BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XII ZR 158/04

Verkündet am:
14. März 2007
Breskic,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in der Familiensache

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB §§ 1569 ff., 1578 Abs. 1, 1579 Nr. 6, 1610 Abs. 2; EStG §§ 10 Abs. 1 Nr. 1, 32 Abs. 6 Satz 1 und 2

a) Besucht ein Kind aus pädagogischen Gründen halbtags einen Kindergarten, begründet der Kindergartenbeitrag keinen Mehrbedarf des Kindes, sondern ist regelmäßig in dem geschuldeten Tabellenunterhalt enthalten.

b) Die Freibeträge, die einem auf nachehelichen Unterhalt in Anspruch genommenen Unterhaltspflichtigen nach § 32 Abs. 6 Satz 1 EStG für ein zu berücksichtigendes Kind gewährt werden, sind unabhängig davon, aus welcher Ehe ein Kind stammt, bei der Ermittlung des unterhaltsrelevanten Einkommens einzubeziehen. Die Freibeträge nach § 32 Abs. 6 Satz 2 EStG stehen dagegen dem (neuen) Ehegatten des Unterhaltspflichtigen zu und sind deshalb außer Betracht zu lassen.

c) Ein dem Unterhaltspflichtigen von seinem Arbeitgeber gezahlter Kinderzuschlag, der ohne Rücksicht auf eine Ehe gewährt wird, ist auch im Fall der Wiederverheiratung Bestandteil des zur Bemessung des nachehelichen Unterhalts maßgeblichen Einkommens. Auch insofern kommt es nicht darauf an, aus welcher Ehe das Kind stammt, für das der Zuschlag geleistet wird.

d) Zur Berücksichtigung des Realsplittingvorteils eines Unterhaltspflichtigen (im Anschluss an Senatsurteil vom 28. Februar 2007 - XII ZR 37/05 - zur Veröffentlichung vorgesehen).

e) Zur Verwirkung des Anspruchs auf nachehelichen Unterhalt wegen Vereitelung des Umgangsrechts des Unterhaltspflichtigen mit seinem Kind.

BGH, Urteil vom 14. März 2007 - XII ZR 158/04 - OLG Koblenz
AG Mainz

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. März 2007 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Hahne und die Richter Sprick, Weber-Monecke, Prof. Dr. Wagenitz und Dose

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 11. Zivilsenats - 3. Senat für Familiensachen - des Oberlandesgerichts Koblenz vom 27. Juli 2004 wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Der Kläger begehrt Abänderung des der Beklagten geschuldeten nachehelichen Unterhalts.

2 Die Ehe der Parteien, aus der das am 4. Dezember 1993 geborene und bei der Beklagten lebende Kind K. hervorgegangen ist, wurde im April 1998 rechtskräftig geschieden. Der Kläger ist wieder verheiratet. Aus der jetzigen Ehe entstammt das am 17. Juni 1999 geborene Kind J. Die Ehefrau des Klägers ist in geringem Umfang erwerbstätig.

3 Mit Teilvergleich vom 2. Oktober 1998 hatte sich der Kläger u.a. verpflichtet, an die Beklagte ab 1. Oktober 1998 nachehelichen Unterhalt in Höhe von monatlich 1.182 DM (604,35 €) zu zahlen. Auf die Abänderungswiderklage des Klägers wurde der Unterhalt durch Urteil des Amtsgerichts vom 29. Oktober 1999 für die Zeit ab 18. Juni 1999 auf monatlich 939 DM (480,10 €) herabgesetzt. Dabei ging das Amtsgericht davon aus, dass das Einkommen des Klä-

gers vor der Errechnung des Ehegattenunterhalts um Fahrtkosten zur Arbeit von monatlich 330 DM (168,73 €) sowie um den Unterhalt für dessen beide Kinder zu bereinigen sei. Die Beklagte war damals nicht erwerbstätig und erzielte auch keine sonstigen Einkünfte.

4 Mit der vorliegenden Abänderungsklage hat der Kläger beantragt, das Urteil vom 29. Oktober 1999 dahin abzuändern, dass er ab Rechtshängigkeit (30. November 2002) keinen nachehelichen Unterhalt mehr zu zahlen hat. Er hat geltend gemacht, die Beklagte übe inzwischen eine Teilzeitbeschäftigung aus und müsse sich Zinseinkünfte aus einem Teilbetrag des von ihm geleisteten Zugewinnausgleichs anrechnen lassen. Deshalb schulde er unter Berücksichtigung seiner erheblichen Fahrtkosten und des gestiegenen Kindesunterhalts keinen nachehelichen Unterhalt mehr. Die Beklagte ist dem Abänderungsbegehren entgegengetreten.

5 Das Amtsgericht hat den Unterhalt auf monatlich 199 € herabgesetzt. Die dagegen gerichtete Berufung des Klägers, mit der er beantragt hat, den Unterhalt auf monatlich 150 € zu reduzieren, ist erfolglos geblieben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht das erstinstanzliche Urteil teilweise geändert und das Urteil vom 29. Oktober 1999 dahin abgeändert, dass der Kläger wie folgt Unterhalt zu zahlen hat: Für Dezember 2002 302 €, von Januar bis Juni 2003 monatlich 320 €, von Juli bis Oktober 2003 monatlich 306 €, für November und Dezember 2003 monatlich 259 € und ab Januar 2004 monatlich 261 €. Dagegen hat der Kläger - zugelassene - Revision eingelegt, mit der er sein zweitinstanzliches Begehren weiter verfolgt.

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 Die Revision hat keinen Erfolg.

I.

7 Das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, dass das Urteil vom 29. Oktober 1999 gemäß § 323 Abs. 1 ZPO abzuändern sei, weil sich die Verhältnisse, die für die Verurteilung zur Entrichtung des Unterhalts sowie für dessen Höhe maßgebend gewesen seien, wesentlich verändert hätten. Denn der Kläger verfüge zwar über ein höheres Einkommen, müsse aber auch höheren Kindesunterhalt zahlen. Außerdem habe die Beklagte eine Erwerbstätigkeit aufgenommen. Zur Begründung hat das Berufungsgericht im Wesentlichen ausgeführt:

8 Die Beklagte könne weiterhin Unterhalt nach § 1570 BGB beanspruchen, soweit von ihr wegen der Pflege und Erziehung des gemeinsamen Sohnes keine Erwerbstätigkeit erwartet werden könne. Soweit die aus ihrer Erwerbstätigkeit erzielten Einkünfte zum vollen Unterhalt nicht ausreichten, könne sie gemäß § 1573 Abs. 2 BGB Aufstockungsunterhalt verlangen. Die für die Unterhaltsbemessung maßgebenden ehelichen Lebensverhältnisse seien u.a. von dem Erwerbseinkommen des Klägers geprägt gewesen. Insofern könne allerdings nicht dessen tatsächlich erzieltes Nettoeinkommen zugrunde gelegt werden, vielmehr sei die Steuerberechnung zunächst um unterhaltsrechtlich nicht zu berücksichtigende Steuervorteile zu bereinigen. Sodann sei der auf den Kläger im Verhältnis zu seiner Ehefrau entfallende Anteil der Steuer zu ermitteln.

9 Sowohl die Werbungskosten für den Weg zwischen Wohnung und Arbeitsstätte als auch die Sonderausgaben wegen Unterhaltszahlungen an den geschiedenen Ehegatten seien nur insoweit steuermindernd zu berücksichtigen,

wie sie unterhaltsrechtlich anzuerkennen seien. Beide Positionen müssten daher auf das dementsprechende Maß herabgesetzt werden. Fahrtkosten seien in den Steuerbescheiden für eine Fahrtstrecke von 50 km angesetzt worden. Sie könnten aber unterhaltsrechtlich nur für eine Fahrtstrecke von 22 km anerkannt werden. Denn nur die hierdurch anfallenden Kosten seien in der abzuändernden Entscheidung berücksichtigt worden, obwohl der Kläger damals schon an seinem jetzigen, von seiner Arbeitsstelle weiter entfernt liegenden Wohnort gelebt habe. Deshalb sei es ihm gemäß § 323 Abs. 2 ZPO verwehrt, nunmehr höhere Fahrtkosten geltend zu machen.

10 Unterhaltszahlungen seien in den Steuerbescheiden für die Jahre 2002 und 2003 jeweils in Höhe des von dem Kläger entsprechend dem Urteil vom 29. Oktober 1999 entrichteten Betrages von (aufgerundet) 5.762 € (480,10 € x 12 Monate) anerkannt worden. Sie müssten aber bei der Berechnung des für den Ehegattenunterhalt nunmehr maßgeblichen Einkommens grundsätzlich mit dem nach dem Berufungsurteil zu entrichtenden Betrag eingestellt werden, um eine Verzerrung der tatsächlichen Einkünfte zu vermeiden. Das rechnerische Problem, das sich daraus ergebe, dass die Höhe des Unterhalts der Beklagten von der Höhe des Nettoeinkommens des Klägers, letzteres aber von der Höhe der als Sonderausgaben anzuerkennenden Unterhaltszahlungen an die Beklagte abhänge, sei - wie bei der gleich gelagerten Problematik der Berechnung von Elementar- und Altersvorsorgeunterhalt - in der Weise zu lösen, dass der Ehegattenunterhalt in zwei Stufen errechnet werde. Zunächst werde - ohne Berücksichtigung von als Sonderausgaben anzuerkennenden Unterhaltsleistungen - der vorläufige Ehegattenunterhalt ermittelt. Sodann werde - unter Berücksichtigung der als Sonderausgaben anzuerkennenden Unterhaltsleistungen in Höhe des vorläufigen Ehegattenunterhalts - der endgültige Ehegattenunterhalt festgestellt. Da sowohl der Kläger als auch seine Ehefrau Einkünfte erzielten und beide zusammen steuerlich veranlagt worden seien, sei die sodann maßgebli-

che Steuer auf den Kläger und seine Ehefrau aufzuteilen. Als Aufteilungsmaßstab biete sich das Verhältnis der Einkommensteuerbeträge an, die nach dem Grundtarif auf die Summe der Einkünfte eines jeden Ehegatten zu zahlen wären.

11 Darüber hinaus sei zu berücksichtigen, dass ein der bestehenden Ehe gewährter Steuervorteil nicht der geschiedenen Ehe zugute kommen dürfe. Dies gelte im Rahmen des Abänderungsverfahrens allerdings nur für den Unterhaltszeitraum, der der Verkündung des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts folge. Bei der Steuerberechnung sei deshalb erst ab November 2003 der sogenannte Splittingvorteil außer Acht zu lassen; stattdessen sei die Steuer maßgebend, die der Kläger nach dem Grundtarif zu zahlen hätte. Demgegenüber seien der Kinderzuschlag zu seinem Einkommen sowie die Freibeträge für die beiden Kinder dem Grunde nach weiterhin zu berücksichtigen, letztere der Höhe nach allerdings nur, soweit sie nicht auf der bestehenden Ehe beruhten. Bis Oktober 2003 sei dagegen die nach dem Splittingtarif zu berechnende und auf den Kläger entfallende Steuer auf sein zu versteuerndes Einkommen in die Unterhaltsberechnung einzustellen.

12 Ein Wohnvorteil aus der Nutzung des Hausanwesens in S. sei dem Kläger nicht zuzurechnen. Dabei könne dahinstehen, ob die Beklagte mit dem entsprechenden Vortrag präkludiert sei, weil der Kläger schon zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung in dem vorausgegangenen Abänderungsverfahren das Haus in S. bewohnt habe. Jedenfalls habe ein entsprechender Wohnvorteil die ehelichen Lebensverhältnisse nicht geprägt. An dem von den Parteien bewohnten Haus in H. habe kein Wohnvorteil bestanden, weil die Belastungen den Mietwert überstiegen hätten. Der Nutzungsvorteil in S. stelle auch kein Surrogat für Zinseinkünfte aus dem Veräußerungserlös der Immobilien in H. dar, denn während der Ehe seien solche Einkünfte nicht erzielt worden.

13 Von dem Einkommen des Klägers sei - wie in der abzuändernden Entscheidung - der Tabellenunterhalt für die beiden Kinder abzusetzen. Dies stehe zwar bezüglich des Unterhalts für das Kind J. mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht in Einklang. Der Beklagten sei es aber verwehrt, sich darauf zu berufen, dass die Unterhaltspflicht des Klägers für dieses Kind die ehelichen Lebensverhältnisse nicht geprägt habe. Das Abänderungsverfahren diene nicht der Korrektur rechtlich unzutreffend beurteilter, aber tatsächlich unverändert gebliebener Umstände. Bei der Bemessung des Kindesunterhalts seien allerdings - anders als bei derjenigen des Ehegattenunterhalts - die steuerlichen Vorteile der neuen Ehe auch für die Zeit ab November 2003 zu berücksichtigen. Allerdings seien auch insofern die steuerlichen Vorteile aus einem Teilbetrag der Fahrtkosten sowie der Durchführung des Realsplittings zu eliminieren. Ausgehend von dem so ermittelten Nettoeinkommen des Klägers ergebe sich nach der Düsseldorfer Tabelle der folgende vorläufige Kindesunterhalt (jeweils monatlich) für K.: von Dezember 2002 bis Juni 2003 292 €, von Juli bis Dezember 2003 309 € und ab Januar 2004 326 €; für J.: von Dezember 2002 bis Juni 2003 241 €, von Juli 2003 bis Dezember 2003 255 €, ab Januar 2004 269 €.

14 Die von dem Kläger geltend gemachten Kindergarten- und Betreuungskosten für sein Kind aus zweiter Ehe seien neben dem vollen Tabellenunterhalt nicht abzugsfähig. In diesem sei vielmehr der auf den Vater entfallende Teil der Betreuungskosten enthalten. Der weitere Anteil sei von der Mutter abzudecken, und zwar entweder durch die tatsächliche Betreuung oder durch Übernahme der entsprechenden Kosten. Schließlich sei von dem bereinigten Einkommen des Klägers der Erwerbstätigenbonus von 1/7 abzuziehen.

15 Die Beklagte erziele seit September 2002 ein durchschnittliches monatliches Nettoeinkommen von 1.109,59 €. Hiervon seien Fahrtkosten zur Arbeitsstelle in Höhe von 160 € abzusetzen. Ihr sei wegen der ihr obliegenden Betreu-

ung des Kindes zuzubilligen, anstelle der zeitaufwändigeren öffentlichen Verkehrsmittel ihren Pkw zu nutzen. Das nach Abzug eines Erwerbstätigenbonus von 1/7 verbleibende Einkommen sei nur zu 2/3 in die Bedarfsberechnung im Wege der Additionsmethode einzustellen. Der Beklagten, die zu 3/4 einer vollen Stelle erwerbstätig sei, könne angesichts des Alters des Kindes nur eine halbschichtige Tätigkeit zugemutet werden. Zu 1/3 sei ihre Arbeit deshalb als überobligationsmäßig zu bewerten. Sie brauche sich nicht darauf verweisen zu lassen, dass K. durch Dritte, insbesondere die Großeltern, betreut werden könne.

16 Bei der Ermittlung des eheangemessenen Unterhaltsbedarfs sei nur das aus zumutbarer Tätigkeit stammende Einkommen zu berücksichtigen. Das überobligationsmäßig erzielte Einkommen sei in einem weiteren Schritt unter Billigkeitsgesichtspunkten teilweise als bedarfsdeckend anzurechnen. Insoweit sei es hier angemessen, diesen Teil des Einkommens zu einem Drittel zu berücksichtigen. Darüber hinaus seien auf den Bedarf der Beklagten weder ersparte Wohnkosten noch fiktive Zinseinkünfte anzurechnen.

17 Auf der Grundlage der so ermittelten bereinigten Nettoeinkommen der Parteien sei der nacheheliche Unterhalt zunächst vorläufig zu errechnen. Der endgültige Betrag sei sodann unter Berücksichtigung der sich aus dem vorläufigen Unterhalt ergebenden Sonderausgaben für Unterhaltsleistungen zu ermitteln. Letztere beeinflussten die Höhe des sowohl für den nachehelichen Unterhalt als auch für den Kindesunterhalt maßgeblichen Nettoeinkommens des Klägers. Dabei seien für den nachehelichen Unterhalt und den Kindesunterhalt teilweise unterschiedliche Berechnungen durchzuführen, da für den Kindesunterhalt der Splittingvorteil durchgehend zu berücksichtigen sei. Wegen des Vorwegabzugs des Kindesunterhalts sei zunächst dessen endgültige Höhe zu bestimmen. Sie belaufe sich für K. von Dezember 2002 bis Juni 2003 auf monatlich 308 € und ab Juli 2003 auf monatlich 326 €, während für J. von Dezem-

ber 2002 bis Juni 2003 monatlich 254 € und ab Juli 2003 monatlich 269 € anzusetzen seien. Unter Berücksichtigung dieser Unterhaltspflichten ergebe sich der endgültige nacheheliche Unterhalt in der ausgeurteilten Höhe als Quote von 3/7 der Differenz der beiderseitigen Einkünfte und unter zusätzlicher Anrechnung des aus der überobligationsmäßigen Tätigkeit zu berücksichtigenden Einkommensteils.

18 Soweit der Kläger geltend mache, die Beklagte habe ihren Unterhaltsanspruch verwirkt, weil sie sein Umgangsrecht mit K. seit Jahren vereitele, bleibe dieser Einwand ohne Erfolg. Es sei zwar möglich, dass der Kläger sein Umgangsrecht nicht ausüben könne, weil K. den Kontakt zu ihm ablehne. Die ablehnende Haltung des Kindes sei jedoch nicht zwingend auf eine bewusste Beeinflussung durch die Beklagte zurückzuführen. Ebenso sei es möglich, dass das Verhalten des Klägers für die Abneigung ursächlich sei. Die Beklagte habe in der mündlichen Verhandlung nachvollziehbar dargelegt, aus welchen beim Vater liegenden Gründen es aus ihrer Sicht zu Schwierigkeiten beim Umgangsrecht gekommen sei. Ferner sei denkbar, dass sie K. nur unbewusst negativ beeinflusse oder es lediglich unterlasse, positiv auf ihn einzuwirken. Selbst wenn die Beklagte aber nicht alles unternommen haben sollte, um den Kontakt zwischen Vater und Sohn zu fördern, könne hieraus keine Verwirkung des Unterhaltsanspruchs hergeleitet werden. Regelmäßig führe nicht bereits ein solches Unterlassen, sondern erst die schuldhafte Vereitelung des Umgangs zu einer Verwirkung. Dafür fehle es an hinreichenden Anhaltspunkten. Insbesondere habe der Kläger seine Behauptung, bereits seit seinem Auszug aus der ehelichen Wohnung unterlasse die Beklagte nichts, um das Umgangsrecht zu erschweren oder gar zu verhindern, nicht ausreichend konkretisiert.

19 Diese Ausführungen halten nicht in allen Punkten der Begründung, wohl aber im Ergebnis der rechtlichen Nachprüfung stand.

II.

20 1. Das Oberlandesgericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass die Unterhaltsverpflichtung des Klägers gemäß § 323 Abs. 1 ZPO der Abänderung unterliegt, da die insofern maßgebenden Verhältnisse eine wesentliche Änderung erfahren haben. Der Kläger verfügt zwar zum einen über ein höheres Einkommen als in dem vorausgegangenen Rechtsstreit. Mit Rücksicht darauf schuldet er aber auch höheren Kindesunterhalt. Zum anderen erzielt auch die Beklagte inzwischen Erwerbseinkommen. Deshalb kann der Kläger eine Abänderung des Urteils vom 29. Oktober 1999 verlangen.

21 2. Ebenfalls zutreffend hat das Berufungsgericht angenommen, dass die Beklagte nunmehr nach den §§ 1570, 1573 Abs. 2 BGB unterhaltsberechtigt ist. Das Maß des ihr geschuldeten Unterhalts richtet sich nach den ehelichen Lebensverhältnissen (§ 1578 Abs. 1 BGB), die u.a. durch das Einkommen des Klägers geprägt waren.

22 a) Das Berufungsgericht hat das festgestellte Nettoeinkommen des Klägers um Fahrtkosten zur Arbeitsstelle bereinigt, die es auf der Grundlage der im vorausgegangenen Rechtsstreit berücksichtigten kürzeren Fahrtstrecke ermittelt hat. Das ist rechtlich nicht zu beanstanden. Da der Kläger seinerzeit nicht mehr in H., sondern schon in S. lebte, ist es ihm gemäß § 323 Abs. 2 ZPO verwehrt, nunmehr geltend zu machen, die Entfernung zwischen Wohnung und Arbeitsstelle betrage nicht 22 km, sondern mehr. Mit Rücksicht darauf hat das Berufungsgericht zu Recht andererseits den steuerlichen Vorteil, der dem Kläger durch die insoweit tatsächlich höheren Werbungskosten zukommt, außer Betracht gelassen. Eine fiktive Steuerlast ist nach der Rechtsprechung des Senats dann in Ansatz zu bringen, wenn steuermindernde tatsächliche Aufwendungen vorliegen, die unterhaltsrechtlich nicht anzuerkennen sind (Senatsurteil

vom 1. Dezember 2004 - XII ZR 75/02 - FamRZ 2005, 1159, 1161 und BGHZ 163, 84, 94 = FamRZ 2005, 1817, 1820). Das ist hier der Fall.

23 b) Das Berufungsgericht hat eine fiktive Steuerberechnung auch insofern durchgeführt, als es den Splittingvorteil, der dem Kläger aufgrund seiner Wiederverheiratung zugute kommt, hinsichtlich des Ehegattenunterhalts für die Zeit ab November 2003 nicht berücksichtigt hat. Auch dagegen ist aus Rechtsgründen nichts zu erinnern.

24 Für die Ermittlung des unterhaltsrelevanten Einkommens eines wiederverheirateten Unterhaltspflichtigen ist im Hinblick auf den Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 7. Oktober 2003 (BVerfGE 108, 351 = FamRZ 2003, 1821, 1823) ein gegebenenfalls vorhandener Splittingvorteil außer Betracht zu lassen und die Steuerpflicht fiktiv der Grundtabelle zu entnehmen (Senatsurteil BGHZ 163, 84, 90 f.). Wegen der Rechtskraft des abzuändernden Urteils gilt dies im Rahmen der hier gebotenen Abänderung nach § 323 ZPO aber erst für die Zeit ab der Änderung der Rechtsprechung durch den vorgenannten Beschluss.

25 Die Abänderung des bestehenden Unterhaltstitels richtet sich auch materiell nach § 323 ZPO. Die Unterhaltspflicht des Klägers bestimmte sich nach dem rechtskräftigen Urteil des Amtsgerichts vom 29. Oktober 1999, auch wenn hierdurch der frühere Teilvergleich abgeändert worden war. Eine Durchbrechung der Rechtskraft ist deshalb nur unter den materiellen Voraussetzungen des § 323 ZPO zulässig. Dabei ergeben sich aus der Zielsetzung des § 323 Abs. 1 ZPO, nur unvorhersehbare Veränderungen der maßgebenden tatsächlichen Verhältnisse nachträglich berücksichtigen zu können, zugleich die Grenzen für die Durchbrechung der Rechtskraft. Die aus ihr folgende Bindungswirkung der abzuändernden Entscheidung darf auf Abänderungsklage nur insoweit

beseitigt werden, als erstere auf Verhältnissen beruht, die sich nachträglich geändert haben. Insofern ist seit längerem anerkannt, dass sich eine wesentliche Veränderung der maßgeblichen Verhältnisse nicht nur aus einer Änderung der Gesetzeslage, sondern auch aus einer ihr gleichkommenden verfassungskonformen Auslegung einer Norm durch das Bundesverfassungsgericht ergeben kann (Senatsurteil vom 12. Juli 1990 - XII ZR 85/89 - FamRZ 1990, 1091, 1094). Außerdem hat der Senat inzwischen entschieden, dass dies auch für die Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung durch den Bundesgerichtshof gilt (BGHZ 148, 368, 377 f. = FamRZ 2001, 1687, 1690 für die Abänderung von Vergleichen sowie BGHZ 153, 372, 383 f. = FamRZ 2003, 848, 851 f. für die Abänderung von Urteilen). In beiden Fällen kommt die Abänderung eines Unterhaltstitels wegen Änderung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts oder des Bundesgerichtshofs aber erst ab Verkündung der maßgeblichen Entscheidung in Betracht (so für den Splittingvorteil: Senatsurteil vom 28. Februar 2007 - XII ZR 37/05 - zur Veröffentlichung vorgesehen). Auf diese Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zur Berücksichtigung des Splittingvorteils aus einer zweiten Ehe für weitere Verfahren, die nicht Gegenstand der Verfassungsbeschwerde waren, ausdrücklich hingewiesen (BVerfGE 108, 351 = FamRZ 2003, 1821, 1825). Der Splittingvorteil hat zur Ermittlung des eheangemessenen Bedarfs der Beklagten deshalb erst für die Zeit ab November 2003 außer Betracht zu bleiben.

26 Für die Bemessung des Kindesunterhalts ist dagegen nicht von einem um den Splittingvorteil bereinigten Einkommen des Klägers, sondern von seinem tatsächlichen Einkommen auszugehen (Senatsurteil BGHZ 163, 84, 101; a.A. OLG Oldenburg FamRZ 2006, 1223, 1224). Daran hält der Senat fest.

27 c) Soweit das Berufungsgericht den steuerlichen Vorteil, den der Kläger nach § 10 Abs. 1 Nr. 1 EStG erlangen kann, in Höhe eines vorläufig errechneten Ehegattenunterhalts berücksichtigt hat, hält dies der rechtlichen Nachprüfung allerdings nicht stand.

28 Nach der genannten Bestimmung sind als Sonderausgaben Unterhaltsleistungen an den geschiedenen oder dauernd getrennt lebenden unbeschränkt einkommensteuerpflichtigen Ehegatten anzuerkennen, wenn der Geber dies mit Zustimmung des Empfängers beantragt hat (sog. Realsplitting). Dabei trifft den Unterhaltspflichtigen grundsätzlich eine Obliegenheit, mögliche Steuervorteile im Wege des Realsplittings zu realisieren, soweit dadurch nicht eigene Interessen verletzt werden (Senatsurteil vom 29. April 1998 - XII ZR 266/96 - FamRZ 1998, 953, 954). Die Verpflichtung des Unterhaltsschuldners zur Inanspruchnahme steuerlicher Vorteile aus dem Realsplitting geht allerdings nur so weit, wie seine Unterhaltspflicht aus einem Anerkenntnis oder einer rechtskräftigen Verurteilung folgt oder freiwillig erfüllt wird (Senatsurteil vom 28. Februar 2007 - XII ZR 37/05 - zur Veröffentlichung vorgesehen).

29 Ist das nicht der Fall und wird der Unterhaltsschuldner erst zu Unterhaltsleistungen verurteilt, ist nicht gewährleistet, dass er im Umfang der Verurteilung von der Möglichkeit des Realsplittings Gebrauch machen kann. Der maßgebliche Zeitpunkt des Abzugs richtet sich nämlich nach demjenigen der tatsächlichen Zahlung (§ 11 Abs. 2 Satz 1 EStG). Unerheblich ist dagegen der Zeitraum, für den die Leistung wirtschaftlich erbracht wird (BFHE 193, 383 unter II 2 b der Gründe; 167, 58; 145, 507 unter 2 e der Gründe). Unterhaltszahlungen können steuerlich deshalb nur für die Jahre berücksichtigt werden, in denen sie tatsächlich geleistet worden sind (sog. In-Prinzip).

30 Im vorliegenden Fall war es danach zwar zutreffend, das Einkommen des Klägers ohne Berücksichtigung der steuerlichen Vorteile aus dem Realsplitting in Höhe des tatsächlich geleisteten Unterhalts von monatlich 480,10 € zu errechnen, da der Kläger die Abänderung dieses Unterhalts begehrt. Es geht aber nicht an, vorläufig ermittelte Unterhaltsbeträge in die steuerliche Berechnung einzustellen, da nicht absehbar ist, dass diese in dem Jahr, für das sie bestimmt sind, tatsächlich geleistet werden können und deshalb zu einer steuerlichen Entlastung noch in diesem Jahr führen. Anders verhält es sich vorliegend lediglich in Höhe eines Unterhalts von monatlich 150 €, nachdem der Kläger im Berufungsverfahren sein Abänderungsbegehren entsprechend eingeschränkt hat. Nachdem er im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Oberlandesgericht erklärt hat, von dem Erweiterungsvorbehalt (Abänderung auf 0 €) keinen Gebrauch zu machen, stand fest, dass er in Höhe von 150 € monatlich unterhaltspflichtig bleiben würde. Deshalb wäre für das Jahr 2004 ein Betrag von 1.800 € (150 € x 12) im Rahmen des Realsplittings zu berücksichtigen gewesen. Der zweistufigen Berechnung, die das Berufungsgericht durchgeführt hat, bedarf es danach aber in keinem Fall. Sie wäre - abgesehen von den zuvor genannten Gründen - in den sich als Masseverfahren darstellenden Unterhaltsprozessen auch kaum praktikabel.

31 d) Soweit für die Einkommensberechnung der Splittingtarif maßgebend ist, hat das Berufungsgericht die Aufteilung der auf den Kläger und seine Ehefrau entfallenden Steuerschuld nach dem Verhältnis der Steuerbeträge vorgenommen, die jeder Ehegatte nach dem Grundtarif auf seine Einkünfte zu entrichten hätte. Das ist rechtlich nicht zu beanstanden (vgl. für die Aufteilung einer nach Trennung von Ehegatten fällig gewordenen Steuerschuld: Senatsurteil vom 31. Mai 2006 - XII ZR 111/03 - FamRZ 2006, 1178, 1180).

32 e) Das Berufungsgericht hat den Kinderzuschlag (Kinderkomponente), den der Kläger von seinem Arbeitgeber, der F. AG, für beide Kinder zusätzlich zu seiner Vergütung erhält, insgesamt als Einkommensbestandteil berücksichtigt. Auch dagegen ist rechtlich nichts zu erinnern.

33 Nach der bisherigen Rechtsprechung des Senats war neben dem Kinderzuschlag auch der Ortszuschlag aus einer neuen Ehe für die Bemessung des Unterhaltsanspruchs eines geschiedenen Ehegatten zu berücksichtigen. Insoweit hat der Senat das jeweilige Nettoeinkommen für maßgebend gehalten, auch soweit es auf im Besoldungssystem vorgesehenen Zuschlägen beruht, die den persönlichen Verhältnissen des Einkommensbeziehers Rechnung tragen (Senatsurteil vom 14. Februar 1990 - XII ZR 51/89 - FamRZ 1990, 981, 983).

34 An dieser Rechtsprechung hat der Senat aus Gründen, die auch gegen die Berücksichtigung des Splittingvorteils aus zweiter Ehe sprechen, nicht uneingeschränkt festgehalten. Für den Familienzuschlag nach § 40 Abs. 1 BBesG hat er vielmehr entschieden, dass dieser bei der Bemessung des Unterhaltsanspruchs der geschiedenen Ehefrau nur hälftig anzusetzen ist, wenn er sowohl wegen des Unterhaltsanspruchs aus einer geschiedenen Ehe als auch für eine bestehende Ehe gezahlt wird. Denn durch diesen Zuschlag soll den unterschiedlichen Belastungen des Familienstandes Rechnung getragen, also auch die zusätzliche Belastung in der neuen Familie abgemildert werden (Senatsurteil vom 28. Februar 2007 - XII ZR 37/05 - zur Veröffentlichung vorgesehen).

35 Anders verhält es sich indessen mit dem hier in Rede stehenden Kinderzuschlag. Dieser wird dem Beklagten nicht gewährt, weil er verheiratet ist, sondern weil er Kinder hat, wobei es gleichgültig ist, aus welcher Ehe diese stammen. Der Zuschlag beruht deshalb, wie das Berufungsgericht zu Recht ausgeführt hat, nicht auf der bestehenden Ehe. Sein Bezug setzt ersichtlich auch

nicht voraus, dass die Eltern eines Kindes überhaupt zusammenleben. Er ist deshalb auch im Fall der Wiederverheiratung Bestandteil des unterhaltsrelevanten Einkommens. Insoweit hat es bei dem vorstehend genannten Grundsatz zu bleiben (für den Fall, dass es sich um ein Stiefkind des Unterhaltspflichtigen handelt vgl. aber Senatsurteil vom 28. Februar 2007 - XII ZR 37/05 - zur Veröffentlichung bestimmt).

36 f) Auch den dem Kläger für den Sohn J. bei der Veranlagung zur Einkommensteuer gewährten Freibetrag nach § 32 Abs. 6 Satz 1 EStG hat das Berufungsgericht zu Recht einbezogen. Der Freibetrag von 1.824 € für das sächliche Existenzminimum des Kindes (Kinderfreibetrag) sowie ein weiterer Freibetrag von 1.080 € für den Betreuungs- und Erziehungs- oder Ausbildungsbedarf des Kindes werden nämlich für jedes zu berücksichtigende Kind des Steuerpflichtigen gewährt (§ 32 Abs. 6 Satz 1 EStG). Die Berücksichtigung eines Kindes für einen Kinderfreibetrag setzt - außer bei Pflegekindern - grundsätzlich auch nicht voraus, dass der Steuerpflichtige das Kind in seinen Haushalt aufgenommen oder unterhalten hat (Schmidt Einkommensteuergesetz 25. Aufl. § 32 Rdn. 4). Da diese Freibeträge mithin unabhängig von einer Ehe der Eltern und sogar unabhängig von deren Zusammenleben eingeräumt werden, brauchen sie nicht der bestehenden Ehe vorbehalten zu werden.

37 Anders zu beurteilen sind dagegen die auf § 32 Abs. 6 Satz 2 EStG beruhenden Freibeträge. Nach dieser Bestimmung verdoppeln sich die vorgenannten Beträge, wenn die Ehegatten - wie hier - nach den §§ 26, 26 b EStG zusammen zur Einkommensteuer veranlagt werden und das Kind zu beiden Ehegatten in einem Kindschaftsverhältnis steht. Die Verdoppelung setzt mithin das Bestehen einer Ehe sowie das nicht dauernde Getrenntleben der Ehegatten voraus, so dass auf jeden Ehegatten ein Freibetrag von insgesamt 2.904 € entfällt. Der aus § 32 Abs. 6 Satz 2 EStG folgende - und damit der Ehefrau des

Klägers zukommende - Steuervorteil muss deshalb der bestehenden Ehe und nicht der geschiedenen Ehe zugute kommen (BVerfG FamRZ 2003, 1821, 1823). Das hat das Berufungsgericht beachtet und im Rahmen der Berechnung des nachehelichen Unterhalts zu Recht für die Zeit ab November 2003 die bei der Steuerberechnung berücksichtigten Freibeträge von zuvor 8.712 € um 2.904 € auf 5.808 € vermindert.

38 g) Das Berufungsgericht hat es abgelehnt, einen Wohnvorteil bedarfserhöhend zu berücksichtigen. Wie es im Ergebnis zutreffend angenommen hat, kann dahinstehen, ob die Beklagte sich im Rahmen des vorliegenden Abänderungsverfahrens auf einen Wohnvorteil des Klägers berufen kann oder ob sie mit dem entsprechenden Vorbringen nach § 323 Abs. 2 ZPO ausgeschlossen ist, weil der Kläger schon zur Zeit der Vorentscheidung in dem Haus in S. mietfrei wohnte. Denn für die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits kommt es nicht darauf an, ob das Einkommen des Klägers um einen Wohnvorteil zu erhöhen ist. Er schuldet den ausgeurteilten Unterhalt, wie die Berechnungen unter 3. zeigen, auch unabhängig davon.

39 h) Von dem Einkommen des Klägers ist mit dem Berufungsurteil vorweg der Tabellenunterhalt für die beiden Kinder in Abzug zu bringen. Denn der Kindesunterhalt für J. ist bereits in der abzuändernden Entscheidung vorweg abgezogen worden. Daran ist deshalb festzuhalten. Das Abänderungsverfahren ermöglicht keine freie, von der bisherigen Höhe unabhängige Neufestsetzung des Unterhalts, sondern lediglich eine Anpassung an die zwischenzeitlich eingetretenen veränderten Verhältnisse unter Wahrung der Grundlagen der abzuändernden Entscheidung. Soweit diese Grundlagen unverändert geblieben sind, bleibt die aus der Rechtskraft folgende Bindungswirkung der Entscheidung bestehen und hindert den Abänderungsrichter daran, die diesbezüglichen Tat- und

Rechtsfragen erneut zu prüfen (Senatsurteil vom 21. Februar 2001 - XII ZR 276/98 - FamRZ 2001, 1364, 1365).

40 i) Das Berufungsgericht hat es abgelehnt, die von dem Kläger geltend gemachten Kindergarten- und sonstigen Betreuungskosten für das Kind J. von seinem Einkommen abzusetzen. Auch das begegnet keinen rechtlichen Bedenken und wird von der Revision nicht angegriffen.

41 aa) Die Frage, ob der barunterhaltspflichtige Elternteil zusätzlich zu dem zu leistenden Tabellenunterhalt auch die Kosten für den Besuch des Kindergartens schuldet und ob es sich insoweit um einen Anspruch des betreuenden Elternteils oder des Kindes handelt, wird nicht einheitlich beantwortet (vgl. die Nachweise bei Maurer FamRZ 2006, 663 f.). Soweit davon ausgegangen wird, der betreuende Elternteil sei anspruchsberechtigt, wird darauf abgestellt, dass diesem durch die Drittbetreuung eine Erwerbstätigkeit ermöglicht werde, so dass insoweit berufsbedingte Aufwendungen vorlägen (vgl. einerseits OLG Karlsruhe NJW-RR 1999, 4, andererseits OLG Hamburg DAVorm 1998, 710 ff.).

42 Ob dieser Auffassung zu folgen ist, kann im vorliegenden Fall dahinstehen. Das Berufungsgericht hat nicht festgestellt, aus welchen Gründen das Kind J. den Kindergarten besucht. Deshalb ist offen, ob dies in erster Linie aus pädagogischen Gründen, also im Interesse des Kindes, erfolgt oder um der Mutter eine teilweise Erwerbstätigkeit zu ermöglichen. Falls letzteres der Fall sein sollte, würde es sich um einen Anspruch der Ehefrau des Klägers handeln, die der Beklagten gemäß § 1582 BGB aber im Rang nachgeht. Falls für den Kindergartenbesuch dagegen erzieherische Erwägungen im Vordergrund stehen sollten, handelt es sich hinsichtlich des Beitrags um einen Anspruch des Kindes. Denn dessen angemessener Unterhalt umfasst den gesamten Lebensbedarf, schließt

also bei einem der Erziehung noch bedürftigen Kind auch die Kosten der Erziehung ein (§ 1610 Abs. 2 BGB).

43 Insoweit stellt sich die Frage nach der Art dieses Bedarfs. Als Sonderbedarf, d.h. als unregelmäßiger, außergewöhnlich hoher Bedarf (§ 1613 Abs. 2 Nr. 1 BGB), ist der Kindergartenbeitrag schon deshalb nicht zu qualifizieren, weil er regelmäßig anfällt. Mehrbedarf ist demgegenüber der Teil des Lebensbedarfs, der regelmäßig während eines längeren Zeitraums anfällt und das Übliche derart übersteigt, dass er mit den Regelsätzen nicht erfasst werden kann, andererseits aber kalkulierbar ist und deshalb bei der Bemessung des laufenden Unterhalts berücksichtigt werden kann (Wendl/Scholz Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis 6. Aufl. § 2 Rdn. 133; Maurer FamRZ 2006, 663, 667).

44 Der Senat teilt die Auffassung, dass jedenfalls der Beitrag für einen halbtägigen Kindergartenbesuch, wie er hier im Hinblick auf die zusätzlich geltend gemachten Betreuungskosten ersichtlich erfolgt, grundsätzlich keinen Mehrbedarf des Kindes begründet. Der halbtägige Besuch des Kindergartens ist heutzutage die Regel, so dass es sich bei dem hierfür zu entrichtenden Beitrag um Kosten handelt, die üblicherweise ab Vollendung des 3. Lebensjahres eines Kindes anfallen. Diese Kosten werden durch die Sätze der Düsseldorfer Tabelle gedeckt, bei denen es sich um Pauschalen handelt, mit denen die durchschnittlichen, über einen längeren Zeitraum anfallenden Lebenshaltungskosten eines Kindes der betreffenden Altersstufe zu begleichen sind. Im Tabellenbetrag der Gruppe 6 der Düsseldorfer Tabelle, bei dem das Existenzminimum eines Kindes als gesichert anzusehen ist, ist der Aufwand für den üblichen Kindergartenbesuch jedenfalls enthalten. In den niedrigeren Einkommensgruppen führt die Nichtanrechnung des Kindergeldanteils gemäß § 1612 b Abs. 5 BGB dazu, die Lücken beim Kindesunterhalt zu schließen, so dass auch dieses Kind faktisch

über den gleichen Betrag wie in der Gruppe 6 verfügt (ebenso OLG Nürnberg FamRZ 2006, 642; vgl. auch Maurer FamRZ 2006, 663, 669). Da der Beklagte Kindesunterhalt nach Gruppe 5 bzw. ab Januar 2004 nach Gruppe 6 der Düsseldorfer Tabelle schuldet, ist der Kindergartenbeitrag jedenfalls nicht zusätzlich in Abzug zu bringen.

45 bb) Für die weiter geltend gemachten Betreuungskosten gilt nichts anderes. Die ergänzende Betreuung des Kindes erfolgt erkennbar, um der Mutter eine eingeschränkte Erwerbstätigkeit zu ermöglichen. Da der Kläger den vollen Barunterhalt des Kindes sicherstellt, obliegt seiner Ehefrau indessen die tatsächliche Betreuung. Soweit sie diese Aufgabe nicht selbst wahrnehmen kann und gegebenenfalls einen Anspruch gegen ihren Ehemann hat, geht ihr Unterhaltsanspruch demjenigen der Beklagten im Rang nach.

46 j) Von dem Einkommen des Klägers hat das Berufungsgericht schließlich einen mit 1/7 bemessenen Erwerbstätigenbonus abgesetzt. Auch das ist nach der Rechtsprechung des Senats unbedenklich.

47 3. Das durchschnittliche monatliche Nettoeinkommen der Beklagten hat das Berufungsgericht mit monatlich 1.109,59 € festgestellt und hiervon Fahrtkosten von monatlich 160 € abgezogen. Es ist davon ausgegangen, dass der Beklagten mit Rücksicht auf die ihr obliegende Betreuung des Kindes K. lediglich eine halbschichtige Erwerbstätigkeit zumutbar ist und sie im Übrigen - nämlich zu 1/3 ihrer Tätigkeit - überobligationsmäßig arbeitet. Dagegen ist aus Rechtsgründen nichts zu erinnern. Auch die Revision erhebt hiergegen keine Einwendungen.

48 Den auf die überobligationsmäßige Tätigkeit der Beklagten entfallenden Teil ihres Einkommens hat das Berufungsgericht unter Würdigung der vorliegenden Umstände in Höhe eines Drittels für berücksichtigungsfähig gehalten,

den entsprechenden Betrag allerdings auf den zuvor nach der Additionsmethode errechneten Bedarf angerechnet.

49 Dagegen bestehen durchgreifende rechtliche Bedenken. Nach der Rechtsprechung des Senats ist der nach den §§ 1577 Abs. 2, 242 BGB zu bemessende Anteil der überobligationsmäßigen Einkünfte (sog. unterhaltsrelevanter Anteil) ebenfalls im Wege der Additions- bzw. der Differenzmethode zu berücksichtigen. Nur der nicht unterhaltsrelevante Anteil dieser Einkünfte prägt die ehelichen Lebensverhältnisse nicht; er hat bei der Unterhaltsermittlung vollständig außer Betracht zu bleiben (Senatsurteil BGHZ 162, 384, 393 ff.).

50 4. Das stellt die angefochtene Entscheidung im Ergebnis aber ebenso wenig in Frage wie die Einbeziehung des Vorteils aus dem Realsplitting in Höhe der vorläufig errechneten Unterhaltsbeträge. Nach den im Übrigen rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen schuldet der Kläger jedenfalls den ausgeurteilten Unterhalt, wie die folgende Berechnung zeigt:

51 Dezember 2002:

52 Das durchschnittliche monatliche Nettoeinkommen des Klägers ist in Höhe des vom Berufungsgericht vorläufig ermittelten Betrages von 2.238,06 € anzusetzen. Abzuziehen sind Fahrtkosten von 220 €, der Kindesunterhalt in Höhe des vorläufig ermittelten Betrages von insgesamt 533 € sowie der Berufsbonus von 1/7 (verbleibendes Einkommen = 1.272,91 €). Auf Seiten der Beklagten sind von dem durchschnittlichen monatlichen Nettoeinkommen von 1.109,59 € die Fahrtkosten von 160 € sowie ebenfalls der Berufsbonus in Abzug zu bringen (verbleibendes Einkommen = 813,93 €). Dieses Einkommen ist in Höhe von 542,62 € (2/3) sowie in Höhe des unterhaltsrelevanten Anteils von 90,44 € (1/3 des Restbetrages) in die Unterhaltsberechnung einzustellen. Dann errechnet sich ein Unterhalt von 319,93 € (1.272,91 € ./. 542,62 € ./. 90,44 € = 639,85 € :

2). Die Leistungsfähigkeit des Klägers ist gegeben; ihm verbleiben von seinem - insoweit nicht um den Erwerbstätigenbonus zu vermindernden - Einkommen 1.183,06 € (2.238,06 € ./. 220 € ./. 533 € ./. ausgeurteilter Unterhalt von 302 €).

53 Januar bis Juni 2003:

54 Das durchschnittliche monatliche Nettoeinkommen des Klägers beträgt 2.278,02 €. Die Abzugspositionen und das Einkommen der Beklagten sind unverändert. Der geschuldete Unterhalt beläuft sich deshalb auf (2.278,02 € ./. 220 € ./. 533 € = 1.525,02 € ./. 217,86 € Erwerbstätigenbonus = 1.307,16 € ./. 542,62 € ./. 90,44 € = 674,10 € : 2 =) 337,05 €.

55 Juli bis Oktober 2003:

56 Der Kindesunterhalt beträgt nunmehr 564 €. Der geschuldete Unterhalt beläuft sich deshalb auf (2.278,02 € ./. 220 € ./. 564 € = 1.494,02 € ./. 213,43 € Erwerbstätigenbonus = 1.280,59 € ./. 542,62 € ./. 90,44 € = 647,53 € : 2 =) 323,77 €.

57 November und Dezember 2003:

58 Das durchschnittliche monatliche Nettoeinkommen des Klägers beträgt 2.141,26 €. Er schuldet deshalb nachehelichen Unterhalt in Höhe von (2.141,26 € ./. 220 € ./. 564 € = 1.357,26 € ./. 193,89 € Erwerbstätigenbonus = 1.163,37 € ./. 542,62 € ./. 90,44 € = 530,31 € : 2 =) 265,16 €.

59 Ab Januar 2004:

60 Das durchschnittliche monatliche Nettoeinkommen des Klägers beträgt 2.181,71 €, der Kindesunterhalt 595 €. Der Unterhalt der Beklagten errechnet sich daher mit (2.181,71 € ./. 220 € ./. 595 € = 1.366,71 € ./. 195,24 € Erwerbstätigenbonus = 1.171,47 € ./. 542,62 € ./. 90,44 € = 538,41 € : 2 =) 269,20 €.

61 Da das Berufungsgericht für die Zeit ab Januar 2004 den Unterhalt auf monatlich 261 € herabgesetzt hat, kommt es auch auf die Frage, inwieweit sich das Einkommen des Klägers durch die Berücksichtigung des Realsplittings in Höhe von monatlichen Unterhaltsleistungen von 150 € erhöht, nicht an.

62 5. Die Unterhaltsansprüche der Beklagten sind nach der Auffassung des Berufungsgerichts nicht nach § 1579 Nr. 6 BGB verwirkt. Die Revision wendet insoweit ein, diese Auffassung beruhe auf einer unvollständigen Ausschöpfung des Prozessstoffs. Der Kläger habe vorgetragen und unter Beweis durch Sachverständigengutachten gestellt, dass die Beklagte das gemeinsame Kind so beeinflusst habe, dass es den Kontakt zu seinem Vater ablehne und aggressiv reagiere, wenn es von ihm nur angesprochen werde. Dieses unnatürliche Verhalten beruhe darauf, dass die Beklagte das Kind in einen Loyalitätskonflikt hineingezogen habe, aus dem es sich nicht mehr befreien könne. Zudem habe die Beklagte die im November 2003 vergleichsweise getroffene Umgangsregelung nicht ein einziges Mal eingehalten. Auch Vermittlungsversuche des vom Kläger eingeschalteten Jugendamtes und der Erziehungsberatungsstelle seien daran gescheitert, dass sie sich auf den Standpunkt gestellt habe, sie habe keinen Kontakt zwischen Vater und Sohn zu vermitteln.

63 Mit dieser Rüge vermag die Revision nicht durchzudringen.

64 Zwar kann eine fortgesetzte massive und schuldhafte Vereitelung des Umgangsrechts zu einem Ausschluss oder einer Herabsetzung des Unterhaltsanspruchs des betreuenden Elternteils gemäß § 1579 Nr. 6 BGB führen. Allerdings muss das Fehlverhalten schwerwiegend sein, um die Annahme der Verwirkung zu rechtfertigen (Senatsurteil vom 14. Januar 1987 - IVb ZR 65/85 - FamRZ 1987, 356, 358). Nach diesem Maßstab ist die Beurteilung des Berufungsgerichts nicht zu beanstanden. Der Kläger hat bereits nicht hinreichend

vorgetragen, dass der Beklagten ein schwerwiegendes Fehlverhalten anzulasten ist. Der Einholung des beantragten Sachverständigengutachtens bedurfte es deshalb nicht, vielmehr wäre dies auf einen unzulässigen Ausforschungsbeweis hinausgelaufen.

65 Der Kläger hat zum einen nicht dargetan, wie sich sein Umgang mit dem Kind und das Verhältnis zu diesem nach der Trennung der Ehegatten im Einzelnen gestaltet hat. Ebenso wenig ist seinem Vorbringen zu entnehmen, welche Bemühungen er selbst in der Vergangenheit unternommen hat, um eine Änderung der ablehnenden Haltung des Kindes herbeizuführen, etwa indem er diesem durch Briefe oder gelegentliches Übersenden von kleinen Geschenken seine fortbestehende Zuneigung vermittelt hat. Zum anderen hat der Kläger das der Beklagten angelastete Verhalten nicht hinreichend konkretisiert, sondern nur pauschal einen von dieser verursachten Loyalitätskonflikt des Kindes angeführt. Bei dieser Sachlage ist die Annahme des Berufungsgerichts, es sei ebenfalls denkbar, dass die ablehnende Haltung des Kindes auch auf das Verhalten des Klägers zurückzuführen sei, jedenfalls nicht auszuschließen. Solange das aber der Fall ist, erscheint die Schlussfolgerung, der Beklagten sei ein schwerwiegendes Fehlverhalten vorzuwerfen, bereits nicht gerechtfertigt. Dass diese möglicherweise auf K. hätte einwirken können, um ihn zu Besuchen beim Vater zu bewegen, rechtfertigt allein die Annahme einer Verwirkung ebenso wenig

wie bloße Schwierigkeiten bei der Ausübung des - tatsächlich gewährten - Umgangsrechts (vgl. zu letzterem Senatsurteil vom 22. November 2006 - XII ZR 24/04 - FamRZ 2007, 193, 195).

Hahne Bundesrichter Sprick ist auf Dienstreise und verhindert, zu unterschreiben. Weber-Monecke

Hahne

Wagenitz Dose

Vorinstanzen:
AG Mainz, Entscheidung vom 24.11.2003 - 34 F 397/02 -
OLG Koblenz, Entscheidung vom 27.07.2004 - 11 UF 875/03 -