

Unterhaltsrecht (Verfahrensrecht)

Abänderung eines auf fiktiver Grundlage ergangenen Unterhaltsurteils bei mutwilliger Arbeitsplatzaufgabe

§ 323 Abs. 1 und 2 ZPO, § 1603 Abs. 2 BGB

BGH, Urt. vom 20.02.2008 – XII ZR 101/05

Die Abänderung eines wegen mutwilliger Aufgabe einer gut bezahlten Arbeitsstelle auf fiktiver Grundlage ergangenen Unterhaltsurteils ist nicht bereits mit der Behauptung zulässig, der Abänderungskläger genüge inzwischen seiner Erwerbsobliegenheit, verdiene aber weniger als zuvor. Erforderlich ist vielmehr, dass der Abänderungskläger geltend macht, er hätte die frühere Arbeitsstelle inzwischen aus anderen Gründen verloren.

Sachverhalt: Die Parteien streiten um die Abänderung von Kindesunterhalt.

Der Kl. ist der Vater der am 3. November 1988, 23. Juni 1990 und 20. April 1994 geborenen Bekl. Die Ehe der Eltern wurde 1999 geschieden. Im Rahmen des Scheidungsverfahrens schlossen die Ehegatten am 26. Mai 1998 einen gerichtlichen Vergleich, durch den sich der Kl. u. a. verpflichtete, Kindesunterhalt i. H. v. mtl. jeweils 447 DM für die Kinder L und P und von mtl. 352 DM für das Kind D zu zahlen. Das Kindergeld sollte der Mutter ohne Anrechnung auf die Unterhaltsbeträge in voller Höhe zustehen. Grundlage dieser Vereinbarung war ein anrechnungsfähiges Einkommen des Kl. von 4.436 DM (4.794 DM Erwerbseinkommen ./ 238 DM berufsbedingte Aufwendungen ./ 120 DM Darlehensraten LBS).

Zum 31. März 1999 kündigte der Kl. sein Arbeitsverhältnis. Nachdem er einige Zeit arbeitslos gewesen war und eine selbstständige Tätigkeit wieder aufgegeben hatte, erhob er Anfang 2000 Abänderungsklage mit dem Ziel, nur geringeren Kindesunterhalt und keinen Ehegattenunterhalt mehr zahlen zu müssen. Die Abänderungsklage wurde hinsichtlich des Kindesunterhalts durch Urteil vom 13. März 2001 abgewiesen. Zur Begründung wurde ausgeführt, der Kl. habe seinen Arbeitsplatz mutwillig in Kenntnis seiner Unterhaltspflicht und angesichts der bekannten schwierigen Situation auf dem Arbeitsmarkt aufgegeben, um sich der Unterhaltspflicht zu entziehen; er müsse sich deshalb so behandeln lassen, als ob er noch das frühere Einkommen erziele.

Ab März 2002 war der Kl. erneut erwerbstätig. Sein durchschnittliches mtl. Nettoeinkommen belief sich auf 1.499 EUR. Im November 2002 hat er erneut Abänderungsklage erhoben. Er hat geltend gemacht, unter Berücksichtigung berufsbedingter Aufwendungen von 103 EUR, der Darlehensrate an die LBS und einer mtl. Rate von 50 EUR auf Anwaltskosten nicht mehr zur Zahlung von Ehegattenunterhalt und nur noch eingeschränkt zur Leistung von Kindesunterhalt verpflichtet zu sein, nämlich i. H. v. jeweils 154,96 EUR für die Söhne L und P und i. H. v. 131,34 EUR für D. Er hat beantragt, das Urteil des AG dementsprechend für die Zeit ab 1. August 2002 abzuändern.

Die Ehefrau hat den Klageanspruch bezüglich des sie betreffenden Unterhalts anerkannt. Die Kinder sind der Klage entgegengetreten und haben Widerklage erhoben, mit der sie beantragt haben, den Vergleich vom 26. Mai 1998 für die Zeit ab 1. Dezember 2002 dahin abzuändern, dass der Kl. an sie unter Anrechnung des Kindergelds nach Maßgabe des § 1612 b Abs. 5 BGB einen mtl. Unterhalt i. H. v. 100 % des Regelbetrags nach § 1 RegelbetragV zu zahlen habe.

Das AG hat die Vorentscheidung entsprechend dem Anerkennnis bezüglich des Ehegattenunterhalts abgeändert und im Übrigen Klage und Widerklage abgewiesen. Dagegen haben beide Seiten Berufung eingelegt, mit der sie ihre erstinstanzlichen Anträge weiterverfolgt haben. Das OLG hat dem Abänderungsbegehren des Kl., dessen Arbeitsverhältnis zum 30. Juni 2004 betriebsbedingt gekündigt worden ist, im Wesentlichen stattgegeben und das Urteil vom 13. März 2001 dahin abgeändert, dass der Kl. ab 18.

November 2002 (Rechtshängigkeit der Abänderungsklage) an die beiden älteren Kinder L und P einen mtl. Unterhalt von jeweils 156 EUR und an das jüngere Kind D einen mtl. Unterhalt von 132 EUR für die Zeit bis zum 30. Juni 2003 und von mtl. 133 EUR ab 1. Juli 2003 zu zahlen hat. Im Übrigen hat es die Abänderungsklage sowie die Widerklage insgesamt abgewiesen. Dagegen richtet sich die zugelassene Revision der Bekl. zu 2 bis 4, mit der sie ihre zweitinstanzlichen Anträge weiterverfolgen.

Aus den Gründen: Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils in dem aus der Entscheidungsformel ersichtlichen Umfang und insoweit zur Zurückverweisung an das OLG.

1. Das OLG hat die auf Abänderung des Urteils vom 13. März 2001 gerichtete Klage für zulässig und überwiegend begründet gehalten. Es hat im Wesentlichen ausgeführt:

Auch wenn es sich hinsichtlich des Kindesunterhalts um ein klageabweisendes Urteil handele, habe sich das Abänderungsbegehren hiergegen, und nicht gegen den Vergleich, zu richten. Der die Abänderungsklage abweisende Teil der Entscheidung beruhe auf der richterlichen Prognose, dass die Unterhaltsansprüche der Kinder weiterhin in der durch Vergleich vereinbarten Höhe bestünden. Die Zulässigkeit scheitere auch nicht an § 323 Abs. 1 und 3 ZPO. Das gelte unabhängig davon, ob festgestellt werden könne, dass der Kl. den von ihm – nach dem Urteil vom 13. März 2001 mutwillig – aufgegebenen Arbeitsplatz ohnehin später, etwa wegen Arbeitsunfähigkeit oder sonstiger nachhaltiger Verschlechterung seines Gesundheitszustands, verloren hätte, so dass es an der wesentlichen Veränderung der Verhältnisse nach § 323 Abs. 1 ZPO fehlen könne. Es könne auch dahinstehen, ob sich die Prognose des Richters in diesem Urteil als unrichtig erweise. Nach allgemeiner Meinung könne nämlich ein Abänderungskläger, dessen Leistungsfähigkeit im Ersturteil fingiert worden sei, zur Vermeidung unerträglicher Belastungen nach einer gewissen Zeit die Anpassung der Unterhaltsrente an die tatsächlichen Verhältnisse verlangen. Zur Vermeidung verfassungswidriger Ergebnisse wegen unverhältnismäßiger Belastung des Unterhaltsschuldners sei es gerechtfertigt, die Korrektur des Urteils vom 13. März 2001 für die Zeit ab Erhebung der vorliegenden Abänderungsklage vorzunehmen, nachdem der Bekl. durch die Wiederaufnahme einer Erwerbstätigkeit seiner unterhaltsrechtlichen Erwerbsobliegenheit genügt habe.

Die Klage habe auch im Wesentlichen Erfolg. Ausweislich der von dem Kl. vorgelegten Bezügeabrechnungen sei von dem von ihm behaupteten mtl. Nettoeinkommen von 1.499 EUR auszugehen. Hiervon seien berufsbedingte Aufwendungen von mtl. 103 EUR in Abzug zu bringen (Pkw-Kosten bei 20 km und einem Kilometersatz von 0,27 EUR). Im Hinblick auf den bei dem Kl. ärztlich diagnostizierten und therapierten Gelenkverschleiß sei die Pkw-Nutzung angemessen. Die fortlaufende Zahlung der Darlehensrate an die LBS habe der Kl. i. H. v. 61 EUR nachgewiesen. Die von ihm in Zusammenhang mit einer Strafverteidigung zu leistende Monatsrate von 50 EUR auf Anwaltskosten sei ebenfalls absetzbar; ein unterhaltsrechtlich vorwerfbares Verhalten bei Eingehung

dieser Schuld sei nicht ersichtlich. Danach ergebe sich ein bereinigtes Einkommen von 1.285 EUR mtl. Durchgreifende Anhaltspunkte dafür, dass der Kl. in dem hier betroffenen Zeitraum aus einer Ganztagsstätigkeit ein höheres Einkommen habe erzielen können, lägen nicht vor. Ungeachtet seines tatsächlichen Gesundheitszustands sei ihm auch nicht zuzumuten, zur Steigerung seiner Einkünfte eine Nebentätigkeit aufzunehmen, da ein solches Verlangen unverhältnismäßig sei. Der Kl. habe eine normale Bürotätigkeit unter Einschluss von Buchhaltungsarbeiten und der Erledigung von Korrespondenz in der Zeit von 07.15 Uhr bis 16.00 Uhr zu erbringen. Auch wenn sich diese Arbeiten nicht als besonders schwierig oder anstrengend darstellen sollten, erforderten sie einen Grad an psychischer und intellektueller Leistung, der schwerlich erbracht werden könne, wenn der Kl. wegen einer zusätzlichen Arbeit nicht über die erforderlichen Ruhepausen verfüge und sich daraus Einschränkungen seiner vollen Leistungsfähigkeit ergäben. Bei Berücksichtigung des ihm zu belassenden notwendigen Selbstbehalts von 840 EUR ergebe eine Mangelfallberechnung unter Einsatz der Regelbeträge der RegelbetragV keine höheren an die Bekl. zu zahlenden mtl. Unterhaltsrenten als jeweils 156 EUR für die Bekl. zu 2 und 3 und 132 EUR bzw. 133 EUR für den Bekl. zu 4. Daraus folge zugleich, dass die Widerklage unbegründet sei.

Das hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

II. 1. Zutreffend ist das Berufungsgericht allerdings davon ausgegangen, dass das Abänderungsbegehren des Kl. gegen das Urteil des AG vom 13. März 2001 zu richten ist. Nach der Rechtsprechung des Senats kann § 323 ZPO auch bei klageabweisenden Urteilen zur Anwendung kommen, wenn diese – im Rahmen der Überprüfung der ursprünglichen Prognose – die künftige Entwicklung der Verhältnisse vorausschauend berücksichtigen. Eine spätere Abänderungsklage stellt dann abermals die Geltendmachung einer von der (letzten) Prognose abweichenden Entwicklung der Verhältnisse dar, für die das Gesetz die Abänderungsklage vorsieht, um die (erneute) Anpassung an die veränderten Urteilsgrundlagen zu ermöglichen (vgl. Senatsurt. v. 28. März 2007 – XII ZR 163/04 – FamRZ 2007, 983 [984]).

Das Urteil des AG vom 13. März 2001 geht davon aus, der Kl. sei weiterhin im Umfang des vereinbarten Kindesunterhalts unterhaltspflichtig, weil er sich sein früheres Einkommen nunmehr fiktiv zurechnen lassen müsse. Es beruht damit auf einer Prognose der künftigen Entwicklung und stellt den Rechtszustand auch für die Zukunft fest. Da der Kl. die Korrektur dieser Prognose begehrt, steht die Abänderung der Entscheidung vom 13. März 2001 infrage.

2. Nach § 323 Abs. 1 ZPO kommt es hierfür auf die Änderung derjenigen Verhältnisse an, die für die Verurteilung zur Entrichtung der Leistung sowie für ihre Höhe und Dauer maßgebend waren. Nach § 323 Abs. 2 ZPO ist die Klage nur insoweit zulässig, als die Gründe, auf die sie gestützt wird, erst nach dem Schluss der letzten mündlichen Verhandlung in dem vorausgegangenem Verfahren entstanden sind.

Für die Zulässigkeit der Abänderungsklage ist es erforderlich, dass der Kl. Tatsachen behauptet, die eine derartige Änderung ergeben.

a) Der Kl. hat nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen geltend gemacht, seit März 2002 wieder einer Erwerbstätigkeit nachzugehen, jedoch nur ein mtl. Nettoeinkommen von 1.499 EUR zu erzielen. Eine besser bezahlte Arbeitsstelle habe er trotz seiner Bemühungen, die er auch nach dem Beginn der Beschäftigung fortgesetzt habe, nicht zu finden vermocht. Es stellt sich deshalb die Frage, ob ihm die Abänderungsklage mit diesem Vorbringen eröffnet ist.

b) In Rechtsprechung und Schrifttum wird die Behandlung der Fälle, in denen fiktive Verhältnisse Grundlage der Abänderung sind, nicht einheitlich beantwortet. Insbesondere bereitet der Fall der fortdauernden Arbeitslosigkeit desjenigen Unterhaltsschuldners Probleme, dessen Leistungsfähigkeit fingiert wurde, indem ihm tatsächlich nicht erzielte Einkünfte wegen Verletzung seiner Erwerbsobliegenheit zugerechnet wurden. Hat er sich anschließend hinreichend, aber erfolglos um eine neue Beschäftigung bemüht, so steht ihm nach allgemeiner Meinung die Abänderungsklage offen (OLG Karlsruhe FamRZ 1983, 931 [932]; KG Berlin FamRZ 1984, 1245 f.; OLG Hamm FamRZ 1995, 1217; Soyka, Die Abänderungsklage im Unterhaltsrecht, Rn. 83; Thalmann, in: Wendl/Staudigl, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, 6. Aufl., § 8 Rn. 158c; Vogel, in: Göppinger/Wax, Unterhaltsrecht, 8. Aufl., Rn. 2404; Kalthoener/Büttner/Niepmann, Die Rechtsprechung zur Höhe des Unterhalts, 10. Aufl., Rn. 729 ff.; Gerhardt, in: Handbuch des Fachanwalts für Familienrecht, 6. Aufl., 6. Kap. Rn. 651; differenzierend Brudermüller, in: Johannsen/Henrich, Ehe-recht, 4. Aufl., § 323 ZPO Rn. 71; Graba FamRZ 2002, 6 [10 f.]; Maurer/Borth, in: Schwab, Handbuch des Scheidungsrechts, 5. Aufl., Kap. I Rn. 1031; Gottwald, in: Münch-KommZPO, 3. Aufl., § 323 Rn. 81). Insoweit wird ausgeführt, bei einer fingierten Leistungsfähigkeit, die darauf beruhe, dass der Unterhaltspflichtige einer Erwerbsobliegenheit nicht nachkomme oder seine Arbeitsstelle mutwillig aufgabe und dadurch arbeitslos werde, könne seine zeitlich unbegrenzte Leistungsfähigkeit nicht unterstellt werden. Er könne nicht wegen eines einmal begangenen Fehlers für alle Zeit als leistungsfähig gelten. Denn es müsse immer mit gewissen Veränderungen im Arbeitsleben gerechnet werden, die dazu führen könnten, dass der Arbeitnehmer seinen Arbeitsplatz verliere, oder Gründe einträten, die ihn im Verhältnis zu dem Unterhaltsgläubiger zur Aufgabe der Arbeitsstelle berechtigten. Einem Unterhaltspflichtigen müsse daher nach einer gewissen Übergangszeit die Möglichkeit eingeräumt werden, darzutun und zu beweisen, dass er sich nach Kräften um eine angemessene Arbeitsstelle bemüht, seinen Fehler also wieder gutzumachen versucht habe, seine Bemühungen aber trotz aller Anstrengungen erfolglos geblieben seien.

Hinsichtlich der dogmatischen Behandlung dieser Fälle werden unterschiedliche Auffassungen vertreten. Teilweise wird nur eine Annexkorrektur im Rahmen einer aus anderen Gründen eröffneten Abänderungsklage für zulässig gehalten, teilweise wird § 323 Abs. 2 ZPO einschränkend angewandt, um die Prognose entsprechend den aktuellen Verhältnissen zu korrigieren (vgl. hierzu im Einzelnen Brudermüller § 323 ZPO Rn. 71; Graba FamRZ 2002, 6 [11]).

c) Der Senat ist der Auffassung, dass die unterschiedlichen Fallgestaltungen der fingierten Leistungsfähigkeit eines Unterhaltsschuldners aufgrund einer Verletzung seiner Erwerbsobliegenheit einer differenzierten Beurteilung bedürfen. Denn es besteht ein entscheidender Unterschied zwischen dem Fall, in dem der Unterhaltspflichtige zunächst schuldlos seine Arbeitsstelle verliert und sich danach nicht in ausreichendem Maß um eine neue Arbeit bemüht, so dass ihm nunmehr fiktiv ein erzielbares Einkommen – ggf. entsprechend jetzt schlechterer Verhältnisse auf dem Arbeitsmarkt – zugerechnet wird, und jenem Fall, in dem er – wie hier – mutwillig einen gut bezahlten sicheren Arbeitsplatz aufgibt und deshalb fiktiv so behandelt wird, als ob er noch die frühere Arbeitsstelle mit dem dabei erzielten Einkommen habe. In dem letzteren Fall ist eine Abänderung des auf fiktiver Grundlage ergangenen Urteils nur dann zulässig, wenn er geltend macht, dass er die frühere Arbeitsstelle in der Zwischenzeit ohnehin verloren hätte, etwa weil er den Anforderungen aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr gewachsen gewesen oder Personal abgebaut worden und er hiervon betroffen gewesen wäre (vgl. auch *Graba* FamRZ 2002, 6 [10]). Es reicht dagegen nicht aus, wenn er vorträgt, inzwischen wieder einer Erwerbstätigkeit nachzugehen, mit ihr aber das frühere Einkommen nicht erzielen zu können. Denn er muss darlegen, dass die der Verurteilung zugrunde liegende Prognose aufgrund einer Veränderung der Verhältnisse nicht mehr gerechtfertigt ist. Die Prognose geht in Fällen der mutwilligen Aufgabe des Arbeitsplatzes aber regelmäßig dahin, dass der Unterhaltsschuldner ohne das ihm vorzuwerfende Verhalten weiterhin über seinen früheren Arbeitsplatz und das frühere Einkommen verfügen würde. Eine zeitliche Komponente derart, dass eine solche Prognose nur für einen bestimmten Zeitraum Geltung beansprucht, wie es das OLG meint, ist einer Verurteilung auf fiktiver Grundlage nicht immanent, es sei denn, das Gericht hätte eine ausdrückliche Einschränkung dieser Art gemacht.

d) An dieser Betrachtungsweise sieht sich der Senat nicht aus verfassungsrechtlichen Gründen gehindert.

Ausprägung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit im Recht des Verwandtenunterhalts ist § 1603 Abs. 1 BGB, nach dem nicht unterhaltspflichtig ist, wer bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen außerstande ist, ohne Gefährdung seines angemessenen Unterhalts den Unterhalt zu gewähren. Eltern, die sich in dieser Lage befinden, sind gem. § 1603 Abs. 2 BGB ihren minderjährigen und privilegierten volljährigen unverheirateten Kindern gegenüber aber verpflichtet, alle verfügbaren Mittel zu ihrem und der Kinder Unterhalt gleichmäßig zu verwenden. Hieraus sowie aus Art. 6 Abs. 2 GG folgt auch die Verpflichtung der Eltern zum Einsatz der eigenen Arbeitskraft. Daher ist es verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, dass nicht nur die tatsächlichen, sondern auch die fiktiv erzielbaren Einkünfte berücksichtigt werden, wenn der Unterhaltsverpflichtete eine ihm mögliche und zumutbare Erwerbstätigkeit unterlässt, obwohl er diese bei gutem Willen ausüben könnte. Grundvoraussetzung eines jeden Unterhaltsanspruchs bleibt allerdings die Leistungsfähigkeit des Unterhaltsverpflichteten. Überschreitet der ausgerichtete Unterhalt die Grenze des Zumutbaren, ist die Beschränkung der Dispositionsfreiheit des Verpflichteten

im finanziellen Bereich als Folge der Unterhaltsansprüche des Bedürftigen nicht mehr Bestandteil der verfassungsmäßigen Ordnung und kann vor dem Grundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG nicht bestehen (vgl. BVerfG FamRZ 2007, 273 [274]). Ob dies uneingeschränkt auch für den Fall mutwilliger Arbeitsplatzaufgabe gilt, kann hier dahinstehen.

In einem Fall wie dem vorliegenden wird jedenfalls die Grenze des Zumutbaren schon deswegen nicht überschritten, weil ein Abänderungsbegehren nur nach den vorstehend aufgezeigten Maßgaben für zulässig erachtet wird. Das dem Unterhaltsschuldner fiktiv zugerechnete Einkommen war für ihn erzielbar und hätte – unveränderte Umstände unterstellt – ohne sein vorwerfbares Verhalten auch weiterhin erzielt werden können. Bei dieser Fallgestaltung gebietet es der Schutz der Unterhaltsberechtigten, den Unterhaltsschuldner an den fortwirkenden Folgen seines mutwilligen Verhaltens festzuhalten. Im Übrigen bleibt der Schutz des Unterhaltspflichtigen auch bei Berücksichtigung fiktiver Einkünfte durch seinen notwendigen Selbstbehalt gewährleistet, der den eigenen Sozialhilfebedarf nicht unterschreiten darf (Senatsurt. BGHZ 166, 351 [356] = FamRZ 2006, 683 [684] u. v. 9. Januar 2008 – XII ZR 170/05 – zur Veröffentlichung bestimmt). Einen weiteren Schutz gegenüber überzogenen Unterhaltsforderungen genießt der Unterhaltsschuldner auch durch die Pfändungsfreigrenzen des § 850 d ZPO. Der Beschränkung seiner Dispositionsfreiheit im finanziellen Bereich kann er schließlich durch die Einleitung eines Verbraucherinsolvenzverfahrens bezüglich der Unterhaltsrückstände entgegenwirken, wozu ihn nach der Rechtsprechung des Senats wegen seiner gesteigerten Unterhaltspflicht gegenüber minderjährigen und privilegierten volljährigen Kindern sogar eine Obliegenheit treffen kann (vgl. hierzu Senatsurt. BGHZ 162, 234 ff. = FamRZ 2005, 605 ff., v. 31. Oktober 2007 – XII ZR 112/05 – FamRZ 2008, 137 u. v. 12. Dezember 2007 – XII ZR 23/06 – zur Veröffentlichung vorgesehen).

3. Der Vortrag, den das Berufungsgericht seiner Entscheidung zugrunde gelegt hat, genügt danach nicht, um dem Kl. die Abänderungsklage zu eröffnen. Das Urteil des AG vom 13. März 2001 ist ausdrücklich darauf gestützt worden, dass er seinen Arbeitsplatz aufgegeben habe, um sich der Unterhaltspflicht zu entziehen; wenn er in Kenntnis seiner Unterhaltspflicht und angesichts der bekannt schwierigen Situation auf dem Arbeitsmarkt mutwillig seine Arbeitsstelle aufgebe, müsse er im bisherigen Umfang als leistungsfähig angesehen werden. Dieser Fiktion liegt die Prognose zugrunde, dass der Unterhaltspflichtige ohne die unterhaltsrechtlich vorwerfbare Aufgabe seiner Arbeitsstelle weiter zu gleichen Bedingungen beschäftigt wäre. Mit Rücksicht auf diese Prognose ist eine Abänderungsklage nur dann zulässig, wenn der Kl. geltend macht, dass er die frühere Arbeitsstelle ohnehin verloren hätte, oder sein Einkommen daraus aus anderen Gründen (z. B. Kurzarbeit) zurückgegangen wäre, er mithin einen von dieser Prognose abweichenden Verlauf behauptet (vgl. Senatsurt. v. 18. März 1992 – XII ZR 24/91 – NJW-RR 1992, 1091 [1092]).

4. Nach dem im Berufungsurteil in Bezug genommenen Klagevorbringen hat der Kl. allerdings auch behauptet, aufgrund der seit der vorausgegangenen Entscheidung fortschreiten-

den Verschlechterung seines Gesundheitszustands zu der früheren, in drei Schichten zu verrichtenden Tätigkeit nicht mehr in der Lage zu sein. Die bereits früher diagnostizierte Coxarthrose, an der er u. a. leide, habe sich wesentlich verschlimmert, weshalb ihm ein Grad der Behinderung von 50 % zuerkannt worden sei.

Damit stützt der Kl. sich auf eine nach Schluss der mündlichen Verhandlung in dem vorausgegangenen Rechtsstreit eingetretene Änderung der Verhältnisse, die – ihre Richtigkeit unterstellt – zu einer Korrektur der damaligen Prognose veranlassen und zu einer Anpassung des Unterhalts an die veränderten Verhältnisse führen würde. Mit dieser Begründung ist dem Kl. die Abänderungsklage deshalb eröffnet.

III. Das angefochtene Urteil kann danach keinen Bestand haben, da das Berufungsgericht zu der Begründetheit der mit dem vorstehenden Vorbringen zulässigen Abänderungsklage keine Feststellungen getroffen hat. Die Sache ist deshalb zur Nachholung der erforderlichen Feststellungen und zur erneuten Entscheidung über die Abänderungsklage und die Widerklage der Bekl. an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

IV. Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

Das Berufungsgericht hat es abgelehnt, dem Kl. zusätzlich fiktive Einkünfte aus einer Nebenbeschäftigung zuzurechnen. Dagegen bestehen, falls es hierauf erneut ankommen sollte, keine rechtlichen Bedenken.

Eine über die tatsächliche Erwerbstätigkeit hinausgehende Obliegenheit des Unterhaltspflichtigen zur Erzielung von Einkommen, das diesem insoweit bei der Unterhaltsberechnung fiktiv zugerechnet wird, kann nur angenommen werden, wenn und soweit die Aufnahme einer weiteren oder anderen Erwerbstätigkeit dem Unterhaltspflichtigen unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls zumutbar ist und ihn nicht unverhältnismäßig belastet (BVerfG FamRZ 2003, 661 f. u. FamRZ 1985, 143).

Eine solche unzumutbare Belastung hat das Berufungsgericht nach den getroffenen Feststellungen zu Recht bejaht. Es hat maßgeblich darauf abgestellt, dass der Kl., der in der Zeit von 07.15 bis 16.00 Uhr Bürotätigkeiten zu verrichten hat, psychisch und intellektuell Leistungen erbringen muss, zu denen er schwerlich in der Lage ist, wenn er wegen einer zusätzlichen Arbeit nicht über die erforderlichen Ruhepausen verfügt. Dabei ist noch unberücksichtigt geblieben, dass der Kl. in seiner Erwerbsfähigkeit gemindert ist und sich mehrfach krankengymnastischer Behandlung unterzogen hat, die einigen Zeitaufwand erfordert. Darüber hinaus war er auf seinem Arbeitsplatz ohne einschlägige Vorkenntnisse eingesetzt worden und musste auch deshalb bemüht sein, den an ihn gestellten Anforderungen zu entsprechen.

Abgesehen davon bestimmt das Zeitarbeitsgesetz vom 6. April 1994 (BGBl I, S. 1170) in § 3, dass die werktägliche Arbeitszeit der Arbeitnehmer grundsätzlich acht Stun-

den nicht überschreiten darf. Dabei sind gem. § 2 ArbZG die Arbeitszeiten bei verschiedenen Arbeitgebern zusammenzurechnen. Längere Arbeitszeiten sind nur ausnahmsweise zulässig, wenn innerhalb bestimmter Fristen ein Freizeitausgleich gewährt wird. Bei dem Überangebot an Arbeitssuchenden, das für geringfügige Beschäftigungen zur Verfügung steht, spricht im Übrigen auch die allgemeine Lebenserfahrung nicht dafür, dass solche Stellen an Arbeitnehmer, die ihre Arbeitskraft schon für acht Stunden eingesetzt haben, vergeben werden (vgl. KG Berlin FamRZ 2003, 1208 [1210]).

Hinweise für die Praxis

Der Kl. hatte sich in dem zugrunde liegenden Sachverhalt verpflichtet, für seine drei Kinder insgesamt 1.151 DM Unterhalt zu zahlen bei einem mtl. anrechenbaren Einkommen von über 4.400 DM. Etwa ein Jahr später kündigte er seine Arbeitsstelle und war zunächst arbeitslos. Eine erste Abänderungsklage scheiterte daran, dass der seinen Arbeitsplatz mutwillig aufgegeben hatte und sich sein früheres Einkommen fiktiv zurechnen lassen musste. Einige Jahre später hatte der Kl. eine neue Arbeitsstelle – allerdings mit einem geringeren Einkommen von ca. 1.500 EUR. Nun begehrt der Kl., dem zwischenzeitlich betriebsbedingt gekündigt wurde, erneut die Abänderung, dem das OLG im Wesentlichen entsprochen hat. Auf die Revision der beklagten Kinder hat der BGH die Entscheidung des OLG aufgehoben und zur erneuten Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen.

Im Mittelpunkt der Entscheidung des BGH steht die Frage, welche Auswirkungen es auf die Beurteilung der Leistungsfähigkeit hat, wenn dem zunächst erwerbslosen Schuldner ein fiktives Einkommen zugerechnet wird und er später eine Stelle findet, die schlechter bezahlt ist. Nach Auffassung des BGH ist zu unterscheiden zwischen den Fällen, in denen der Schuldner schuldlos seine Arbeitsstelle verloren hat und sich dann nicht ausreichend um eine neue Stelle bemüht, und den Fällen, in denen dem Schuldner eine mutwillige Aufgabe seiner sicheren Arbeitsstelle vorgeworfen werden kann. Im letzteren Fall muss für eine erfolgreiche Abänderung dargetan werden können, dass die Stelle auch aus anderen Gründen nicht hätte aufrechterhalten werden können (z. B. Krankheit). Ansonsten müsste davon ausgegangen werden, dass der Schuldner bei ansonsten unveränderten Verhältnissen seiner früheren Arbeit weiterhin nachgegangen und ein entsprechend hohes Einkommen erzielt hätte. Dieses sei ihm dann auch fiktiv zuzurechnen, ohne dass der Zeitraum der fiktiven Zurechnung von vornherein begrenzt sei.

In der Praxis ist damit in Bezug auf Abänderungsbegehren von Unterhaltspflichtigen, die nach einem Arbeitsplatzwechsel ein geringeres Einkommen erzielen, danach zu unterscheiden, ob in der Aufgabe des Arbeitsplatzes ein dem Unterhaltsberechtigten gegenüber leichtfertiges Verhalten vorgeworfen werden kann. Ist ein solch leichtfertiges Verhalten erkennbar, kann das höhere Einkommen fiktiv zugerechnet werden bis andere Umstände hinzutreten, die einen Arbeitsplatzverlust oder -veränderung auch des fingierten Arbeitsplatzes plausibel machen (z. B. Insolvenz des Arbeitgebers, Kurzarbeit). Es ist jedoch an dem Unterhaltsschuldner, diese Umstände substantiiert vorzutragen. (CS)