BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VERSÄUMNISURTEIL

XII ZR 126/06

Verkündet am:
30. Juli 2008
Breskic,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in der Familiensache

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB §§ 1573, 1578, 1606

a) Zur Darlegungs- und Beweislast für den Unterhalt wegen Erwerbslosigkeit gemäß § 1573 Abs. 1 BGB.

b) Zur Berücksichtigung einer anteiligen Haftung (hier: unter Einbezug fiktiven Einkommens) beider Eltern für den Volljährigenunterhalt im Rahmen der Bemessung des Ehegattenunterhalts.

BGH, Versäumnisurteil vom 30. Juli 2008 - XII ZR 126/06 - OLG Koblenz
AG Bingen am Rhein

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 30. Juli 2008 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Hahne, den Richter Prof. Dr. Wagenitz, die Richterin Dr. Vézina sowie die Richter Dose und Dr. Klinkhammer

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 11. Zivilsenats - 3. Senat für Familiensachen - des Oberlandesgerichts Koblenz vom 25. Juli 2006 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil der Beklagten erkannt worden ist.

Die Sache wird im Umfang der Aufhebung zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Oberlandesgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Parteien streiten um die Abänderung eines Prozessvergleichs über nachehelichen Unterhalt. Die Parteien heirateten am 3. August 1970. Aus der Ehe stammen die Zwillingsschwestern A. und V. (geboren am 10. Mai 1987). Die Ehe der Parteien ist seit dem 9. Februar 1998 rechtskräftig geschieden.

2 Der Kläger (geboren am 26. August 1946) ist ärztlicher Direktor in einem Universitätsklinikum (Besoldungsstufe A 15). Er war nach den Feststellungen

des Berufungsgerichts in zweiter Ehe verheiratet. Die Beklagte (geboren am 21. Mai 1949) ist promovierte Pädagogin und hat zusätzlich eine Prüfung zur Heilpraktikerin abgelegt. Von 1982 bis 1987 unterhielt sie eine Praxis für psychosoziale und pädagogische Betreuung. Seit der Geburt der gemeinsamen Kinder ist sie nicht mehr erwerbstätig.

3 In einem anlässlich der Scheidung geschlossenen Vergleich verpflichtete sich der Kläger zu nachehelichem Unterhalt von monatlich 1.900 DM und zu Kindesunterhalt nach der neunten Einkommensgruppe der Düsseldorfer Tabelle. Durch Prozessvergleich vom 23. August 1999 änderten die Parteien den Ehegattenunterhalt auf 1.850 DM (bis einschließlich Dezember 2001) ab und legten den Kindesunterhalt nach Einkommensgruppe 12 der Düsseldorfer Tabelle fest. Durch weiteren Prozessvergleich vom 28. Januar 2002 legten die Parteien den Ehegattenunterhalt auf 767 € fest.

4 Mit seiner Abänderungsklage erstrebt der Kläger die Herabsetzung des Ehegattenunterhalts ab Volljährigkeit der Töchter. Zunächst hat er den vollständigen Wegfall begehrt, in der Berufungsinstanz zuletzt nur noch die Herabsetzung auf 450 €. Das Amtsgericht hat den nachehelichen Unterhalt ab Juni 2005 auf 486 € herabgesetzt. Auf die Berufung der Beklagten und die Anschlussberufung des Klägers hat das Oberlandesgericht den Ehegattenunterhalt zeitlich gestaffelt in unterschiedlicher Höhe, zuletzt (ab 1/06) auf 489 € herabgesetzt.

5 Dagegen richtet sich die vom Oberlandesgericht zugelassene Revision der Beklagten, die sich entsprechend ihrem in der Berufungsinstanz zuletzt gestellten Antrag gegen eine Herabsetzung auf unter 700 € zur Wehr setzt.

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Entscheidungsgründe:

6 Gegen den im Verhandlungstermin nicht erschienenen Kläger ist durch Versäumnisurteil zu entscheiden. Dieses beruht jedoch inhaltlich nicht auf der Säumnis, sondern berücksichtigt den gesamten Sach- und Streitstand (BGHZ 37, 79, 81 ff.).

7 Die Revision führt zur teilweisen Aufhebung des angefochtenen Urteils und insoweit zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

8 Das Oberlandesgericht hat die Abänderungsklage nach Eintritt der Volljährigkeit der gemeinsamen Kinder für zulässig gehalten und nur noch einen Anspruch auf Aufstockungsunterhalt in eingeschränkter Höhe angenommen. Zur Ermittlung des Unterhalts hat es auf Seiten des Klägers das aus nichtselbständiger Tätigkeit erzielte Einkommen sowie weiteres Einkommen aus selbständiger Tätigkeit zugrunde gelegt. Aus einem (früheren) Wohnvorteil herrührendes Einkommen beider Parteien (Wohnvorteil auf Seiten der Beklagten und Zinseinkünfte auf Seiten des Klägers) hat das Oberlandesgericht als auf beiden Seiten etwa gleichwertig erachtet und demzufolge nicht in die Unterhaltsberechnung eingestellt. Auf Seiten der Beklagten hat das Oberlandesgericht ein fiktives Einkommen von netto 1.300 € veranschlagt, das sie aus einer vollschichtigen Erwerbstätigkeit erzielen könne. Die von ihr dargelegten Erwerbsbemühungen seien nicht ausreichend gewesen. Die Beklagte hätte bei zeitnahen, stetigen und ernsthaften Bemühungen, gegebenenfalls nach Auffrischung und Vertiefung ihrer wissenschaftlichen Ausbildung oder einer Umschulung, eine reale Beschäftigungschance gehabt.

9 Bei der Berechnung des Unterhalts hat das Oberlandesgericht den Kindesunterhalt für die beiden volljährigen Töchter mit den - nicht um das Kindergeld verminderten - Tabellenbeträgen nach der Düsseldorfer Tabelle allein vom Einkommen des Klägers abgezogen. Aus dem Zweck des Kindergelds, vom Barunterhalt des Kindes zu entlasten, folge, dass das Kindergeld bei der Bemessung des Ehegattenunterhalts nicht als bedarfsprägendes Einkommen der Ehegatten Berücksichtigung finden könne. Einen anteiligen Abzug des Kindesunterhalts vom (fiktiven) Einkommen der Beklagten hat das Oberlandesgericht abgelehnt. Es stelle sich schon die Frage, ob die Durchsetzung eines möglichen Mithaftungsanteils der - tatsächlich nicht leistungsfähigen - Beklagten überhaupt sachgerecht und zumutbar wäre. Unbeschadet dessen könne aber jedenfalls im Rahmen des Ehegattenunterhalts ein allenfalls auf fiktiver Grundlage bestehender Haftungsanteil der nicht erwerbstätigen Beklagten keine Bedeutung gewinnen. Es erscheine nicht gerechtfertigt und unbillig, die Bedürftigkeit der ihre Erwerbsobliegenheit verletzenden Beklagten um einen tatsächlich nicht geleisteten Anteil am Barunterhalt der gemeinsamen Töchter zu erhöhen.

10 Das hält der revisionsrechtlichen Überprüfung nicht in vollem Umfang stand.

II.

11 1. Das Berufungsgericht hat die Revision im Tenor des Berufungsurteils ohne Einschränkungen zugelassen. Aus den Urteilsgründen geht allerdings hervor, dass es die Revision wegen der Frage nach der anteiligen Haftung des seine Erwerbsobliegenheit verletzenden berechtigten Ehegatten auf den Barunterhalt volljähriger Kinder zugelassen hat. Es kann offen bleiben, ob die Ausführungen des Berufungsgerichts so zu verstehen sind, dass es die Revisionszu-

lassung auf diese Frage gegenständlich beschränken wollte (vgl. dazu Senatsbeschluss vom 14. Mai 2008 - XII ZB 78/07 - FamRZ 2008, 1339, 1340), oder ob damit - was näher liegt - allein das Motiv für die Zulassung der Revision angegeben werden sollte. Denn bei der anteiligen Haftung auf den Barunterhalt der Kinder und deren Berücksichtigung bei der Ermittlung des Ehegattenunterhalts handelt sich um Rechtsfragen, die sich auf einen nicht abgrenzbaren Teil des Streitgegenstandes beziehen. Der durch diese Fragen betroffene Teil des Ehegattenunterhalts wäre insbesondere einem Teilurteil nicht zugänglich (vgl. Senatsurteil BGHZ 153, 358, 361 f.; Senatsbeschluss vom 14. Mai 2008 - XII ZB 78/07 - FamRZ 2008, 1339, 1340). Eine derartige Einschränkung der Revisionszulassung wäre jedenfalls nicht zulässig und bliebe ohne Wirkung.

12 2. Gegen die Zulässigkeit der Abänderungsklage gemäß § 323 Abs. 1, 4 ZPO bestehen keine Bedenken.

13 Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass die Beklagte nur noch einen Anspruch auf Aufstockungsunterhalt gemäß § 1573 Abs. 2 BGB hat. Unterhalt wegen Krankheit (§ 1572 BGB) oder wegen einer an die Kindererziehung anschließenden Erwerbslosigkeit (§ 1573 Abs. 1, 3 BGB) schuldet der Kläger nicht.

14 a) Dem Berufungsgericht ist zuzustimmen, dass die Beklagte zu einer vollzeitigen Erwerbstätigkeit verpflichtet ist.

15 Die Revision rügt zu Unrecht, das Berufungsgericht habe das Vorbringen der Beklagten zu gesundheitlichen Einschränkungen ihrer Erwerbsfähigkeit übergangen, woraus sich eine nur halbschichtige Einsetzbarkeit für leichte Arbeiten ergebe. Hierbei handelt es sich um erstinstanzliches Vorbringen der Beklagten. Schon das Urteil des Familiengerichts enthält indessen die Feststellung, dass die Beklagte trotz ihrer "körperlichen Gesundheitsschäden" an der

Ausübung einer (vollschichtigen) Tätigkeit mit geistigem Schwerpunkt nicht gehindert sei. Diese Feststellung hat die Beklagte mit ihrer Berufung nicht angegriffen, so dass das Berufungsgericht seinem Urteil gemäß §§ 529 Abs. 1 Nr. 1, 513 Abs. 1 ZPO ihre vollschichtige Erwerbsfähigkeit mit Recht zugrunde gelegt hat. Einer besonderen Erwähnung in den Gründen des Berufungsurteils bedurfte dies nicht.

16 b) Dass die Beklagte gemäß § 1573 Abs. 1 BGB keine angemessene Erwerbstätigkeit zu finden vermag, hat das Berufungsgericht nicht feststellen können. Das ist aus revisionsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden.

17 aa) Die von der Beklagten dargelegten Bewerbungsbemühungen hat das Berufungsgericht als nicht ausreichend angesehen. Es hat eine Steigerung der Bewerbungsintensität für erforderlich gehalten und die Bewerbungsschreiben als aus der Sicht der angesprochenen Arbeitgeber möglicherweise ungünstig gesehen. Die hierzu von der Revision erhobenen Rügen greifen nicht durch.

18 Nach der Rechtsprechung des Senats ist Voraussetzung des Anspruchs aus § 1573 Abs. 1 BGB, dass sich der Ehegatte unter Einsatz aller zumutbaren und möglichen Mittel nachhaltig bemüht haben muss, eine angemessene Tätigkeit zu finden, wozu die bloße Meldung beim Arbeitsamt nicht genügt. Er trägt im Verfahren zudem die uneingeschränkte Darlegungs- und Beweislast für seine Bemühungen und muss in nachprüfbarer Weise vortragen, welche Schritte und in welchem zeitlichen Abstand er im Einzelnen in dieser Richtung unternommen hat. Die Beweiserleichterung nach § 287 Abs. 2 ZPO kommt ihm nicht zugute (Senatsurteil vom 27. Januar 1993 - XII ZR 206/91 - FamRZ 1993, 789, 791).

19 Den von der Beklagten vorgetragenen und belegten Bewerbungsbemühungen fehlt es bereits an der nötigen Nachhaltigkeit. Die im Berufungsurteil

angeführten Bewerbungen aus der Zeit von 1999 bis 2006 sind von ihrer Zahl her unzureichend und weisen zeitliche Lücken auf. Es ist auch nicht ersichtlich, welche Eigeninitiative die Beklagte außer ihrer Arbeitslosmeldung und den vorgelegten Anschreiben an Arbeitgeber in den mehr als acht Jahren seit der Scheidung entwickelt hat. Das Berufungsgericht hat dem entsprechend mit zwar knapper, aber zutreffender Begründung gefordert, die Bewerbungsintensität hätte gesteigert werden müssen, und damit zu erkennen gegeben, dass die vorgetragenen Bewerbungen den Anforderungen nicht genügen. Darüber hinaus hat es auch Zweifel an der Ernsthaftigkeit der Bewerbungen angemeldet und diese aus dem Inhalt der Bewerbungsschreiben hergeleitet. Auch dagegen ist revisionsrechtlich nichts zu erinnern. Die Revision führt hier anderweitige Erklärungsmöglichkeiten an, die allenfalls auf eine unzulässige Ersetzung der Würdigung des Berufungsgerichts durch die der Revision hinauslaufen.

20 Die Beweiswürdigung des Berufungsgerichts unterliegt nach § 559 Abs. 2 ZPO grundsätzlich nicht der revisionsrechtlichen Kontrolle. Die Voraussetzungen einer ausnahmsweisen Korrektur durch das Revisionsgericht, etwa weil die Feststellungen auf einer Gesetzesverletzung beruhen, dem Berufungsgericht ein Verstoß gegen die Denkgesetze unterlaufen ist oder Erfahrungssätze nicht beachtet wurden (vgl. Musielak/Ball ZPO 6. Aufl. § 559 Rdn. 22), liegen nicht vor.

21 Die Auffassung der Revision, dass eine nennenswerte Anzahl von Stellen, für welche die Beklagte von ihrem wissenschaftlichen Anforderungsprofil in Frage komme, nicht existiere, stellt die Feststellung unzureichender Erwerbsbemühungen durch das Berufungsgericht nicht in Frage. Die Beklagte hätte sich nicht nur auf Stellen im Bereich der Wissenschaft bewerben können und müssen, sondern ihr stand aufgrund ihrer Ausbildung einschließlich der Zusatz-

qualifikation als Heilpraktikerin wie auch der wenigstens zeitweilig ausgeübten Praxis im psychosozialen Bereich ein wesentlich weiteres Berufsfeld offen.

22 bb) Die unzureichende Arbeitssuche führt indessen noch nicht notwendig zur Versagung des Anspruchs aus § 1573 Abs. 1 BGB. Die mangelhafte Arbeitssuche muss vielmehr für die Arbeitslosigkeit auch ursächlich sein. Eine Ursächlichkeit besteht nicht, wenn nach den tatsächlichen Gegebenheiten des Arbeitsmarktes sowie den persönlichen Eigenschaften und Fähigkeiten des Unterhalt begehrenden Ehegatten für ihn keine reale Beschäftigungschance bestanden hat (Senatsurteil vom 27. Januar 1993 - XII ZR 206/91 - FamRZ 1993, 789, 791).

23 Für das Bestehen einer realen Beschäftigungschance ist im vorliegenden Fall allerdings nicht erst auf den Beginn des streitbefangenen Zeitraums im Juni 2005 abzustellen, als die Beklagte schon 56 Jahre alt war. Die Besonderheit des vorliegenden Falles besteht darin, dass die Beklagte schon längere Zeit zuvor zu einer Erwerbstätigkeit verpflichtet war. Die Parteien gingen bereits anlässlich der Scheidung im Jahr 1998 übereinstimmend davon aus, dass die Beklagte zu einer Teilzeiterwerbstätigkeit verpflichtet war. Dem entsprechend hat die Beklagte sich in den beiden ersten von den Parteien abgeschlossenen Vergleichen vom 9. Februar 1998 und 23. August 1999 jeweils ein fiktives Einkommen von 500 DM und zuletzt im Vergleich vom 28. Januar 2002 ein fiktives Einkommen von 818 € aus dann halbschichtiger Tätigkeit zurechnen lassen. Die Beklagte kann demnach nicht so behandelt werden, als hätte ihre Erwerbsobliegenheit erstmals im Jahr 2005 eingesetzt. Dass sie durch ihre unzureichende Eigeninitiative die Chance einer stufenweisen beruflichen Eingliederung hat verstreichen lassen, darf sich nicht zu Lasten des unterhaltspflichtigen Klägers auswirken. Vielmehr ist für die Frage der realen Beschäftigungschance darauf abzustellen, ob eine solche bestanden hätte, wenn die Beklagte von An-

fang an ihrer Erwerbsobliegenheit genügt hätte (vgl. auch Senatsurteil vom 20. Februar 2008 - XII ZR 101/05 - FamRZ 2008, 872, 873 f. mit Anmerkung Hoppenz). Dabei ist vor allem einzubeziehen, dass die Beklagte, wie das Familiengericht und das Berufungsgericht übereinstimmend festgestellt haben, bei einer zunächst in Teilzeit ausgeübten Tätigkeit trotz ihres Alters die Chance einer späteren - sukzessiven - Aufstockung zu einer Vollzeitstelle deutlich verbessert haben könnte. Das Berufungsgericht hat die auf Seiten der Beklagten bestehenden Schwierigkeiten, ihr Alter, ihre kaum entwickelte berufliche Praxis und die lange Zeit des beruflichen Ausstiegs in die Betrachtung mit einbezogen. Auch wenn sich diese Faktoren im Ergebnis lediglich bei der Höhe des erzielbaren Einkommens niedergeschlagen haben, hat das Berufungsgericht sie ersichtlich gewürdigt. Wenn es in Anbetracht der bereits seit 1998 von den Parteien angenommenen (Teilzeit-)Erwerbsobliegenheit unter Einbeziehung von Fortbildungsmöglichkeiten dennoch eine bestehende reale Beschäftigungschance ("im abhängigen oder selbständigen Bereich") gesehen hat, ist dies als Ergebnis tatrichterlicher Würdigung nicht zu beanstanden. In Anbetracht des vorhandenen beruflichen Spektrums brauchte das Berufungsgericht in den Entscheidungsgründen auch keine konkrete Tätigkeit zu benennen. Eine Tätigkeit als Putz- oder Verkaufshilfe hat das Berufungsgericht der Beklagten ferner nicht unterstellt. Das für erzielbar erklärte Nettoeinkommen von 1.300 € bewegt sich vielmehr im selben Rahmen wie das von der Beklagten im Vergleich vom 28. Januar 2002 akzeptierte Einkommen von 818 € für eine Halbtagstätigkeit und ist schon deswegen im Zweifel noch angemessen im Sinne von § 1574 BGB (alter und neuer Fassung).

24 Auch wenn schließlich eine sichere rückblickende Einschätzung nicht mehr möglich war und ist, gehen verbleibende Zweifel hinsichtlich einer fehlenden realen Beschäftigungschance zu Lasten der beweisbelasteten Beklagten (Senatsurteil vom 27. Januar 1993 - XII ZR 206/91 - FamRZ 1993, 789, 791).

Dass es sich bei der realen Beschäftigungschance um eine objektive Voraussetzung handelt (vgl. BVerfG FamRZ 2008, 1145, 1146 - betreffend den Unterhaltsschuldner), ändert an der Beweislastverteilung nichts. Der vom Berufungsgericht im angefochtenen Urteil darüber hinausgehend zum Ausdruck gebrachten Überzeugung von einer realen Beschäftigungschance der Beklagten bedurfte es wegen der die Beklagte treffenden Beweislast demnach nicht.

25 3. Zum Unterhaltsbedarf der Beklagten nach den ehelichen Lebensverhältnissen gemäß § 1578 Abs. 1 Satz 1 BGB entspricht das Berufungsurteil allerdings nicht in vollem Umfang der Rechtsprechung des Senats.

26 a) Die vom Berufungsgericht zum Einkommen des Klägers getroffenen Feststellungen bleiben aus revisionsrechtlicher Sicht bis auf einen nebensächlichen Punkt frei von Beanstandungen.

27 Die Revision rügt allein mit Recht, dass das Oberlandesgericht ohne nähere Begründung nicht von dem Gesamtbruttobetrag der Bezügemitteilung vom Dezember 2005 ausgegangen ist, auf die es in seinem Urteil Bezug genommen hat. Aus der Bezügemitteilung lässt sich erkennen, dass das Oberlandesgericht nur das laufende Bruttoeinkommen ("laufendes Steuer-Brutto") zugrunde gelegt und das sonstige Einkommen ("sonstiges Steuer-Brutto") übergangen hat. Das sonstige Einkommen beläuft sich indessen nach derselben Mitteilung nur auf 80 €. Es handelt sich ersichtlich um das im Juli 2005 ausgezahlte Urlaubsgeld. Davon sind 32 € ("Lohnsteuer sonstiger Bezug") und 1,76 € ("Solizuschlag sonstiger Bezug") abzuziehen, so dass sich der Fehler (allenfalls) mit netto 46,24 € und monatlich also weniger als 4 € niederschlägt.

28 Die weiter von der Revision erhobene Rüge, der Nettobetrag sei nicht nachvollziehbar ermittelt worden, greift indessen nicht durch. Dem Berufungsurteil ist vielmehr zu entnehmen, nach welcher Methode das Berufungsgericht

das Nettoeinkommen ermittelt hat. Die Angabe des vollständigen Rechenweges, wie es zu dem Nettoeinkommen gelangt ist, ist nicht erforderlich, wenn die einzelnen Berechnungsgrößen nachvollziehbar dargestellt sind. Das ist hier der Fall, denn das Berufungsgericht hat sowohl die Werbungskosten als auch die Sonderausgaben angegeben. Die weiteren Rechenschritte ergeben sich aus den gesetzlichen Steuerabzügen. Dass das Berufungsgericht von einer lediglich fiktiven getrennten Veranlagung ausgegangen ist, obwohl der Kläger offensichtlich seit 2004 wiederum geschieden ist, ist unschädlich.

29 Dass das Berufungsgericht im Ergebnis zu einem geringeren als dem in erster Instanz noch unstreitigen Nettoeinkommen gelangt ist, erklärt sich daraus, dass es gegenüber dem früheren Monatsfreibetrag (887 €) lediglich den vom Amtsgericht festgesetzten Unterhaltsbetrag (486 €) als monatlichen Freibetrag berücksichtigt hat. Dies ist in den Urteilsgründen ausdrücklich aufgeführt und stimmt mit der Rechtsprechung des Senats zur Berücksichtigung des Realsplittingvorteils überein (Senatsurteile vom 6. Februar 2008 - XII ZR 14/06 - FamRZ 2008, 968, 971; vom 23. Mai 2007 - XII ZR 245/04 - FamRZ 2007, 1232, 1234 und vom 28. Februar 2007 - XII ZR 37/05 - FamRZ 2007, 793, 797).

30 b) Die von beiden Parteien gezogenen Nutzungen (Wohnvorteil bei der Beklagten und Zinsen beim Kläger) sind vom Berufungsgericht als annähernd gleichwertig angesehen und daher rechnerisch nicht berücksichtigt worden. Die Kürzung der beiden Vorteile im Rahmen der Bedarfsermittlung beim Ehegattenunterhalt ist deswegen auch unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Senats (Senatsurteil vom 1. Dezember 2004 - XII ZR 75/02 - FamRZ 2005, 1159) nicht zu beanstanden und wird auch von der Revision nicht gerügt.

31 c) Bei der Bemessung des Ehegattenunterhalts hat das Berufungsgericht den Unterhalt der volljährigen Kinder zutreffend vorweg abgezogen. Der Unter-

haltsbedarf volljähriger Kinder bemisst sich, soweit er der Altersstufe 4 der Düsseldorfer Tabelle entnommen wird, nach dem zusammengerechneten Einkommen der Eltern. Nach ständiger Rechtsprechung schuldet ein Elternteil allerdings höchstens den Unterhalt, der sich allein auf der Grundlage seines Einkommens aus der vierten Altersstufe der Düsseldorfer Tabelle ergibt (Senatsurteil BGHZ 164, 375, 378 = FamRZ 2006, 99, 100). Die Berechnung kann abgekürzt werden, wenn nur ein Elternteil Einkommen oberhalb des eigenen angemessenen Unterhalts im Sinne von § 1603 Abs. 1 BGB (angemessener Selbstbehalt; nach den Leitlinien des Berufungsgerichts - Nr. 21.3.1 - sowie der Anmerkung A. 5 zur Düsseldorfer Tabelle ab 1. Juli 2005: 1.100 €; bis Juni 2005: 1.000 €) erzielt und der andere Elternteil nicht leistungsfähig ist. In diesem Fall kann der Kindesunterhalt zur Vereinfachung sogleich allein nach dem Einkommen des allein leistungsfähigen Elternteils bestimmt werden.

32 aa) Das Berufungsgericht hat den Unterhalt der beiden volljährigen Töchter allein nach dem Einkommen des Klägers bestimmt und das der Beklagten zugerechnete Einkommen als bloß fiktives Einkommen außer Acht gelassen. Die Revision bringt dagegen im Ausgangspunkt allerdings zu Recht vor, dass die Anrechnung eines fiktiven Einkommens auch die Beteiligung der Beklagten am Unterhalt der volljährigen Kinder zur Folge hat (§ 1606 Abs. 3 Satz 1 BGB), soweit sich insgesamt ein den angemessenen Selbstbehalt nach § 1603 Abs. 1 BGB übersteigendes Einkommen ergibt. Allein aufgrund des Umstands, dass es sich um fiktives Einkommen handelt, folgt auch im Rahmen der anteiligen Unterhaltspflicht nach § 1606 Abs. 3 Satz 1 BGB noch nicht, dass eine Mithaftung entfällt. Anderenfalls hätte der Elternteil die Möglichkeit, durch seine Pflichtverletzung den Wegfall seiner Unterhaltspflicht herbeizuführen. Das Gleiche muss jedenfalls grundsätzlich gelten, wenn es nicht primär um die Feststellung des Volljährigenunterhalts geht, sondern der Volljährigenunterhalt nur eine Vorfrage bei der Bemessung des Ehegattenunterhalts ist.

33 Das Berufungsgericht hat jedoch des Weiteren - wie auch die Revision - nicht beachtet, dass die Zurechnung eines fiktiven Einkommens beim Kindesunterhalt unter anderen Voraussetzungen steht als beim Ehegattenunterhalt. Die Zurechnung fiktiven Einkommens ist für jedes Unterhaltsverhältnis gesondert zu beurteilen und setzt voraus, dass der Unterhaltspflichtige im jeweiligen Unterhaltsverhältnis gegen seine unterhaltsrechtliche Erwerbsobliegenheit verstoßen hat. Die Erwerbsobliegenheiten beim Ehegattenunterhalt und beim Kindesunterhalt sind unterschiedlich ausgestaltet. Sie unterscheiden sich nicht zuletzt auch danach, ob sie den Unterhaltsberechtigten oder den Unterhaltspflichtigen betreffen, wie der vorliegende Fall deutlich macht. Während die Beklagte im Rahmen des Ehegattenunterhalts schon seit 1998 unterhaltsrechtlich zu einer Erwerbstätigkeit verpflichtet war, erfüllte sie ihre Unterhaltspflicht gegenüber den Kindern, solange diese noch minderjährig waren, allein durch deren Pflege und Erziehung (§ 1606 Abs. 3 Satz 2 BGB). Da der Barunterhalt der Kinder gesichert war (§ 1603 Abs. 2 Satz 3 BGB) und auch ansonsten kein Ausnahmefall von der Regel des § 1606 Abs. 3 Satz 2 BGB in Betracht kommt, war die Beklagte gegenüber ihren Kindern somit erst seit deren im Mai 2005 eingetretener Volljährigkeit zu einer Erwerbstätigkeit verpflichtet. Zu diesem Zeitpunkt hatten sich die Erwerbschancen der Beklagten allerdings gegenüber der Betrachtung beim Ehegattenunterhalt bereits deutlich verschlechtert. Dass die Beklagte seitdem noch in der Lage sein sollte, eine Vollzeitstelle zu erlangen, erscheint schon aufgrund ihres Alters von nunmehr 56 Jahren und ihrer noch deutlich längeren beruflichen Abstinenz zweifelhaft. Aufgrund der fehlerhaften Gleichstellung der Erwerbsobliegenheit der Beklagten einerseits als Gläubigerin des Ehegattenunterhalts und andererseits als Schuldnerin des Kindesunterhalts hat das Berufungsgericht hier die notwendigen Feststellungen unterlassen.

34 Allerdings kann sich das vom Berufungsgericht erzielte Ergebnis auch dann als richtig erweisen, wenn und soweit die Beklagte nicht nur wegen einge-

schränkter Vollstreckungsmöglichkeiten, sondern rechtlich gesichert vom Kindesunterhalt befreit ist. Der hierfür in Frage kommende Grund könnte in einer Freistellung der Beklagten durch den Kläger liegen. Soweit der Kläger - wie es offenbar der Fall ist - den Kindesunterhalt seit Eintritt der Volljährigkeit der gemeinsamen Kinder geleistet hat, ohne die Beklagte in Rückgriff nehmen zu wollen, dürfte eine zumindest stillschweigende Freistellungsabrede der Parteien vorliegen. Dass die Beklagte den Naturalunterhalt der Kinder sicherstellt, steht dem nicht notwendig entgegen, weil dieser aus dem Barunterhalt, der insbesondere auch den Wohnbedarf umfasst, zu finanzieren ist (Senatsurteil BGHZ 164, 375, 385 = FamRZ 2006, 99, 102). Auch wenn die Kinder durch eine solche Abrede grundsätzlich nicht gehindert sind, die Beklagte auf ihren Unterhaltsanteil in Anspruch zu nehmen, wird eine rückwirkende Inanspruchnahme regelmäßig ausscheiden, weil es an den Voraussetzungen des § 1613 BGB fehlt. Sind sowohl ein Rückgriff des Klägers als auch eine rückwirkende Inanspruchnahme durch die Kinder aber zuverlässig ausgeschlossen, kann dem in der Tat dadurch Rechnung getragen werden, dass der Unterhalt allein vom Einkommen des zugleich dem Ehegatten und den Kindern zum Unterhalt Verpflichteten abgezogen wird (vgl. Wendl/Klinkhammer Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis 7. Aufl. § 2 Rdn. 151). Auch für den künftigen Unterhalt kann es sich ähnlich verhalten, wenn der Kläger auch insoweit der offenbar durchgehenden bisherigen Praxis entsprechend anbietet, den Kindesunterhalt im Verhältnis der Parteien weiter allein aufzubringen. Die Beklagte verstieße dann gegen Treu und Glauben, wenn sie das Freistellungsangebot des Klägers nicht annehmen würde. Etwas anderes kann sich nur ergeben, wenn die Kinder die Beklagte direkt auf Unterhalt in Anspruch nehmen sollten. Dieser Umstand lässt sich anhand der Anforderungen gemäß § 1613 BGB verlässlich feststellen und würde gegebenenfalls eine Abänderung des Ehegattenunterhalts begründen.

35 Weil das Berufungsgericht allein auf die Eigenschaft als fiktives Einkommen abgestellt hat, bedürfen die oben aufgezeigten Voraussetzungen (zur Erwerbsobliegenheit gegenüber den Kindern und zu einer Freistellung der Beklagten) weiterer Feststellungen.

36 bb) Das Berufungsgericht hat zudem aber den Kindesunterhalt mit den nicht um das Kindergeld gekürzten Tabellenbeträgen nach der Düsseldorfer Tabelle abgezogen. Das entspricht nicht der Rechtsprechung des Senats und ist nach § 557 Abs. 3 Satz 1 ZPO auch ohne entsprechende Revisionsrüge zu berücksichtigen. Nach ständiger Rechtsprechung des Senats schuldet der Kläger seinen volljährigen Kindern nur Unterhalt in einer Höhe, wie er sich nach Abzug des vollen Kindergeldes ergibt (Senatsurteile BGHZ 164, 375, 382 f. = FamRZ 2006, 99, 101 f. und vom 5. März 2008 - XII ZR 22/06 - FamRZ 2008, 963). Auch in Höhe des staatlichen Kindergeldes ist der Unterhaltsbedarf der volljährigen Töchter gedeckt. Der Kläger schuldet insoweit keinen Barunterhalt, den er bei der Berechnung des der Beklagten zustehenden Ehegattenunterhalts zusätzlich abziehen könnte. Dadurch wird das Kindergeld entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht als Einkommen des Barunterhaltspflichtigen behandelt. Vielmehr wird dieser durch die bedarfsdeckende Anrechnung des Kindergelds vom Kindesunterhalt entlastet, so dass ihm ein größerer Teil seines Einkommens - auch für den Ehegattenunterhalt - zur Verfügung steht. Damit stellt sich die Lage beim Kindergeld nicht anders dar als bei dem mit ähnlicher Funktion gewährten steuerlichen Kinderfreibetrag (§ 32 Abs. 6 EStG), der ebenfalls zu einem höheren Nettoeinkommen führt.

III.

37 Demnach kann das Urteil des Berufungsgerichts keinen Bestand haben und ist gemäß § 562 Abs. 1 ZPO aufzuheben. Die Sache ist nicht zur Entscheidung reif, weil weitere tatrichterliche Feststellungen erforderlich sind.

IV.

38 Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

39 Für die Bedarfsermittlung ist neben der geringfügigen Korrektur des vom Kläger bezogenen Einkommens und dessen Fortschreibung seit 2006 der Kindesunterhalt nur nach Abzug des Kindergelds zu berücksichtigen. Neben den seit dem 1. Januar 2008 in Kraft getretenen Änderungen durch das Unterhaltsrechtsänderungsgesetz vom 21. Dezember 2007 (BGBl. I S. 3189) sind ferner die geänderten Fassungen der Düsseldorfer Tabelle, gegebenenfalls auch davon abweichende vom Kläger gezahlte Beträge zu berücksichtigen.

40 Sollte das Berufungsgericht - bei einer Obliegenheitsverletzung der Beklagten auch gegenüber den Kindern - zu der Feststellung gelangen, dass die Beklagte vom Kläger vollständig vom Kindesunterhalt freigestellt worden ist und eine entsprechende Vereinbarung auch in Zukunft weiteren Bestand hat, ist vom Einkommen der Beklagten grundsätzlich kein Kindesunterhaltsanteil abzuziehen. Das auf Seiten der Beklagten vorhandene Einkommen wäre dann

grundsätzlich bei der Berechnung des Ehegattenunterhalts bereits in zulässiger Weise vereinfachend berücksichtigt.

Hahne Wagenitz Vézina

Dose Klinkhammer

Vorinstanzen:
AG Bingen am Rhein, Entscheidung vom 12.09.2005 - 8 F 221/05 -
OLG Koblenz, Entscheidung vom 25.07.2006 - 11 UF 655/05 -