um monatlich 7 € wegen der Nachscheidungsunterhaltsverpflichtung absehen wollte (Bl. 7 GA).
- 19 Ein Betreuungsunterhaltsanspruch gemäß § 1570 BGB a.F., § 1570 Abs. 1 S. 2 BGB n. F. steht der Beklagten auch weiterhin zu (s.u.).
- 20 Tatsächlich verfügte der Kläger demgegenüber ab September 2007 über Einkünfte von monatlich 1.022,70 € Arbeitslosengeld (Bl. 13 GA) - damit wäre er unter Berücksichtigung des Kindesunterhalts nur bis Ende 2007 teilweise leistungsfähig, und zwar auch dann, wenn ihm zusätzlich ein fiktives anrechnungsfreies Nebenerwerbseingeld von monatlich rund 165 € zugerechnet würde: $1.022,70 \text{ €} + 165 \text{ €} = 1.187,70 \text{ €} - 199 \text{ €} = 988,70 \text{ €}$. Leistungsfähigkeit bestünde in Höhe von monatlich 89 € bis Ende 2007; denn der gegenüber dem Ehegatten erhöhte Selbstbehalt kommt hier noch nicht zur Anwendung, weil neben dem Ehegattenunterhalt auch Kindesunterhalt geschuldet ist und bei dieser Berechnung nach ständiger Handhabung des Senats nur einheitlich 900 € als Selbstbehalt berücksichtigt werden. Der Kindesunterhalt ist nämlich teilweise aus der Differenz zwischen dem notwendigen und dem erhöhten Selbstbehalt zu leisten, so dass infolgedessen wiederum ein um 100 € erhöhter Betrag für den Nachscheidungsunterhalt zur Verfügung steht.
- 21 Dem Kläger ist schon im Hinblick auf die zwischenzeitlich belegte Privatinsolvenz keine - für 2006 auch nicht ausgezahlte und damit vom ihm nicht vereinnahmte - Steuererstattung zuzurechnen, welche auch die Leistungsfähigkeit nur unerheblich steigerte. Allerdings sind ihm in voller Höhe bis August 2007 gezahlte und auf zwölf Monate umzulegende Urlaubs- und Weihnachtsgelder anteilig auch für die Zeit von September bis Dezember 2007 zuzurechnen. Diese Umrechnung ist auch angesichts der Pfändungsfreigrenzen möglich wie zumutbar. Über die Höhe dieser Gelder ist im Einzelnen nichts bekannt; indes ist der Kläger, der den der rechtlichen Beurteilung zugrunde liegenden Annahmen nach erteilten Hinweisen nicht hinreichend entgegen getreten ist, für seine eingeschränkte Leistungsfähigkeit darlegungs- und beweisbelastet.
- 22 Mithin ist der Kläger für den Zeitraum **bis Ende Dezember 2007** als hinreichend leistungsfähig zu behandeln.
- 23 Für den Zeitraum **ab Januar 2008** bis zum Abschluss der Qualifizierungsmaßnahme und demnach **bis Mitte Juni 2008** indes fehlt es an der erforderlichen Leistungsfähigkeit des Klägers, da ihm Bestandteile seines früheren Gehalts nun nicht mehr zugerechnet werden können und aufgrund der geänderten Rangfolge gemäß § 1669 Nr. 1 und 2 BGB n. F. der erhöhte Selbstbehalt von monatlich 1.000 € zu beachten ist.
- 24 Die Aufnahme der von der Agentur geförderten Qualifizierungsmaßnahme muss die Beklagte unterhaltsrechtlich hinnehmen; sie mag bedenken, dass ihr gegenüber keine gesteigerte Erwerbsobliegenheit und daraus resultierende verschärfte Unterhaltsverpflichtung besteht und es sich unstreitig um eine sog. Erstausbildung handelt. Selbst aber bei gesteigerter Erwerbsobliegenheit hat der Bundesgerichtshof die Aufnahme einer Erstausbildung nach Verlust des bisherigen Arbeitsplatzes aufgrund betriebsbedingter Kündigung nicht für vorwerfbar gehalten (BGH FamRZ 1994, 372, 375). Dem schließt sich der Senat auch für diesen zur Beurteilung anstehenden Sachverhalt an: Der Arbeitsplatzverlust, dessen finanzielle Folgen im Rahmen eines Prozessvergleichs noch erheblich abgemildert worden sind, ist unterhaltsrechtlich dem Kläger nicht vorwerfbar. Zweifel hieran sind allenfalls theoretischer Natur. Der Kläger mag zwar frühere Ausbildungsversuche abgebrochen haben; gleichwohl darf es ihm nach Überzeugung des Senats mit einem Alter von rund 27 Jahren unterhaltsrechtlich

- nicht verwehrt werden, eine Qualifizierung, die zeitlich einen wesentlich geringeren Umfang in Anspruch nimmt als eine "normale" Erstausbildung und finanziell zudem zumindest teilweise, nämlich bis Ende 2007, für die Beklagte im Hinblick auf ihren Unterhaltsanspruch keine Auswirkungen hatte. Schließlich weist der Senat nochmals vorsorglich darauf hin, dass sich nach endgültigem Abschluss die Anforderungen an den Kläger im Hinblick auf seine Bewerbungsbemühungen wieder deutlich verschärfen.
- 25 Auch kann dem Kläger eine verspätete Aufnahme der Qualifizierungsmaßnahme nicht vorgeworfen werden, da eine für die Beklagte unzumutbare Verzögerung nicht vorliegt. Die Arbeitsagentur nach den Erfahrungen des Senats wird regelmäßig erst dann tätig, wenn jemand arbeitssuchend ist und das dem vorher gehende Arbeitsverhältnis des Klägers endete aufgrund des vor dem Arbeitsgericht geschlossenen Vergleichs erst zum 31.08.2007 endete und die Zeit bis zum Beginn der Maßnahme betrug sodann nur wenige Monate.
 - 26 Für den Zeitraum ab März 2008 verschärft sich die finanzielle Situation noch, da die geänderte Kindesunterhaltsregelung zu beachten ist. Seit März 2008 zahlt der Kläger einen höheren Kindesunterhalt von 279 € - 77 € Kindergeldanteil = 202 € gemäß der Jugendamtsurkunde, wobei der Senat vorsorglich darauf hinweist, dass der titulierte Betrag sich wohl auf die Übergangsregelung des § 36 Nr. 3 EGZPO bezieht, wenngleich sich dies nicht direkt aus dem Urkudentext ergibt. Wegen der einvernehmlichen tatsächlichen Handhabung der Parteien war dem nicht weiter nachzugehen.
 - 27 Insoweit kommt es jedoch entscheidend - bereits für den Unterhaltszeitraum ab Januar 2008 - darauf an, ob bei der Einkommensberechnung auf Seiten des Klägers der Tabellenbetrag oder der Zahlbetrag abzuziehen ist. Bisher hat der Senat in ständiger Rechtsprechung die Auffassung vertreten, dass (auch unter dem Einfluss des neuen Unterhaltsrechts weiterhin) der Tabellenbetrag, in dem das hälftige Kindergeld enthalten ist, zu berücksichtigen ist. Auch nach Erörterung in der mündlichen Verhandlung hält er hieran fest - wegen der grundsätzlichen Bedeutung dieser Frage sowie dem Erfordernis einer einheitlichen Rechtsprechung lässt er allerdings die Revision gemäß § 543 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 1 und 2 ZPO zu.
 - 28 Der Abzug des Tabellenbetrages beruht auf folgenden Erwägungen:
 - 29 Ob die Zahl- oder die Tabellenbeträge bei der Beurteilung der ehelichen Lebensverhältnisse von dem Einkommen des barunterhaltspflichtigen Elternteils in Abzug zu bringen sind, ergibt sich zunächst nicht aus dem Gesetz. Zwar ist nach § 1612 b BGB das Kindergeld auf den Bedarf anzurechnen. Dies zwingt aber nicht zum Abzug der Zahlbeträge. Bis zum Kindschaftsreformgesetz, das zum 01.07.1998 in Kraft trat, wurde das Kindergeld ebenfalls auf den Bedarf angerechnet. Die Rechtslage ist also nicht neu. Damals bestand Einigkeit darüber, dass bei der Berechnung des Ehegattenunterhalts nicht die Zahlbeträge, sondern die Tabellenbeträge in Abzug zu bringen sind (BGH FamRZ 1997, 806). Der BGH hat darauf hingewiesen, dass das Kindergeld den Eltern in dem Maße zusteht, in dem sie sich nach Maßgabe des § 1606 Abs. 3 BGB am Unterhalt des Kindes beteiligen. Da Betreuungs- und Barunterhalt gleichrangig sind, sollte das Kindergeld bei minderjährigen Kindern in der Regel hälftig zwischen den Eltern aufgeteilt werden. Auf den Gedanken, das Kindergeld als Einkommen des Kindes anzusehen, ist bei der damaligen Rechtslage niemand gekommen.
 - 30 Nunmehr wird allerdings vertreten, die Zahlbeträge in Abzug zu bringen (Dose FamRZ 2007, 1289; Klinkhammer FamRZ 2008, 199; Gerhardt FamRZ 2007, 945; Gerhardt/Gutdeutsch FamRZ 2007, 748; Scholz FamRZ 2007, 2028). Dies entspricht auch dem Regierungsentwurf (BT-Dr. 16/1830 S. 29). Diese Auffassung stützt sich darauf, dass das Kindergeld durch die Anrechnung auf den Bedarf gemäß § 1612 BGB als anrechnungsfähiges Einkommen des Kindes anzusehen und damit genauso zu behandeln ist, wie eine Ausbildungsvergütung.

- 31 Dieser Auslegung, die zwangsläufig zum Abzug der Zahlbeträge führen muss, vermag sich der Senat aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht anzuschließen. Der Senat sieht darin einen Verstoß gegen Art. 3 GG, weil insoweit der barunterhaltspflichtige Elternteil gegenüber dem Elternteil, der den Betreuungsunterhalt leistet, benachteiligt wird, so dass die Gleichwertigkeit gemäß § 1606 Abs. 3 S. 2 BGB nicht mehr gewahrt ist. Das Kindergeld hat eine zweifache Zweckbestimmung. Zum einen ist es eine familienfördernde Sozialleistung und dient dazu, das Existenzminimum des Kindes sicherzustellen, zum anderen dient es im Rahmen des Familienleistungsausgleich gemäß § 31 S. 2 EStG dazu, die barunterhaltspflichtigen Eltern von ihren Belastungen durch ihre Leistungen gegenüber den Kindern steuerlich frei zu stellen. Nach § 1612 b Abs. 5 BGB (a. F.) wurde das Kindergeld gemäß diesen Zweckbestimmungen eingesetzt. Es stand den barunterhaltspflichtigen Elternteil erst dann zur Hälfte zu, wenn er das Existenzminimum des Kindes sichergestellt hat. Solange diesem die Sicherstellung des Existenzminimums aufgrund seines Einkommens nicht möglich war, wurde das Kindergeld dazu eingesetzt. Aus diesem Grunde sah das Gesetz eine Halbanrechnung des Kindergeldes erst ab der Sicherstellung von 135 % des Regelbetrages, dem damaligen Existenzminimum vor. Diese Beurteilung hat das Bundesverfassungsgericht gebilligt (Beschluss vom 09.04.2003 - 1 BvL 1/01- FamRZ 2003, 1370). Dabei hat das BVerfG darauf abgestellt, dass der Steuerausgleich der Freistellung des Betreuungs-, Erziehungs- und Ausbildungsbedarfs eines Kindes dient, also auch des Bedarfs, der die Existenz des Kindes sicherstellt. Soweit dieser Bedarf vom Unterhaltspflichtigen mit seinen Unterhaltszahlungen in der Höhe des notwendigen Minimums nicht abgedeckt werde, könne das Kindergeld nicht die Funktion einer steuerlichen Entlastung haben. Eine Belastung, die insoweit nicht vorhanden sei, sei auch nicht steuerlich auszugleichen. Daraus zieht der Senat den Umkehrschluss, dass dann, wenn das Existenzminimum des Kindes durch den Barunterhalt sichergestellt wird, dem Unterhaltspflichtigen das halbe Kindergeld zu Gute kommen muss, wie es auch der dem Betreuungsunterhalt leistenden Elternteil für sich beanspruchen kann. Es besteht bei Sicherstellung des Existenzminimums nur noch die Zweckbestimmung der steuerlichen Entlastung, die beiden Eltern in gleicher Weise zu Gute kommen muss. Den Vorrang der familienrechtlichen Zweckbestimmung hat das BVerfG nur dann vorgesehen, wenn das Existenzminimum durch den Barunterhalt nicht sichergestellt wird. Daraus folgt, dass jede andere Bewertung einen Verstoß gegen Art. 3 GG darstellt.
- 32 Beim Abzug der Zahlbeträge wird nämlich dieser hälftige Ausgleich des Kindergeldes gemäß der vom BVerfG hervorgehobenen Zweckbestimmung über den Ehegattenunterhalt zu Lasten des Barunterhaltspflichtigen verändert. Werden nämlich die Zahlbeträge abgezogen, führt dies zu einem Ehegattenunterhalt, der bei einem minderjährigen, von dem bedürftigen Ehegatten betreuten Kind um 33 € höher ist, als bei Abzug der Tabellenbeträge. Wird als Vorwegabzug lediglich der Zahlbetrag berücksichtigt, erhöht sich das Einkommen für den barunterhaltspflichtigen Elternteils um das hälftige Kindergeld, also um 77 €, so dass der den Betreuungsunterhalt leistende bedürftige Ehegatte davon 3/7, also 33 € über den Ehegatten für sich abzweigt. Da die Vertreter der Auffassung für den Abzug der Zahlbeträge davon ausgehen, dass das Kindergeld Einkommen des Kindes ist, führt dies sogar noch zu der misslichen Situation, dass die andere Hälfte des Kindergeldes bei dem bedürftigen Ehegatten, der die Betreuung des Kindes leistet, nicht in Ansatz zu bringen ist, da der Betreuungsunterhalt nicht zu monetarisieren ist und daher bei der Unterhaltsberechnung unberücksichtigt zu bleiben hat. Es erhöht sich also ausschließlich das Einkommen des barunterhaltspflichtigen Elternteils. Damit verschlechtert sich die Lage für den unterhaltspflichtigen Elternteil, der Ehegattenunterhalt zu zahlen hat, sogar noch gegenüber der früher vertretenen Auffassung, das Kindergeld als Einkommen der Eltern anzusehen. In diesem Falle müsste es nämlich sowohl beim unterhaltsberechtigten als auch beim unterhaltsverpflichteten Ehegatten jeweils zur Hälfte in Ansatz gebracht werden, so dass sich die Berücksichtigung im Regelfall neutralisiert. Die Behandlung als Einkommen des Kindes führt also dazu, dass sich ausschließlich das Einkommen des barunterhaltspflichtigen Elternteils erhöht. Dies hat zur Folge, dass ihm ein Teilbetrag von 33 € von der ihm zustehenden steuerlichen Entlastung im Wege des Ehegattenunterhalts wieder abgenommen und an den anderen Ehegatten weitergeleitet wird, der diesen Betrag neben der ihm zustehenden Hälfte des

Kindergeldes erhält. Damit wachsen dem betreuenden Elternteil nicht 77 €, also die Hälfte des Kindergeldes, sondern 110 € zu. Dies stellt nach Auffassung des Senats einen Verstoß gegen Art. 3 GG dar, weil nicht einzusehen ist, dass der steuerliche Ausgleich auf diesem Wege zugunsten dieses Elternteils verfälscht wird, zumal der barunterhaltspflichtige Elternteil das Existenzminimum des Kindes sicherstellt, dies entspricht nämlich nunmehr dem Mindestbedarf, der immer befriedigt ist, wenn es um Ehegattenunterhalt geht. Dies ergibt sich aus den Rangfolgen gemäß § 1609 Nr. 1 und Nr. 2 BGB von minderjährigen Kindern und Ehegatten. Das bedeutet also, dass die vorrangige Zweckbestimmung des Kindergeldes als familienfördernde Sozialleistung wegen der Rangverhältnisse auf jeden Fall erfüllt ist, wenn Ehegattenunterhalt in Frage steht. Folgt man den Erwägungen des BVerfG dürfte es beim Ehegattenunterhalt damit nur noch um die weitere Zweckbestimmung, nämlich der Entlastungsfunktion des Kindergeldes gehen, die im Steuerrecht verankert ist und die durch die Anrechnung der Zahlbeträge beim Ehegattenunterhalt nicht mehr zu einer hälftigen Entlastung der Eltern führt.

- 33 Die Ungleichbehandlung wird noch offensichtlicher, wenn die Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen für die Zahlung von Ehegattenunterhalt aufgrund des Ehegattenselbstbehalts infrage steht. In diesem Falle wird über den Ehegattenunterhalt das hälftige Kindergeld in voller Höhe an den betreuenden Ehegatten weiter geleitet. Verbleiben dem Pflichtigen nach Abzug des Zahlbetrages bei einem Kind 1.077 €, ist er wegen des Kindergeldes in Höhe von 77 € leistungsfähig, Ehegattenunterhalt in Höhe von 77 € zu zahlen. In diesen Fällen verbleibt ihm das Kindergeld zu seiner Entlastung noch nicht einmal teilweise, obwohl er das Existenzminimum des Kindes durch den Kindesunterhalt sicherstellt. Ansonsten käme es - wie bereits ausgeführt - gar nicht zum Ehegattenunterhalt. Die Weiterleitung des hälftigen Kindergeldes in voller Höhe an den unterhaltsberechtigten Ehegatten dürfte sich auch nach den Ausführungen des BVerfG vor allem nicht damit begründen lassen, dass der Unterhaltspflichtige nicht leistungsfähig ist, Ehegattenunterhalt zu zahlen. Die familienfördernde Zweckbestimmung betrifft ausdrücklich nur das Existenzminimum des Kindes. Im Übrigen sieht der Senat bei diesem Ergebnis auch einen Widerspruch darin, dass gegenüber dem Ehegattenunterhalt ein höherer Selbstbehalt gilt, als gegenüber Kindern, da durch den Abzug der Zahlbeträge die zu Recht bestehende Differenzierung aufgehoben wird.
- 34 Noch krasser wirkt sich der Abzug der Zahlbeträge aus, wenn der unterhaltsberechtigten Ehegatte auch noch den Betreuungsunterhalt leistet. Trennt sich die Ehefrau von dem Ehemann, belässt sie die beiden aus der Ehe stammenden minderjährigen Kinder in dessen Haushalt und verlangt Ehegattenunterhalt, müsste der Ehemann, wenn sie aufgrund gesundheitlicher Beeinträchtigungen nicht in der Lage ist, Kindesunterhalt zu zahlen, das hälftige Kindergeld über den Ehegattenunterhalt an sie weiterleiten, wenn ihm nach Abzug der Zahlbeträge für die beiden bei ihm lebenden Kinder lediglich 1.154 € verbleiben. In diesem Falle müsste er also 154 € Ehegattenunterhalt bezahlen. Es liegt auf der Hand, dass es sich dabei um das jeweils hälftige Kindergeld für die beiden bei ihm lebenden Kinder handelt, die er nicht nur betreut, sondern deren Naturalunterhalt er auch sicherstellt, weil die Ehefrau sich daran aufgrund ihrer Leistungsunfähigkeit nicht zu beteiligen vermag. Dies bedeutet, dass die Mutter, obwohl sie nichts aber auch rein gar nichts zum Unterhalt der Kinder beiträgt, über den Ehegattenunterhalt das halbe Kindergeld für sich beanspruchen kann. Dieses Ergebnis dürfte krass gegen die Auffassung des BVerfG verstoßen, nach der ein Anspruch eines Elternteils auf das hälftige Kindergeld erst dann besteht, wenn er das Existenzminimum des Kindes sicherzustellen vermag, und insoweit die familienfördernde Zweckbestimmung im Vordergrund steht. Dem Ehegatten der sowohl den Betreuungs- als auch den Naturalunterhalt leistet, verbleibt in diesen Fällen nur das hälftige Kindergeld, obwohl es ihm in voller Höhe zur Verfügung stehen müsste.
- 35 Zu einem ebenso unangemessenen Ergebnis führt der Abzug der Zahlbeträge bei nicht gemeinsamen Kindern. Ist der vom geschiedenen Ehegatten auf Ehegattenunterhalt in Anspruch genommene Ehegatte wieder verheiratet, sind aus der neuen Ehe z. B. zwei Kinder hervorgegangen, ist der zweite Ehegatte wegen Erwerbstätigkeit nicht

- unterhaltsbedürftig und verbleiben dem Ehemann nach Abzug des Zahlbetrages 1.154 €, muss er das für die nicht gemeinsamen Kinder bezogene Kindergeld zur Hälfte im Wege des Ehegattenunterhalts an den geschiedenen Ehegatten weiterleiten, der mit den Kindern überhaupt nichts zu tun hat.
- 36 Aufgrund der aufgezeigten verfassungsrechtlichen Bedenken vermag sich der Senat nicht der Auslegung anzuschließen, nach der die Kindergeldanrechnung auf den Bedarf gemäß § 1612 b BGB bei der Berechnung des Ehegattenunterhalts zum Abzug der Zahlbeträge führen muss. Entgegen der Auffassung von Scholz (Wendl/Staudigl 7. Aufl., § 2 Rdnr. 510) sieht sich der Senat nicht verpflichtet, das konkrete Normen-Kontrollverfahren gemäß Art. 100 GG durchzuführen und die Sache dem Bundesverfassungsgericht vorzulegen. Eine Vorlage kommt dann nicht in Betracht, wenn die Verfassungswidrigkeit durch eine verfassungskonforme Auslegung beseitigt werden kann (BVerfGE 32, 383; 48, 215; 64, 242; von Münch/Kunig GG, 5. Aufl., Art. 100, Rdnr. 66; Leibholz/Rück GG Art. 100 Rdnr. 42). Da nach Auffassung des Senats nicht der § 1612 b und die Kindergeldanrechnung auf den Bedarf des Kindes verfassungswidrig ist, sondern lediglich die daraus gezogene Schlussfolgerung, dass demgemäß bei der Berechnung des Ehegattenunterhalts die Zahl- und nicht die Tabellenbeträge abzuziehen sind, besteht die Möglichkeit durch eine verfassungskonforme Auslegung und den Abzug der Tabellenbeträge ein verfassungswidriges Ergebnis zu vermeiden. Damit verbietet sich eine Vorlage gemäß Art. 100 GG.
- 37 **Ab Mitte Juni 2008** - die Qualifizierungsmaßnahme selbst ist abgeschlossen, lediglich die Abschlussprüfung steht noch aus - ist der Kläger allerdings wieder als (indes jetzt nur teilweise) leistungsfähig zu behandeln.
- 38 Auch sind insoweit von ihm wegen der zeitlichen Absehbarkeit bereits rechtzeitig zuvor einsetzende Bewerbungsbemühungen zu verlangen; diesen Anforderungen genügen die vorgelegten Bewerbungsunterlagen ersichtlich bei weitem nicht.
- 39 Nach den für 2006 vorgelegten Verdienstunterlagen (Bl. 46 GA) erzielte der Kläger im Jahre 2006 im Durchschnitt ein bereinigtes Nettoeinkommen von monatlich rund 1.352 €, unter Vorabzug des Kindesunterhaltstabellenbetrag von monatlich 279 € verbleibt eine Restleistungsfähigkeit von monatlich 73 €. Es ist an das früher tatsächlich erzielte Einkommen aus dieser Erwerbstätigkeit anzuknüpfen, weil die Abschlussprüfung noch aussteht und ein evtl. mit der Qualifizierung einher gehender möglicher höherer Verdienst bislang noch nicht realisierbar bzw. zu unterstellen ist.
- 40 Entgegen der Ansicht des Klägers beeinflusst das von der Beklagten erzielte Einkommen dieses Ergebnis nicht, da es allein auf seine Leistungsfähigkeit ankommt: Die Beklagte müsste schon über monatlich netto bereinigt 900 € als Arzthelferin verdienen, damit ihr Bedarf sich verringerte; ein solches Einkommen erzielt sie nicht und es ist ihr auch ein diese Größenordnung deutlich übersteigender Betrag nicht fiktiv zuzurechnen. Hierbei bedarf nicht einmal die Frage einer Entscheidung, ob der Beklagten weiterhin wie im Vergleich ein Betreuungsbonus auch nach neuem Recht weiterhin gutzubringen ist. Die gemeinsame Tochter L. ist erst 5 Jahre alt; angesichts dieses Kindesalters ist die Beklagte nicht darauf zu verweisen, sie könne ihren Bedarf gänzlich durch eigene Erwerbstätigkeit verdienen. Mehr als eine etwa halbschichtige Tätigkeit ist unter Berücksichtigung der Kindesinteressen nicht zumutbar. Von der Gegenseite bestrittene Angaben des Klägers zu einer umfänglichen Erwerbstätigkeit der Beklagten mit einem entscheidungsrelevanten Einkommen sind ersichtlich ins Blaue hinein erfolgt und entbehren einer hinreichenden Substanz. Die Beklagte hat ihre zwischenzeitlich reduzierte Erwerbstätigkeit lediglich wieder auf einen gut halbschichtigen Umfang ausgeweitet (als Rezeptionsmitarbeiterin mit einer Vergütung von 10,50 €/Stunde), wie sie durch Vorlage des entsprechenden Arbeitsvertrages auch belegt hat (Bl. 186 f. GA).
- 41 Nur für den Zeitraum ab Januar 2008 (ab 15. Juni 2008 teilweise) ist die Geschäftsgrundlage der früheren Vereinbarung gestört und ein Festhalten des Klägers

hieran für ihn nicht zumutbar; damit ist der Vergleich für die Zeit ab Januar 2008 in dem vorbezeichneten Umfang abzuändern.

- 42 Im Ergebnis ist die Berufung teilweise begründet.
- 43 Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92 Abs. 1, 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus § 708 Nr. 10 ZPO.

© juris GmbH