

**OLG Hamm 5. Senat für Familiensachen**, Urteil vom 19. Dezember 1997, Az: 5 UF 111/97

BGB § 394, ZPO § 717 Abs 2, ZPO § 850b Abs 1 Nr 2

Aufrechnung gegen Ausgleichsanspruch des unterhaltsberechtigten Ehegatten aus Realsplitting

### **Orientierungssatz**

**Der geschiedene Ehemann kann gegenüber einer Ausgleichsforderung der unterhaltsberechtigten Ehefrau aufgrund des begrenzten Realsplittings mit einem Schadensersatzanspruch aus ZPO § 717 Abs 2 wegen eines zuviel gepfändeten Unterhalts aus einem vorläufig vollstreckbaren Versäumnisurteil wirksam die Aufrechnung erklären; das sich aus BGB § 394 ergebende Aufrechnungsverbot steht dem nicht entgegen. Die Ehefrau kann dem Schadensersatzanspruch den Einwand des Wegfalls der Bereicherung nicht entgegenhalten.**

### **Fundstellen**

NJWE-FER 1998, 99 (red. Leitsatz und Gründe)  
FamRZ 1999, 436-437 (red. Leitsatz und Gründe)

### **Tenor**

Auf die Berufung der Beklagten wird unter Zurückweisung ihres weitergehenden Rechtsmittels das am 16. April 1997 verkündete Urteil des Amtsgerichts -- Familiengericht -- Bad Oeynhausen abgeändert und wie folgt neu gefaßt:

Unter Abänderung des Urteils des Amtsgerichts Bad Oeynhausen vom 14. Februar 1996 (17 a F 202/95) wird der Kläger verurteilt, an die Beklagte ab 30.11.1996 monatlich im voraus 1.509,15 DM und ab Januar 1997 monatlich 1.922,59 DM Elementarunterhalt und 117,13 DM Altersvorsorgeunterhalt zu zahlen.

Im übrigen wird die Klage abgewiesen.

Von den in erster Instanz entstandenen Kosten des Rechtsstreits tragen der Kläger 54 % und die Beklagte 46 %. Die Kosten der Berufung tragen zu 42 % der Kläger und zu 58 % die Beklagte.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

### **Tatbestand**

Von der Darstellung des Tatbestandes wird gemäß § 543 Abs. 1 ZPO abgesehen.

### **Entscheidungsgründe**

Die zulässige Berufung der Beklagten hat, soweit sie sich gegen die Unterhaltsherabsetzung für die Zeit ab Januar 1997 richtet, teilweise Erfolg. Im übrigen bleibt ihr der Erfolg versagt.

I.

Grundlage des Unterhaltsanspruchs der Beklagten ist zwar -- insoweit ist dieser zuzustimmen -- weiterhin die zwischen den Parteien außergerichtlich getroffene vertragliche

Regelung vom 04.03.1994, deren Abänderbarkeit nach § 242 BGB zu beurteilen ist. Danach ist ein Abänderungsbegehren dann gerechtfertigt, wenn sich die der Vereinbarung zugrunde gelegten Verhältnisse zwischenzeitlich derart geändert haben, daß der betroffenen Partei ein Festhalten am bisherigen Vertrag nach Treu und Glauben nicht länger zugemutet werden kann (vgl. BGH NJW 1986, 2054, 2055 m.w.N.), was das Überschreiten einer Opfergrenze voraussetzt. Diese Grenze ist nach der Rechtsprechung des Senats regelmäßig dann überschritten, wenn sich bei einer Neuberechnung des Unterhalts unter Beachtung der Vertragsgrundlagen eine mindestens 10-%ige Erhöhung bzw. Minderung der bislang geschuldeten Beträge ergibt.

Bei der Auslegung der Scheidungsvereinbarung sind aber entgegen der Auffassung der Beklagten diejenigen Festlegungen hinsichtlich der Vertragsgrundlagen zu beachten, die sich aus dem abzuändernden Urteil vom 14.02.1996 ergeben, mit welchem der vertragliche Anspruch unter gleichzeitiger Anpassung an bereits damals veränderte Einkommensverhältnisse tituliert worden ist.

Grundlage für die Unterhaltsbemessung im jetzigen Abänderungsverfahren ist die Scheidungsvereinbarung nunmehr so, wie sie im abzuändernden Urteil ausgelegt worden ist.

Soweit die Beklagte meint, die nach ihrer Auffassung fehlerhafte Auslegung der Scheidungsvereinbarung im abzuändernden Urteil könne sie als Abänderungsbeklagte nicht binden, folgt der Senat ihr nicht.

Zwar kann sich eine Abänderungsbeklagte zur Verteidigung des Ergebnisses der Vorentscheidung auch auf solche Tatsachen stützen, die bereits in dem Vorverfahren hätten vorgetragen werden können, dort aber nicht vorgetragen wurden und infolgedessen unberücksichtigt geblieben sind (vgl. BGH NJW 1987, 1201). Darum geht es im vorliegenden Fall jedoch nicht.

Die Beklagte beruft sich nicht auf neue Tatsachen. Was sie hinsichtlich der Einkommensverhältnisse zur Zeit der Scheidungsvereinbarung vorträgt, war bereits im Vorverfahren bekannt. Sie stützt sich insoweit gerade auf die in diesem Verfahren vorgelegten Einkommensunterlagen. Sie trägt mithin nicht sogenannte Alttatsachen vor, sondern beanstandet lediglich, das Familiengericht habe auf der Grundlage der damals schon bekannten Tatsachen die Rechtslage im Vorverfahren falsch beurteilt. Damit kann sie auch als Abänderungsbeklagte, die am Ergebnis der Vorentscheidung festhalten will, nicht gehört werden. Tatsachen, die in dem abzuändernden Urteil bereits eine rechtliche Beurteilung erfahren haben, sind angesichts der materiellen Rechtskraft der Entscheidung einer abweichenden rechtlichen Bewertung nicht mehr zugänglich.

Auszugehen ist daher entsprechend den Festlegungen im abzuändernden Urteil davon, daß der Unterhaltsanspruch der Beklagten auf der Grundlage der jeweiligen tatsächlichen Einkünfte des Klägers zu bestimmen und fortzuschreiben ist.

II.

Soweit das Familiengericht auf der vorgenannten Grundlage den Unterhaltsanspruch der Beklagten für 1996 mit monatlich 1.509,15 DM bemessen hat, wird die Berechnung mit der Berufung im Detail lediglich insoweit angegriffen, als

-- die im Jahre 1996 geflossene Einkommenssteuererstattung für 1995 mit dem tatsächlichen Zahlbetrag von 1.789,44 DM in Ansatz gebracht ist und

-- eine auf Ausgleich der Nachteile des steuerlichen Realsplittings gerichtete Forderung der Beklagten in Höhe von 5.593,16 DM als durch Aufrechnung getilgt behandelt und deshalb einkommensmindernd berücksichtigt worden ist.

Beide Berufungsangriffe haben keinen Erfolg, so daß es für 1996 bei dem erstinstanzlich titulierten Betrag bleibt.

1.

Eine höhere als die tatsächlich erzielte Steuererstattung ist nicht anzusetzen.

Ein solch fiktiver Ansatz würde voraussetzen, daß der Kläger in unterhaltsrechtlich vorwerfbarer Weise mögliche Steuervorteile nicht wahrgenommen hat.

Ein derart schuldhaftes Verhalten ist nicht festzustellen. Zwar hat der Kläger Unterhaltsleistungen an die Beklagte lediglich in Höhe von 18.000,00 DM steuermindernd geltend gemacht, obwohl seine tatsächlichen Zahlungen darüber lagen.

Die Gründe hierfür sind aber ungeklärt. Fest steht nur, daß die Beklagte für 1995 auf der Anlage U lediglich 18.000,00 DM Unterhaltsleistungen bestätigt hatte. Ob sie sich -- wie vom Kläger behauptet -- geweigert hatte, einem höheren Betrag zuzustimmen oder ob -- wie von der Beklagten behauptet -- der Kläger selbst angeregt hatte, es bei 18.000,00 DM zu belassen, ist offen.

2.

Die einkommensmindernd berücksichtigte Ausgleichsforderung der Beklagten in Höhe von 5.593,16 DM hat das Familiengericht zu Recht als durch Aufrechnung getilgt gewertet.

Der vom Kläger zur Aufrechnung gestellte Anspruch ergibt sich als Schadensersatzanspruch aus § 717 Abs. 2 ZPO. Stellt man den im Zeitraum von Januar 1995 bis September 1996 geschuldeten Unterhaltsbeträgen die für diesen Zeitraum gezahlten bzw. im Wege der Pfändung beigetriebenen Beträge gegenüber, so ergibt sich zugunsten des Klägers ein Überschuß von mehr als 8.000,00 DM. Wie sich aus den vom Kläger vorgelegten und inhaltlich unbestrittenen Aufstellungen der geschuldeten bzw. gezahlten/ gepfändeten Beträge ergibt, resultiert diese Überzahlung nicht aus den im Zeitraum von Januar bis August 1995 freiwillig geleisteten Zahlungen, sondern allein aus den in der Folgezeit erfolgten Pfändungen aufgrund des Versäumnisurteils vom 07.06.1995, welches im abzuändernden Urteil vom 14.02.1996 teilweise wieder aufgehoben worden ist.

In Höhe des überschießenden, letztendlich zu Unrecht im Wege der Zwangsvollstreckung beigetriebenen Betrages besteht daher ein Schadensersatzanspruch gemäß § 717 Abs. 2 BGB, dem der von der Beklagten eingewandte Wegfall der Bereicherung nicht entgegengehalten werden kann.

Mit dieser Forderung hat der Kläger wirksam gegen die Ausgleichsforderung der Beklagten aufgerechnet.

Dabei kann die Streitfrage, ob es sich bei dieser Ausgleichsforderung um eine Unterhalts"rente" im Sinne des § 394 BGB in Verbindung mit § 850 b Abs. 1 Nr. 2 ZPO handelt (vgl. dazu BGH FamR 97, 544 und SchlHOLG, OLGR 1997, 113 m.w.N.) dahingestellt bleiben.

Selbst wenn man dies bejaht, ist bei der hier vorliegenden Fallgestaltung die Aufrechnung als wirksam anzusehen.

Das sich aus § 394 BGB ergebende Aufrechnungsverbot ist nämlich mit Rücksicht auf den Schutzzweck der Norm zu begrenzen. Das Aufrechnungsverbot bezweckt im öffentlichen Interesse die Vermeidung einer Notlage auf Seiten des Unterhaltsgläubigers durch Entziehung der für den Lebensunterhalt erforderlichen Mittel. Dieser Zweck wird bei der hier vorliegenden Fall-gestaltung durch eine Aufrechnung nicht vereitelt.

Zu berücksichtigten ist nämlich, daß der Anspruch des Klägers daraus resultiert, daß die Beklagte im Wege der Zwangsvollstreckung mehr an Unterhalt beigetragen hat, als ihr materiellrechtlich zustand. Versteht man den Anspruch auf Ausgleich der Nachteile des steuerlichen Realsplittings als Pflicht zur Auffüllung des durch Steuern geschmälernten Unterhaltsanspruches und mithin als den eigentlichen Unterhaltsanspruch in neuer Gestalt (so OLG Bamberg, FamRZ 1987, 1047, 1049), so steht rückständigem Unterhalt einerseits ein Anspruch auf Rückzahlung von zuviel beigetriebenem Unterhalt andererseits gegenüber. Durch die Aufrechnung wird bei dieser Fallgestaltung lediglich der für vergangene Zeiträume tatsächlich geschuldete Zustand hergestellt. Das Aufrechnungsverbot muß bei dieser Sachlage nach Treu und Glauben zurücktreten (im Ergebnis ebenso OLG Schleswig, FamRZ 1986, 707).

III.

Für 1997 ist die familiengerichtliche Berechnung hinsichtlich der Einkünfte des Klägers zu aktualisieren.

Beim Vergleich der inzwischen vorliegenden Verdienstabrechnung für Oktober 1997 mit derjenigen für Oktober 1996 ergibt sich, daß das Einkommen des Klägers im laufenden Jahr wieder angestiegen ist.

Für Oktober 1997 ergibt sich ein bis dahin aufgelaufenes Jahreseinkommen von	71.284,76 DM
(76.054,32 DM Nettoeinkommen abzgl. Eigenanteil Krankenversicherung und Eigenanteil Pflegeversicherung).	4.246,76 DM
Der entsprechende Vorjahreswert beläuft sich auf	522,80 DM.
(106.924,74 DM brutto -- 4.050,00 DM Krankenversicherung -- 384,00 DM Pflegeversicherung -- 2.551,12 DM Arbeitslosenversicherung -- 25.525,31 DM Lohnsteuer -- 1.794,29 DM Solidaritätszuschlag -- 825,36 DM Kirchensteuer).	64.259,75 DM
Das bis Oktober 1997 aufgelaufene Jahreseinkommen liegt damit um ca. 11 % über demjenigen des bis Oktober 1996 aufgelaufenen Einkommens.	
Geht man von einer entsprechenden Steigerung des Gesamtjahreseinkommens aus, so ist statt des vom Familiengericht berücksichtigten Betrages von	78.065,33 DM
ein Betrag von	86.652,52 DM
in die Berechnung einzustellen.	
Der Mehrbetrag von	8.587,19 DM
entspricht einen monatsanteiligen Betrag v.	715,60 DM.
Entsprechend erhöht sich das vom Familiengericht mit angesetzte Einkommen des Beklagten auf	6.574,78 DM
	7.290,38 DM.
Damit ergibt sich folgende Unterhaltsberechnung:	
Einkommen des Klägers	7.290,38 DM
Einkommen der Beklagten	2.187,21 DM
Einkommensdifferenz	5.103,17 DM
Altersvorsorge (2.187,07 DM; 139; 20,3) --	617,13 DM
Differenz	4.486,04 DM

davon 3/7

1.922,59 DM.

Im Hinblick auf 500,00 DM Altersvorsorgeunterhalt gilt die vertragliche Verrechnungsabrede. Zu titulieren sind daher die aus dem Tenor ersichtlichen Beträge.

Im Hinblick auf alle anderen Einkommenspositionen folgt der Senat den zutreffenden Ausführungen im angefochtenen Urteil, auf die zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen wird.

Steuerliche Erstattungen und/oder Nachzahlungen für 1996 sind derzeit verlässlich noch nicht zu beurteilen. Gegenwärtig ist insbesondere auch noch offen, ob die Möglichkeiten des steuerlichen Realsplittings, dessen Durchführung die Beklagte nunmehr von der schriftlichen Ausgleichszusage des Klägers abhängig macht, ausgeschöpft werden. Etwaige Erstattungen/Nachzahlungen werden nach dem Zu-/Abflußprinzip unterhaltsrechtlich erst zukünftig zu berücksichtigen sein.

IV.

Die Nebenentscheidungen folgen aus §§ 92 Abs. 1, 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 713 ZPO.