

während der Ehe zu behandeln, auch wenn in der Ehe und auf absehbare Zeit danach ein solcher Vorteil nicht vorhanden war bzw. nicht eingetreten wäre, nicht vereinbar ist mit dem Begriff der ehelichen Lebensverhältnisse bzw. der Fortentwicklung einerseits und den davon zu unterscheidenden trennungsbedingten Entwicklungen andererseits. Solange dieser Konflikt nicht aufgelöst wird, wird es schwerlich gelingen, eine dogmatisch überzeugende Lösung für die hier erörterten Sachverhalte zu finden.

Der Praxis ist zu empfehlen, diese Probleme zu vermeiden durch Vereinbarungen der Parteien dahingehend, dass sowohl die Einkünfte aus dem Erlös als auch bei dem in der Wohnung verbliebenen Ehegatten ein Wohnvorteil nicht berücksichtigt werden. Es dürfte nicht allzu schwer sein, für eine solche Lösung die Bereitschaft der Parteien herbeizuführen, da sie ihnen wesentlich einfacher nahe zu bringen ist als die anderen Ansätze, die zudem den Nachteil mit sich bringen, dass sie ständigen Veränderungen unterliegen, die zudem in der Regel bei beiden Ehegatten unterschiedlich verlaufen und unter Umständen aufwändige Ermittlungen sowie schwierige Bewertungen hinsichtlich einer eventuellen Obliegenheitsverletzung durch die konkrete Kapitalanlage erfordern. Für den Fall der Übertragung des Miteigentumsanteils ist der übertragende Ehegatte regelmäßig in der Position, solche Vereinbarungen durchsetzen zu können, da er es in der Hand hat, ob das Übertragungsgeschäft überhaupt zu Stande kommt.

Fritz Finke, Richter am OLG Hamm

Berücksichtigung von Familienzuschlag und begrenztem Realsplittungsvorteil nach Wiederheirat des Unterhaltsschuldners

— § 1578 Abs. 1 BGB; § 323 ZPO; §§ 49, 30 BBesG

1. Die Entscheidung des BVerfG v. 7.10.2003, wonach Steuervorteile aus einer Wiederheirat nur der neuen Ehe zugute kommen dürfen (FamRZ 2003, 1821, 1823) erfasst den Familienzuschlag nach §§ 39, 40 Abs. 1 BBesG (Stufe 1) nicht, wohl aber den kindbezogenen Anteil (Stufe 2).
2. Ein fiktiver Vorteil des begrenzten Realsplittings ist dem Unterhaltspflichtigen, der die Höhe seiner Unterhaltspflicht bestreitet, nicht zuzurechnen.

OLG Celle, Urt. v. 19.1.2005 – 15 UF 139/04
(AG Hildesheim)

Aus den Entscheidungsgründen: 1. Die Parteien streiten um die Abänderung des durch Senatsurteil v. 17.1.2003 titulierten nahehelichen Ehegattenunterhalts für die Zeit ab dem 20.11.2003. Ihre am 14.7.1978 geschlossene Ehe wurde durch Urt. des AG – FamG – Hildesheim v. 11.5.1994 rechtskräftig geschieden. Der Kläger ist wieder verheiratet. Seine Ehefrau war bis September 2004 in einem kirchlichen Kindergarten beschäftigt.

Im Urt. v. 21.7.2000 hat der Senat entschieden, dass die ehelichen Lebensverhältnisse (§ 1578 Abs. 1 BGB) der Parteien durch die Einkünfte des Klägers als Staatsanwalt nach der Besoldungsgruppe R1, jedoch nicht nach der fünf Jahre nach der Ehescheidung erfolgten Beförderung des Klägers zum Oberstaatsanwalt unter Eingruppierung in die Besoldungsgruppe R2 geprägt waren. Im Senatsurteil v. 17.1.2003 wurde der Kläger in Abänderung des vorgenannten Urteils zur Zahlung von nahehelichem Ehegattenunterhalt für die Zeit ab Mai 2002 von monatlich 610,55 EUR verurteilt.

Mit seiner am 19.11.2003 zugestellten Klage begehrt der Kläger im Hinblick auf das Urt. des BVerfG v. 7.10.2003 die Herabsetzung des titulierten Unterhalts, wobei zwischen den Parteien auch streitig ist, ob auf Seiten des Klägers der Familienzuschlag sowie ein Vorteil auf Grund der Durchführung des begrenzten Realsplittings zu berücksichtigen sind.

2. Die Berufung des Klägers ist überwiegend begründet, während die Berufung der Beklagten nicht begründet ist.

Das Senatsurteil v. 17.1.2003 ist gem. § 323 Abs. 1 ZPO abzuändern, weil die dem Urt. zugrunde liegenden Tatsachen sich nachträglich dadurch wesentlich geändert haben, dass das für den Unterhaltsanspruch der Beklagten maßgebliche Einkommen des Klägers nach den ehelichen Lebensverhältnisse (§ 1578 Abs. 1 BGB) nicht unter Anwendung der Steuerklasse III, sondern der Steuerklasse I zu bestimmen ist. Der Kläger kann im Abänderungsverfahren, das hinsichtlich der steuerlichen Vorteile aus dem Ehegattensplitting nach der Rspr. des BVerfG für die Zeit ab dem 7.10.2003 eröffnet ist (FamRZ 2003, 1821, 1825; vgl. auch BGH FamRZ 2001, 1687, 1690; 2003, 518, 520), darüber hinaus lediglich eine Anpassung des Senatsurteils v. 17.1.2003 an nachträglich veränderte Umstände geltend machen, während im Übrigen die Grundlagen dieses Urteils beizubehalten sind.

Das Einkommen des Klägers errechnet sich für das Jahr 2003 aus dem Grundgehalt nach der – die ehelichen Lebensverhältnisse prägenden – Besoldungsgruppe R 1 mit 58.628,58 EUR, weil das Grundgehalt für Januar bis Juni 2003 monatlich 4.827,78 EUR und von Juli bis Dezember 2003 monatlich 4.943,65 EUR betrug.

Dieses Grundgehalt ist um den Familienzuschlag, der von Januar bis Juni 2003 in Höhe 100,78 EUR sowie von Juli bis Dezember 2003 in Höhe von monatlich 103,20 EUR gewährt wurde, von insgesamt 611,94 EUR ($1.223,88 \times \frac{1}{2}$) zu erhöhen. Da die Ehefrau des Klägers bis einschließlich September 2004 als Gruppenleiterin des Kindergartens der ev.-luth. St. Kirchengemeinde beschäftigt war, steht dem Kläger gem. § 40 Abs. 4 und 6 BBesG bis September 2004 nur der hälftige Familienzuschlag zu.

Entgegen der Ansicht des Klägers ist der Familienzuschlag nicht auf Grund der Entscheidung des BVerfG zur Berücksichtigung steuerlicher Vorteile aus dem Ehegattensplitting (FamRZ 2003, 1821 ff.) für die Berechnung des fiktiven Einkommens des Klägers außer Betracht zu lassen. Nach der bisherigen Rspr. des BGH (FamRZ 1989, 172; 1990, 981, 983;

OLG Köln 1983, 750) waren der Familienzuschlag (§§ 39 ff. BBesG) sowie die kinderbezogenen Bestandteile der Dienstbezüge Teile des unterhaltsrechtlich relevanten Einkommens (vgl. *Dose* in: Wendl/Staudigl, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, 6. Aufl., § 1 Rn 55; *Kalthoener/Büttner/Niepmann*, Die Rspr. zur Höhe des Unterhalts, 9. Aufl., Rn 551 f., 845). In seinem Urt. v. 7.10.2003 hat das BVerfG (FamRZ 2003, 1821, 1823) entschieden, dass Steuervorteile, deren Entstehen vom Eheschluss ausgelöst werden, die das Zusammenleben der Ehegatten voraussetzen und die der Gesetzgeber in Konkretisierung seines Schutzauftrags allein der bestehenden Ehe einräumt, dem Begünstigten durch die Gerichte nicht dadurch wieder entzogen werden dürfen, dass sie der geschiedenen Ehe zugeordnet werden und über die Unterhaltsberechnung auch den Unterhalt des geschiedenen Ehegatten erhöhen. Die auf der Zusammenveranlagung des wiederverheirateten Unterhaltspflichtigen beruhende steuerliche Entlastung steht allein der neuen Familie zu. Das Einkommen des Klägers ist danach hinsichtlich der für die ehelichen Lebensverhältnisse maßgeblichen Steuerklasse zu korrigieren.

Die vorgenannte Begründung des BVerfG erfasst den Familienzuschlag nach den §§ 39, 40 Abs. 1 BBesG nicht. Zwar erhalten gem. § 40 Abs. 1 Nr. 1 BBesG verheiratete Beamte, Richter und Soldaten, die eine andere Person nicht nur vorübergehend in ihre Wohnung aufgenommen haben und ihr Unterhalt gewähren, weil sie gesetzlich oder sittlich dazu verpflichtet sind, den Familienzuschlag nach Stufe 1. Jedoch steht nach § 40 Abs. 1 Nr. 3 BBesG einem geschiedenen Beamten, Richter oder Soldaten, wenn er aus der Ehe zum Unterhalt verpflichtet ist, der Familienzuschlag in gleicher Weise nach Stufe 1 zu. Da dem Kläger bereits vor seiner zweiten Ehe auf Grund der Unterhaltsverpflichtung gegenüber der Beklagten der Familienzuschlag gewährt worden ist, ist eine finanzielle Veränderung auf Grund der zweiten Ehe nicht eingetreten. Der auf dem Familienzuschlag beruhende Vorteil ist daher nicht von der Eheschließung ausgelöst worden, sondern bestand bereits zuvor. Im Gegensatz zu den steuerrechtlichen Vorteilen führt allein die Änderung der gesetzlichen Grundlage für die Gewährung des Familienzuschlags nicht dazu, diesen Vorteil der neuen Ehe vorzubehalten. Für die steuerrechtlichen Vorteile ist dies deswegen anders zu beurteilen, weil der wiederverheiratete Unterhaltsschuldner neben dem Vorteil aus dem begrenzten Realsplitting (§ 10 Abs. 1 Nr. 1 EStG) auch die gemeinsame Veranlagung mit seinem Ehegatten nach §§ 26 Abs. 1, 26b EStG wählen kann, so dass insoweit keine identischen finanziellen Vorteile bestehen.

Bei dem Familienzuschlag nach §§ 39, 40 BBesG handelt es sich auch nicht um einen solchen Besoldungsbestandteil, der auf Grund seiner öffentlichrechtlichen Zweckbestimmung der neuen Ehe vorbehalten bleiben und deren Belastungen mildern soll und daher bei der Bestimmung des unterhaltsrechtlich relevanten Einkommens außer Betracht zu lassen ist, weil die Erwägungen des BVerfG auch für diese familienpolitisch motivierte staatliche Leistung als Bestandteil der Besoldung zu

gelten haben (vgl. *Schürmann*, FamRZ 2003, 1821, 1826; *Paalandt/Brudermüller*, BGB, 64. Aufl., § 1581 Rn 9; *Schwab/Borth*, Handbuch des Scheidungsrechts, 5. Aufl., IV Rn 614; *Heinke/Viefhues*, ZFE 2003, 356, 359). Der Sinn und Zweck des Familienzuschlags besteht darin, den unterschiedlichen Belastungen des Familienstands Rechnung zu tragen (*Kümmel/Pohl*, Bundesbesoldungsgesetz, § 39 Rn 1 f.). In der Kommentarliteratur zum Besoldungsrecht wird für die Gewährung des Familienzuschlags maßgeblich auf den jeweiligen personellen Status des Bediensteten abgestellt, der sich im Fall der Wiederheirat vom Geschiedenen zum Verheirateten ändert (*Clemens/Millich/Engelking/Lautermann/Henkel*, Besoldungsrecht des Bundes und der Länder, § 40 Anm. 3; *Kümmel/Pohl*, Bundesbesoldungsgesetz, § 40 Rn 23). Darüber hinaus ergibt sich aus der Begründung des Gesetzes zur Reform des öffentlichen Dienstrechts, mit der der bis Juni 1997 geltende Ortszuschlag durch den neuen Familienzuschlag ersetzt wurde (*Kümmel/Pohl*, Bundesbesoldungsgesetz, § 40 Rn 7 ff.), dass durch die Umgestaltung des Ortszuschlages in einen Familienzuschlag „die Funktion dieses familienbezogenen Bezahlungsbestandteils“ verdeutlicht werden soll (vgl. BT-Drucks 13/3994, S. 29, 42).

Dies allein rechtfertigt es jedoch nach Auffassung des Senats nicht, den Familienzuschlag der neuen Ehe vorzubehalten. Auch wenn besoldungsrechtlich auf den aktuellen personellen Status abgestellt wird, ändert sich unterhaltsrechtlich an den Einkünften des geschiedenen Unterhaltsschuldners in Bezug auf den Familienzuschlag durch die Wiederheirat nichts, weil er diesen weiterhin unverändert erhält. Eindeutige und unzweifelhafte Anhaltspunkte dafür, dass durch den Familienzuschlag allein die mit der neuen Ehe des Unterhaltspflichtigen verbundenen Mehrbelastungen gemindert werden sollen, sind bereits deswegen nicht ersichtlich, weil der nach Scheidung der ersten Ehe fortbestehenden Belastung durch Unterhaltspflichten ebenfalls durch die Regelung in § 40 Abs. 1 Nr. 3 BBesG Rechnung getragen wird.

Das Grundgehalt des Klägers ist nicht um den Familienzuschlag der Stufe 2 zu erhöhen. Zwar hat der Senat im Urt. v. 17.1.2003 das Einkommen des Klägers aus dem Grundgehalt nach R1 unter Berücksichtigung des Familienzuschlags der Stufe 2 für den vorehelichen Sohn seiner Ehefrau bestimmt. Die Begründung des Urt. des BVerfG zu den steuerlichen Vorteilen aus der Durchführung des Ehegattensplittings ist auf den kindbezogenen Anteil des Familienzuschlags (Stufe 2) anzuwenden, weil hierdurch allein die bestehenden Belastungen der neuen Familie gemindert werden sollen. Die ehelichen Lebensverhältnisse der Parteien waren daher nicht dadurch geprägt, dass dem Kläger für das voreheliche Kind seiner jetzigen Ehefrau der Familienzuschlag nach Stufe 2 gewährt wird. Den Kinderzuschlag für den gemeinsamen Sohn der Parteien erhält nach dem nicht bestrittenen Vortrag des Klägers die Beklagte.

Einen tatsächlichen finanziellen Vorteil aus der Durchführung des begrenzten Realsplittings hat der Kläger im Jahr 2003 nicht erzielt, weil er entsprechend der Vereinbarung der Parteien v. 14.11.1994 die Unterhaltszahlungen steuerlich nicht geltend

gemacht hat. Der Kläger ist entgegen der Ansicht des AG auch nicht für den gesamten streitigen Zeitraum so zu behandeln, als habe er sich einen Freibetrag von monatlich 600 EUR eintragen lassen. Fiktive Vorteile sind dem Kläger nicht zuzurechnen, weil er sich insoweit weder unterhaltsrechtlich mutwillig verhalten noch eine Obliegenheit nicht beachtet hat. Nach der Rspr. des BGH kommt eine Obliegenheit zur Eintragung eines Freibetrages nur dann in Betracht, wenn die Unterhaltsverpflichtung dem Grunde und der Höhe nach feststeht, also titulierte, anerkannt oder unstrittig ist. Bestreitet der Schuldner seine Unterhaltsverpflichtung, ist er nicht gehalten, das begrenzte Realsplitting in Anspruch zu nehmen (FamRZ 1999, 372, 375; *Luthin/Kamm*, Handbuch des Unterhaltsrechts, 9. Aufl., Rn 9025 ff., 9046 ff.). Da zwischen den Parteien die Höhe des Unterhalts streitig ist, kommt ein fiktiver Vorteil des begrenzten Realsplittings nicht in Betracht.

Zwar hat der Kläger mit seiner Klage und Berufung nicht den vollständigen Wegfall des titulierten Unterhaltsbetrages geltend gemacht. Jedoch auch in Höhe der nicht angegriffenen Unterhaltsbeträge kann ein etwaiger steuerlicher Vorteil in die Berechnung nicht eingestellt werden, weil nach der ständigen Rspr. des Senats der Vorteil des begrenzten Realsplittings nicht konkret bzw. hinreichend exakt berechnet werden kann. Dies beruht unabhängig von den individuellen steuerlichen Verhältnissen des Klägers und seiner Ehefrau auch auf den der Beklagten entstehenden steuerlichen Nachteilen, die der Kläger der Beklagten zu erstatten hätte (vgl. BGH FamRZ 1992, 534 f., 1050) und die in dieser Höhe den steuerlichen Vorteil des Klägers wiederum mindern. Im Übrigen fehlt hierzu substantiiertes Vortragen der Beklagten.

Beide Parteien verfügen danach über ein gemeinsames, die ehelichen Lebensverhältnisse prägendes Einkommen von rund 4.768 EUR. Dieses ist um den Kindesunterhalt für den am 27.9.1985 geborenen Sohn T, der sich in der allgemeinen Schulbildung befindet, zu reduzieren. Insoweit kommt es nicht darauf an, ob dieser Unterhalt nach dem tatsächlich nach Besoldungsgruppe R2 und Steuerklasse III bezogenen Gehalt des Klägers zu bestimmen ist (vgl. hierzu *Borth*, FamRB 2004, 18, 20; *Schürmann*, FamRZ 2003, 1825, 1828; *Heinke/Viefhues*, ZFE 2003, 356, 360). Denn auf Grund des gemeinsamen Einkommens der Parteien ergibt sich der Tabellensatz aus der höchsten Gruppe der Düsseldorfer Tabelle mit monatlich 654 EUR. Dass der Sohn der Parteien einen darüber hinausgehenden Bedarf hat (vgl. BGH FamRZ 2000, 358 f.), wird von der Beklagten im Berufungszug nicht mehr geltend gemacht.

Mitgeteilt von *Dieter Miesen*, RiAG a.D., Grafschaft

Anm. d. Red.:

Vgl. auch OLG Hamm, Urt. v. 14.1.2005 – 11 UF 59/04, das den Verheiratetenzuschlag entsprechend seiner doppelten Zweckbestimmung aufteilt und zur Hälfte der neuen Ehe zuordnet und den Unterhaltsschuldner zur Inanspruchnahme des Realsplittingvorteils für verpflichtet hält.