

Beschränkung des Aufstockungsunterhalts nach 'langer' Kindesbetreuung, Vorwirkungen der Reform - und Präklusion ?!

Von Rechtsanwalt und Fachanwalt für Familienrecht Alexander Heumann, Düsseldorf

Die voraussichtlich zum 01.07.2007 in Kraft tretende Unterhaltsrechtsreform¹ wird vermutlich viele Abänderungsklagen auslösen. U. a. solche mit dem Ziel der nachträglichen Beschränkung nahehehlicher Unterhaltsansprüche (§ 1578 b BGB-E). Aufgrund der aktuellen Entscheidungen des BGH vom 12.04.2006 (FamRZ 2006, 1006) und des OLG Düsseldorf vom 17.11.2005 (FamRZ 2006, 1040) - offensichtlich 'im Vorgriff auf die Unterhaltsrechtsreform' erfolgt² - hat die Reform des Unterhaltsrechts für die Anwaltschaft schon jetzt begonnen.³ Diese Entscheidungen werfen auch Fragen zur Präklusion (§§ 323 II ZPO bzw. §§ 242, 313 BGB) von anlässlich der Reform zu erwartenden Abänderungsklagen auf. Insbesondere, soweit es um den (Anschluß-) Aufstockungsunterhalt der geschiedenen Frau nach langer Ehe- bzw. Kinderbetreuungsdauer geht. Diese Fragen können nur im Rückgriff auf grundsätzliche Überlegungen zur Beschränkung des Aufstockungsunterhalts beantwortet werden. Wer die Fortentwicklung der diesbezüglichen Rechtsprechung nachzeichnet, dem offenbart sich eine Art 'Tao des Rechts': Alles fließt. Der Beitrag konzentriert sich auf 'anwaltspraktische' Überlegungen⁴, die anhand eines simpel anmutenden 'Standard'-Falls⁵ entwickeln werden:

Fall: Nach 10-jähriger Ehe wird der Scheidungsantrag zugestellt. F betreut - wie schon während intakter Ehe überwiegend - den zu dieser Zeit 9-jährigen Sohn der Parteien und arbeitet halbschichtig in ihrem erlernten Beruf für € 1.050,-- netto. Schon im Scheidungszeitpunkt (2000) ist vorauszusehen, daß F den Sohn noch bis zu dessen 15./16. Lebensjahr 'betreuen' wird. Dann wird F 46 Jahre alt sein.

Kann M schon im Scheidungsverbund den Geschiedenenunterhalt beschränken, resp. befristen (§ 1573 II BGB) oder der Höhe nach auf den „angemessenen Lebensbedarf“ (§ 1578 I 2 BGB) begrenzen lassen ? Muß er dies sogar versuchen, um spätere Rechtsnachteile zu vermeiden ?

Forts. des Falles: M wurde im Scheidungsverbund - ohne Beschränkung - zur Leistung von Geschiedenenunterhalt verurteilt. 6 Jahre später ist der Sohn mittlerweile 16 Jahre und F arbeitet wieder vollschichtig in ihrem Beruf. In

¹ Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Unterhaltsrechts v. 07.04.2006 (BR-Drucks. 253/06), FamRZ 2006, 670 f. mit Synopse altes Recht /neues Recht-

² Born zu BGH FamRZ 2006, 1006 (1008 f.)

³ Ebenso bemerkenswert: BGH FamRZ 2006, 683 misst neuerdings nicht nur unvermeidlichen, nach Scheidung eingegangenen Verbindlichkeiten, sondern auch dem Hinzutreten weiterer vor- oder gleichrangiger Unterhaltsaspiranten schon bedarfsmindernde Bedeutung zu. In konsequenter Fortsetzung legt das OLG Oldenburg FamRB 2006, 359 (Az. 12 UF 74/06 v. 26.09.06) den Begriff „lange Ehedauer“ i.S.d. § 1582 BGB im Vorgriff auf die Reform „verfassungskonform“ i. S. eines Gleichrangs zwischen kinderloser geschiedener und kinderbetreuender jetziger Ehefrau aus.

⁴ Auf rechtsethische Fragen, die die Reform aufwirft, kann hier nicht eingegangen werden. Welche Härten sich aus der Reform insb. für Mütter aus 1. Ehe ergeben können, verdeutlichen: Schwab FamRZ 2005, 1417, 1421 f.; Klein/Schlechta, FPR 2005, 496 f.; Wersig, FPR 2005, 508 f.

⁵ nach Wendl/Staudigl-Pauling, 6. Aufl. 2004, § 4, Rn 595 c

Anbetracht F's Ausbildung und Fähigkeiten handelt es sich um eine Erwerbstätigkeit, bei der F vermutlich auch ohne Eheschließung und Kindesbetreuung 'stünde'.

- Kann M aufgrund dessen - oder aufgrund des 2001 erfolgten Wechsels zur Surrogatsrechtsprechung - erstmals beschränken lassen ?
- Kann M dies aufgrund des eingangs erwähnten BGH-Urteils vom 12.04.2006 ?
- Situation nach Inkrafttreten der Unterhaltsreform (01.04.2007) ?

I. Derzeitige Gesetzeslage

1. Der Aufstockungsunterhalt - wie auch der Unterhalt wegen Erwerbs-/Arbeitslosigkeit - kann zeitlich befristet werden, wenn ein zeitlich unbegrenzter Unterhaltsanspruch „unbillig wäre“. Das „gilt“ aber „in der Regel nicht“, wenn Kinder *längere Zeit* („nicht nur vorübergehend“) betreut wurden (§ 1573 V 1, 2. HS BGB). Dann scheidet - „in der Regel“ - sogar eine Herabsetzung auf den „*angemessenen Lebensbedarf*“ aus (§ 1578 I 2, 2. HS BGB). Andere Ausprägungen des Geschiedenenunterhalts, insb. wegen Kinderbetreuung, Krankheit und Alters, können - auch bei kinderloser Ehe⁶ - nicht⁷ befristet, sondern allenfalls auf den „angemessenen Lebensbedarf“ herabgesetzt werden. Aber wiederum „*in der Regel* nicht“, wenn Kinder längere Zeit betreut wurden (§ 1578 I 2, 2. HS BGB).

2. Diese Begrenzungs- und Befristungsvorschriften haben bis vor kurzem in der Praxis⁸ stets ein „Schattendasein“⁹ geführt. Zum einen weil der Geschiedenenunterhalt wegen der bis 2001 geltenden 'Anrechnungsmethode' zur Berechnung der Unterhaltshöhe häufig ohnehin gegen Null konvergierte und somit von vorneherein auch ohne ausdrückliche Befristung *de facto* zeitlich begrenzt war. In erster Linie¹⁰ allerdings aufgrund des klaren Gesetzeswortlauts¹¹: („in der Regel nicht“)¹². Der Gesetzgeber hat hiermit deutlich

⁶ Zu welchen Härten dies führen kann, verdeutlicht Ewers FamRZ 2002, 1387 für den Fall des Unterhalts wegen Krankheit nach 5-jähriger Ehedauer noch junger Eheleute. Die Frau war „von Kindheit an krank“: Paradox: Einer der wenigen klaren und eindeutigen Konstellationen, bei der nach der neueren BGH-Rechtsprechung zur Inhaltskontrolle von Eheverträgen ein vorsorgender Ehevertrag möglich ist, ohne am Verdikt der Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB) zu scheitern; wenn aber der Ehevertrag unterblieb, kann „dem Mann“ – ebenso klar - nicht mehr „geholfen“ werden.

⁷ (jedenfalls nicht nach § 1573 V),

⁸ auch nach der Entscheidung BVerfG. FamRZ 1989, 941 zu den 'Kindererziehungszeiten' i. S. d. § 1579 I Nr. 1

⁹ Schwab FamRZ 1997, 521 (524); Grandel, FF 2004, 237, 239; ders.: FF 2005, 303, 305; ders.: FPR 2005, 320; Büte, FPR 2005, 316; Brudermüller FF 2004, 101 (102);

¹⁰ Dies verdeutlicht die Entscheidung BGH FamRZ 2004, 1357, 1360, nach der ausdrücklich die Einführung der Surrogatsrechtsprechung für den Unterhaltspflichtigen keinen Wegfall der Geschäftsgrundlage eines vormaligen Vergleichs bedeutet. Auch Graba FamRZ 2005, 2032, 2033 (li. Sp.) sieht offenbar im Gesetz selbst den primären Grund für das 'Schattendasein'.

¹¹ des Unterhaltsänderungsgesetzes von 1986

¹² Sich hieraus ergebende 'grobe Härten' sollten nach der Vorstellung des Gesetzgebers mit § 1579 I Nr.1 BGB aufgefangen werden, der Beschränkung (oder Versagung) des Unterhalts aber nur bei „kurzer Ehe“ und „grober“ Unbilligkeit vorsieht. Die höchstrichterl. Rechtspr. – zuletzt BGH MDR 1999, 613 - sieht aber nur Ehen mit einer Ehedauer unter 3 Jahren als „kurz“ an.

zu verstehen gegeben, daß er den lebenslangen Geschiedenenunterhalt bei vormalig längerer Kindesbetreuung *grundsätzlich nicht* als „unbillig“ betrachtet. Eine zeitliche Begrenzung des nahehelichen Unterhaltsanspruchs kommt daher – jedenfalls wenn die Ehe ‘lang’ war und der Unterhaltsberechtigte ein gemeinschaftliches Kind längere Zeit überwiegend betreut *hat - nur ausnahmsweise*¹³ in Betracht.

3. Da nach § 1573 V 2, 1578 I 3 die „Kindererziehungszeit der Ehedauer gleich“ steht, beträgt die Ehedauer in Anlehnung an das Altersphasenmodell in den Leitlinien der OLG von vorne herein schon 15/16 Jahre, wenn ein Kind aus der Ehe hervorgegangen ist.¹⁴ Obwohl der BGH immer wieder betonte, daß es eine absolute Grenze nicht gibt, galt nach seiner Rechtsprechung schon eine Ehedauer von 10 Jahren als der „Grenzbereich, ab dem der Ehedauer als Billigkeitskriterium regelmäßig ein durchschlagendes Gewicht für eine dauerhafte Unterhaltsgarantie“ zukommt¹⁵. Weil die Lebenssituation der Partner in der Ehe „durch den gemeinschaftlichen Lebensplan entscheidend geprägt“ würde und „mit Zunahme der Ehedauer eine zunehmende Verflechtung der beiderseitigen Lebensdispositionen sowie im allgemeinen eine wachsende wirtschaftliche Abhängigkeit des unterhaltsbedürftigen Ehegatten“ einherginge, dessen Vertrauen auf naheheliche Solidarität daher schutzwürdig sei.¹⁶ Der Aufstockungsunterhalt nach beendeter langer Kindererziehungszeit erschien daher bislang *grundsätzlich* befristungs- und begrenzungsfest.¹⁷ „Der Gesetzeswortlaut zeigt, daß im Normalfall an eine zeitliche Begrenzung nicht gedacht ist.“¹⁸

¹³ s. BT-Drucks. 10/4514 vom 10.12.1985, S. 21; BT-Drucks. 10/2888, S. 18; und so ausdrücklich noch BGH FamRZ 2004, 1357, 1360; BGH FamRZ 1991, 307, 310; Hahne FamRZ 1996, 305, 307; Wendl-Pauling a.a.O.; Gerhardt /v. Heintschel-Heinigg/Klein, Hdbuch. FA FamR., 2. Aufl., §6, Rn 387; Graba FamRZ 2005, 2032, 2033 li. Sp.: „so daß besondere Umstände im Einzelfall vorliegen müssen, die ausnahmsweise eine Beschränkung rechtfertigen.“ Eine Ausnahme wurde allerdings schon von BGH FamRZ 1990, 492 immerhin für möglich gehalten für den Fall, daß „trotz einer der Kindesbetreuung keine beruflichen Nachteile erlitten“ wurden. Dies müsse der Tatrichter entscheiden; unklar Büte, FPR 2005, 316 f.: einerseits S. 317 li. Sp. oben – andererseits „Lösung Fall 2“, S. 319/320;

¹⁴ Brudermüller FF 2004, 101 (103); Grandel, FPR 2005, 320 (323): die Begrenzungsvorschriften seien daher „weitgehend auf kinderlose Ehen begrenzt“. Zwar hat BVerfG FamRZ 1989, 941 entschieden, dass § 1579 I Nr. 1, 2. HS abweichend vom Wortlaut verfassungsgem. dergestalt auszulegen ist, das erst einmal von der tatsächlichen Ehezeit ohne Kinderbetreuungszeiten auszugehen ist (s. hierzu BGH FamRZ 1990, 492). Fraglich ist, ob diese Entscheidung auch bei der Auslegung von § 1573 V 2 und § 1578 I 3 heranzuziehen ist. Hiergegen spricht, daß es bei § 1579 um Kindesbelange, hingegen bei §§ 1573 V 2, 1578 I 3 um Vertrauensschutz für den Unterhaltsberechtigten geht (a. A. OLG Naumburg FF 2002, 67 mit abl. Anm. Büttner).

¹⁵ so zuletzt explizit BGH FamRZ 2004, 1357 (1360); BGH FamRZ 1990, 857, 859; Wendl / Staudigl - Pauling a.a.O., § 4, Rn 592; OLG Düsseldorf FamRZ 1992, 1439: abgelehnt bei 15 J. Ehedauer; OLG München FamRZ 1992, 441: abgelehnt bei 16 J. Ehedauer

¹⁶ BGH MDR 1999, 613 f., 613 rechts Sp. oben; in Fortführung von BGH FamRZ 1981, 140, 142 und BGH FamRZ 1986, 886, 887 (letzte E. bestätigt durch BVerfGE 80, 286, 293 = MDR 1989, 1073) - Mit dieser Erwägung lehnte der BGH es bei kinderloser Ehe ab, eine Ehedauer von 5 Jahren noch als „kurz“ i. S. d. § 1579 I Nr. 1 zu betrachten, ungeachtet der vermutlichen Konsequenz: lebenslange Unterhaltspflicht.

¹⁷ OLG Düsseldorf FamRZ 1987, 162 (163): „eng auszulegender Ausnahmetatbestand“; ebenso OLG Köln NJW-RR 1995, 1157 (1159). A. A. Brudermüller FamRZ 1998, 652;

Zum Ausgangsfall: Die Ehedauer (bis zum Scheidungsantrag) beträgt in unserem 'Standard-Fall' 10 Jahre. Bis zum Einsetzen der Vollerwerbsobliegenheit der F kommen noch etwa 6 bis 7 Jahre Kinderbetreuungszeit hinzu, zusammen also 16/17 Jahre Ehedauer. Nach bisherigem Gesetzesverständnis musste M mit Anträgen auf Befristung und /oder Begrenzung scheitern. Auch eine höhenmäßige Begrenzung des Betreuungsunterhalts oder späteren Aufstockungsunterhalts scheidet wegen § 1578 I 2 BGB grundsätzlich aus.¹⁹ Die Anwaltschaft hat bei 'solchen' Fällen i. d. R. schon gar keinen Versuch zur Unterhaltsbeschränkung unternommen.

II. Konsequenzen der neuen 'Surrogatsrechtsprechung':

1. 2001 wurde die zuvor jahrzehntelang angewandte 'Anrechnungsmethode' zur Berechnung der Unterhaltshöhe abgeschafft.²⁰ Hierdurch wird der Unterhaltsbedarf größer, da die „ehelichen Lebensverhältnisse“ nachträglich künstlich erhöht werden.²¹ Der Unterhalt konvergiert auch nicht mehr gegen Null, da praktisch immer die '3/7-Differenz' der Einkünfte bleibt. Der BGH merkte in seiner Entscheidung an, der Unterhaltspflichtige werde hierdurch nicht benachteiligt, da es ja die Begrenzungs- und Befristungsvorschriften gäbe.

2. Ungeachtet dessen – und allen anderslautenden Forderungen nach Wegfall der Anrechnungsmethode zum Trotze²² – bekräftigte BGH FamRZ 2004, 1357 erneut, daß sich „eine Ehedauer von 10 Jahren dem Grenzbereich nähern dürfte, in dem ... der Ehedauer als Billigkeitskriterium regelmäßig ein durchschlagendes Gewicht für eine dauerhafte Unterhaltsgarantie“ zukomme.²³ Auch im Umstand

Gerhard FuR 1997, 249. Nur vereinzelt sahen OLG-Senate Ausnahmen von dieser 'Regel': OLG Hamm FamRZ 1995, 1204 befristete nach 16,5-jähriger Ehe- bzw. Kinderbetreuungszeit, da die Ex-Frau „keine ehebedingten Nachteile“ erlitten und – heutzutage ein eher seltener Fall – bei Beendigung der Kindesbetreuung mit 35 Jahren „noch relativ jung“ war. Ebenfalls nach 13-jähriger Ehe- bzw. Kinderbetreuungszeit „ehebedingte Nachteile“ verneinend: OLG Düsseldorf FamRZ 1996, 1416 (1417).

¹⁸ Kalthoener /Büttner, 6. Aufl., Rn 1044

¹⁹ so auch Wendl/Staudigl - Pauling a. a. O. § 4, Rn 595 c (Lösung Fall 1).

²⁰ BGH FamRZ 2001, 986 in Vorwegnahme von BVerfG. FamRZ 2002, 527

²¹ Kritisch zur Surrogatsrechtsprechung: Rauscher FuR 2001, 385 (387 f.) und Muscheler JZ 2002, 661, die auf den Wegfall der Haushaltsführungsleistungen für den Pflichtigen hinweisen. Ähnlich Schürmann, FPR 2005, 292, 294, der darauf hinweist, daß die geschiedene Ehefrau keine „Reproduktionsfunktion“ mehr für den Pflichtigen hat.

²² Scholz FamRZ 2003, 265 (271); Gerhardt FamRZ 2003, 272; Brudermüller FF 2004, 101, 102; Viefhues ZFE 2004, 262; Wendl/Staudigl-Gerhardt, § 4, Rn 591; Schnitzler/Kath-Zurhorst, Münchner AnwaltsHdbuch, 1. Aufl., § 10, Rn 77; Weinreich/Klein, Konkakt-Komm. Fam.-R., 1. Aufl., § 1578 Rn 386

²³ Nach der Einf. der Surrogatsrechtspr. empfahl d. 15. Dt. Familiengerichtstag (FamRZ 2003, 1907) im Hinblick hierauf eine Anwendung des § 1573 V bei einer Ehedauer bis zu 15 Jahren.

OLG Naumburg FF 2002, 67 befristete hingegen nach 23,5 Jahren Ehe- bzw. Kinderbetreuungszeit. In seiner abl. Anm. weist Büttner (FF 2002, 68) zutreffend darauf hin, daß „die Rechtsprechung“ (bis dahin) „noch nie eine Begrenzung bei einer Ehedauer von 20 Jahren ausgesprochen hat“. OLG Hamm FuR 2005, 222 konstatierte: „Zwar wird man nicht generell sagen können, dass die Unterhaltspflicht, wie der Beklagte meint, gemäß dem Grundsatz der Eigenverantwortung ihr Ende finden müsse, sobald der Berechtigte arbeiten

der Beendigung der Kinderbetreuung sah der BGH keinen Grund zur Befristung des Unterhalts:

a) „Lange Ehedauer“:

Eine Ehedauer von 9 Jahren + 8 Jahre Kinderbetreuungszeit = insgesamt 17 Jahre bezeichnete der BGH ausdrücklich als „lang“. Deshalb sei „die Billigkeitsentscheidung des OLG nicht zu beanstanden“.

b) Gesetzliche „Regel“-Bestimmungen der §§ 1573 V 1, 2. HS und 1578 I 2, 2. HS

Der BGH stützt seine Entscheidung ausdrücklich auch auf die eingangs erwähnten gesetzlichen „Regel“-Bestimmungen: Aus den Worten „betreut hat“ im Gesetzestext lässt sich entnehmen, dass jedenfalls bei ‘langen’ *Ehen* der Fortfall der Kindesbetreuung bzw. der Einsatz der Vollerwerbsobliegenheit *in aller Regel kein Grund* ist, den Aufstockungsunterhalt zu beschränken²⁴. Deshalb ist „auch für den voll Erwerbstätigen, dem ein Unterhaltsanspruch nach § 1573 II zusteht, prinzipiell die Lebensstandardgarantie zu beachten“²⁵. Anders - freilich - dann, wenn „bei beiderseitiger Berufstätigkeit die Kinder weitgehend durch Dritte“²⁶ oder eben *zu annähernd gleichen* Teilen von beiden Elternteilen (Beweislast: Der Pflichtige²⁷) betreut wurden. Aber dann liegt eben auch nicht die von § 1573 V 1, 2. HS verlangte „überwiegende“ (und längere) Betreuung durch einen Elternteil vor. „Eine Beschränkung auf ehebedingte Bedürfnislagen lag zwar der Gesetzeskonzeption zugrunde, ist aber nicht Gesetzeswortlaut geworden“²⁸. Für die Annahme, daß es Aufstockungsunterhalt gewissermaßen nur als ‘Sahnehäubchen’ zum laufenden Betreuungsunterhalt i. S. d. § 1570 gäbe, findet sich im derzeitigen Gesetz keine Stütze.

könne und den Verdienst erziele, den er auch ohne die Ehe allenfalls hätte erzielen können. Vielmehr bleibt ein wesentliches Kriterium für die zeitliche Begrenzung von Aufstockungszahlungen, ob sich der Berechtigte wegen der langen Ehedauer zu Recht auf einen Lebensstandard einrichten konnte und eingerichtet hat, den er ohne Unterhaltszahlungen nicht fortführen könnte. Diese Garantie des ehebedingten Lebensstandards muss trotz der den Pflichtigen stärker belastenden Anwendungen der Differenzmethode auch weiterhin gelten. ...“. Hier wurde also immer noch dem Kriterium der *Ehedauer* besonderes Gewicht beigemessen, während das Fehlen ehebedingter Nachteile nicht per se als ausreichend für eine Befristung betrachtet wurde.

²⁴ BGH FamRZ 2004, 1357 (1360 a.E.); Wendl /Staudigl – Pauling a.a.O., § 4, Rn 122; Johannsen/Henrich/Büttner, Eherecht, 4. Aufl., § 1578 Rn 62: Ausschluß nur im Ausnahmefall; ebenso: Graba FamRZ 2005, 2032, 33 li. Sp.; s. auch Büttner in seiner abl. Anm. zu OLG Naumburg FF 2002, 67 (68).

²⁵ Brudermüller FF 2004 101, 105 linke Sp.; Büttner a.a.O., S. 68 oben; Wendl-Pauling, § 4, Rn 122

²⁶ – worauf Brudermüller FF 2004, 101 (104 oben) zutreffend hinweist –

²⁷ BGH FamRZ 1990, 857, 859

²⁸ so zurecht Born FamRZ 2006, 1008 (1009). Auch nach der Reg.-begründung der Unterhaltsrechtsreform (S. 30 Mitte) „bieten die (derzeitigen) §§ 1570 f. BGB keinen hinreichenden konkreten Anhaltspunkt für Billigkeitserwägungen der dargestellten Art“. Obwohl schon BGH FamRZ 1982, 582, 583 (wenn auch zu § 1579 I Nr. 1) deklariert hatte, es sei *unerheblich, wie der Unterhaltsberechtigte stünde, wenn er nicht geheiratet hätte*, hat der Gesetzgeber „insbesondere“ „Ehedauer“ und „Gestaltung von Haushaltsführung und Erwerbstätigkeit“ als Kriterien festgelegt und somit diese Rechtsprechung gebilligt.

c) ‘Teilhaberechtsprechung’ des BVerfG.:

Der Aufstockungsunterhalt beruht nach Auffassung des BVerfG.²⁹ auf dem verfassungsrechtlich begründeten Anspruch des Unterhaltsberechtigten auf gleiche Teilhabe am gemeinsam Erwirtschafteten. ‘Teilhabe’ ist mehr als der Ausgleich „ehebendingter Nachteile“. Schon von daher ist eine Begrenzung des Aufstockungsunterhalts nach dem Maßstab (fortwirkender) ehebendingter Nachteile „nur möglich, wenn besondere Sachgründe ein Abweichen vom Anspruch auf gleiche Teilhabe rechtfertigen“³⁰, m.a.W.: nicht im ‘Standard’-, sondern nur im Ausnahmefall. Der Teilhabegedanke überzeugt zwar allenfalls, soweit er sich auf *bereits Erwirtschaftetes* bezieht (insb. Versorgungs- und Zugewinnausgleich); ob er auch unbegrenzten nahehelichen Unterhalt rechtsethisch trägt, kann bezweifelt werden³¹: „Lebensstandard ist keine feste Größe, sondern muß von den meisten Menschen täglich neu erarbeitet werden“ und „daher keine Eigentumsposition, die es wie einen Gewinn nach der Ehe zu verteilen gilt“.³² Aber die Auffassung des BVerfG. ist nun einmal maßgeblich.

III. Herabsetzung auf den „angemessenen Lebensbedarf“

1. Weniger einschneidend als der Unterhaltswegfall qua Befristung ist die stufenweise Herabsetzung des Unterhalts auf den „angemessenen Lebensbedarf“ (§ 1578 I 2).³³ Die Vorschrift ist auf alle Ausprägungen nahehelichen Unterhalts anwendbar, selbst auf Betreuungsunterhalt, erst recht auf den Anschlussunterhalt i. S. d. § 1573 III. Auch hier gilt jedoch: „*In der Regel nicht*“, wenn der Berechtigte längere Zeit „ein Kind überwiegend betreut hat“ (§ 1578 I 2, 2. HS).

2. Da § 1578 I 2 auch ein Korrektiv für Fälle des ‘Karrieresprungs’ ist³⁴ und „nach Beseitigung der früheren Anrechnungsmethode für eine einengende Auslegung dieses Problems kein Anlass mehr“ besteht³⁵, könnte gerade dies in geeigneten Fällen ein probater ‘Ausweg’ für den Verpflichteten sein:

a) Nach Scheidung eintretende Einkommenssteigerungen können (nur dann) berücksichtigt werden, wenn ihnen eine Entwicklung zugrunde liegt, die aus der

²⁹ BVerfG FamRZ 2002, 527, 529 (so auch BGH FamRZ 2004, 1170 u. FamRZ 2004, 441; Dauner-Lieb /Sanders, FPR 2005, 141, 143); andererseits verlangte BVerfG FamRZ 2002, 1397, 1398 (zu § 1581), den Pflichtigen nicht unzumutbar in seiner allg. Handlungsfreiheit zu beschränken.

³⁰ Maier, Vom Wert des Aufstockungsunterhalts, FamRZ 2005, 1509, 1513

³¹ Braeuer, FamRZ 2006, 1489 (1492), Diederichsen FamRZ 1982, 1 (7); Schwab FF 2002, 164 (171), Grandel FF 2004, 237 (241); Metz, Rechtsethische Prinzipien d. nahehel. Unterhalts, S. 182; „These“ Nr. 1 des Arbeitskreises 16 des 16. Dt. Fam.-Gerichtstages (DFGT), Brühler Schriften zum Familienrecht, Giesecking-Verlag 2006: „*Das Recht auf Teilhabe unterliegt der Beschränkung am Maßstab der Billigkeit*“.

³² zurecht zweifelnd: Schürmann, FPR 2005, 494 (Fn 22)

³³ stets auch von Amts wegen zu prüfen.

³⁴ so ausdrücklich BGH FamRZ 1987, 459

³⁵ Wendl/ Staudigl - Gerhardt a.a.O., S. 644, Rn 246a

Sicht des Scheidungszeitpunktes „mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten war“³⁶. Eigentlich ist das nur bei sog. „Regelbeförderungen“ der Fall.³⁷

b) Bei Veränderungen nach Scheidung muß *der Berechtigte* darlegen und beweisen, dass diese - ausnahmsweise - für die ehelichen Lebensverhältnisse prägend waren. Für den Unterhaltsmaßstab gem. § 1578 BGB ist der Unterhaltsberechtigte darlegungs- und beweisbelastet³⁸. Ebenso dafür, daß nach der Scheidung eingetretene Veränderungen die ehelichen Lebensverhältnisse bereits mitgeprägt haben³⁹ und „daß die Parteien der günstigen Einkommensentwicklung erkennbar schon im voraus und noch während der Ehe einen prägenden Einfluß auf ihre ehelichen Lebensverhältnisse eingeräumt haben“.⁴⁰

Dennoch findet man diesbezüglich bis heute eine gewisse Engstirnigkeit vor.⁴¹

2. Eine abweichende *ehevertragliche* Regelung, mit der der unterhaltsrechtliche Bedarf auf die ehelichen Lebensverhältnisse bei Trennung oder Scheidung begrenzt wird, dürfte allerdings nach wie vor zulässig sein.⁴²

Forts. d. Ausgangsfalls: Fraglos kann M eine Abänderungsklage auf F's Einkommensverbesserung aufgrund deren nunmehr vollschichtigen Tätigkeit stützen.

Der Umstand, daß F jetzt wieder vollschichtig in ihrem Beruf arbeitet, ist jedoch nach

bisheriger h. M. kein hinreichender Grund für eine jetzige Befristung oder Begrenzung des Aufstockungsunterhalts, da F vorher lange Zeit den aus der Ehe hervorgegangen Sohn betreut hat.

IV. Präklusion - trotz Wechsels zur 'Surrogats'-Rechtsprechung'

1. Außerdem ist M mit seinem Antrag auf Befristung und/oder Begrenzung nach der einschlägigen BGH-Rechtsprechung schon '*präkludiert*' (§ 323 II ZPO). Denn die Befristungs- und Begrenzungsvorschriften sind schon bei der erstmaligen Festsetzung des Unterhalts geltend zu machen, wenn die fraglichen tatsächlichen Änderungen schon zu diesem Zeitpunkt „*zuverlässig voraussehbar*“ waren.⁴³

³⁶ so BGH in ständiger Rechtsprechung, zuletzt BGH FamRZ 2006, 683 (685); BGH FamRZ 2003, 590 (592); Palandt-Brudermüller, 62. Aufl., § 1578 Rn 20

³⁷ so auch Braeuer, FamRZ 2006, 1489 (1493), li. Sp. unten

³⁸ BGH NJW 1990, 2886. (Anders nur bzgl. Einkommenssteigerungen zw. Trennung und Scheidung).

³⁹ BGH NJW 1988, 2034; Palandt-Brudermüller § 1578, Rdnr. 81; Clausius, FF 2006, 233 (241)

⁴⁰ BGH NJW 1986, 720; BGH NJW 1988, 2034; Palandt-Brudermüller a.a.O. Rn 20)

⁴¹ Überzeugend hingegen z.B.: OLG Nürnberg OLGR 2004, 83; OLG München FuR 2003, 328; OLG Hamm, Urteil v. 08.10.1993 (Az. 13 UF 151/ 93). Zur Kasuistik: Clausius a.a.O.

⁴² Zimmermann /Dorsel, Eheverträge, 4. Aufl. 2005, S. 258

⁴³ BGH 2004, 1357 (1360): „Die Entscheidung, einen Unterhaltsanspruch von einem bestimmten Zeitpunkt an aus Billigkeitsgründen zu begrenzen ist, setzt nicht voraus, dass dieser Zeitpunkt bereits erreicht ist. Soweit die betreffenden Gründe schon im Ausgangsverfahren ... zuverlässig vorauszusehen waren, mussten sie auch im

„Auch die der Ehedauer hinzuzurechnende Dauer der künftigen Kinderbetreuungszeit (bis zum Eintritt der Vollerwerbsfähigkeit) lässt sich absehen.“⁴⁴

Obwohl § 323 II ZPO nach seinem Wortlaut nur die nachträgliche Geltendmachung von Gründen ausschließt, die seinerzeit bereits „entstanden“, also tatsächlich eingetreten waren, ist es somit grundsätzlich nicht möglich, den Fristablauf erst einmal abzuwarten, um dann später dem Unterhaltsanspruch die inzwischen eingetretene Begrenzung aus Gründen der Billigkeit entgegenzusetzen.⁴⁵ Diese Interpretation des § 323 II ZPO wird auch vom BGH ersichtlich *nur* vertreten, *wenn es um die Begrenzung nahehelichen Unterhalts geht*. Sie ist abzulehnen, da es „kein eindeutiges Kriterium gibt, voraussehbare Umstände, die beim Urteil nach § 258 ZPO berücksichtigt werden müssen, von solchen zu trennen, die der Abänderungsklage vorbehalten werden können“.⁴⁶ Aber die Auffassung des BGH ist vom Anwalt zu beachten.

2. Auch die Einführung der Surrogatsrechtsprechung ist zwar ein Abänderungsgrund für den *Unterhaltsberechtigten*, nicht jedoch für den *Unterhaltspflichtigen*.⁴⁷ Also bleibt M - jedenfalls bis zur Höhe des bisher ausgeurteilten Unterhalts - präkludiert. Verlangt hingegen F ihrerseits anlässlich der neuen Surrogatsrechtsprechung im Rahmen einer Abänderungsklage nunmehr *mehr Unterhalt als bisher*, so ist sie (mit Wirkung ab 13.06.2001) mit diesem Mehrverlangen nicht präkludiert.⁴⁸ M kann sich allerdings dann wohl *hinsichtlich des Mehrbetrags* erstmals auf Befristung und/oder Begrenzung berufen, ohne präkludiert zu sein.⁴⁹ Soweit er nur den status quo verteidigt, ist er nicht präkludiert.⁵⁰ Es kommt für M sodann darauf an, ob auch materiell-rechtlich die Voraussetzungen des § 1573 V oder § 1578 I 2 BGB gegeben sind. Bei 'langen' Ehen, aus denen Kinder hervorgegangen sind, war dies - wie dargelegt - bislang in der Regel nicht der Fall.

Ausgangsverfahren berücksichtigt werden. Die Entscheidung über die Unterhaltsbegrenzung kann dann wegen § 323 II ZPO grundsätzlich nicht i. R. einer Abänderungsklage nachgeholt werden“. BGH FamRZ 2001, 905; BGH FamRZ 2000, 1499 (1501) mit Anm. Gottwald; BGH FamRZ 1986, 886 (888); OLG Düsseldorf FamRZ 1992, 951; Gerhardt /v. Heintschel-Heinig a.a.O., S. 521, Rn 384: „Dies ist in der Praxis der Regelfall.“; Hahne FamRZ 1986, 305 (310); Gerhardt FuR 1997, 524 f.; Brudermüller FF 2004, 101 (106); ders.: FamRZ 1998, 652 f.; Johannsen /Henrich /Büttner, Ehe recht, § 1573, Rn 48; Göppinger/Wax/ Vogel, 7. Aufl., Rn 2395

⁴⁴ so ausdrücklich Wendl-Pauling a.a.O., § 4, Rn 595 a

⁴⁵ Borth, „Beraterhinweis“ zu BGH FamRZ 2006, 1006: FamRB 2006, 264; Büte, FPR 2005, 316 (320); Viefhues /Mleczo, Vorsorge treffen für das neue Unterhaltsrecht, ZAP-Verlag, 1. Aufl. 2006, S. 79; Gerhardt/von Heintschel-Heinegg a.a.O., S. 525.

⁴⁶ Graba, Die Abänderung von Unterhaltstiteln, 3. Aufl. 2004, S. 139; Soyka, Die Abänderungsklage im Unterhaltsrecht, 2. Aufl. 2005, S. 106; Wendl/Staudigl-Thalmann a.a.O., § 8, Rn 140 und 160; 16. Arbeitskreis des 16. DFGT a.a.O., S. 157 („These“ Nr. 2)

⁴⁷ BGH FamRZ 2004, 1357, 1360; a. A.: Brudermüller FF a.a.O. und Arbeitskreis 16 des 16. DFGT a.a.O. in seiner Empfehlung an die Rechtsprechung, S. 158

⁴⁸ BGH FamRZ 2004, 1357 (Prozessvergleich); BGH FamRZ 2001, 1687 (wiederum für den Fall des Prozeßvergleichs, implizit aber auch für abzuändernde Urteile, vgl. Anm. Gottwald 1691 (1692))

⁴⁹ BGH FamRZ 2000, 1499 (1501) mit Anm. Gottwald (1502) und Ludwig FamRZ 02, 230

⁵⁰ BGH FamRZ 1987, 259; 1990, 1335; 1992, 162 und 1998, 99, Ludwig a.a.O.

V. Bedeutung eines späteren Wechsels der Anspruchsgrundlagen ?

Wenn der Berechtigte trotz Kindesbetreuung teilerwerbstätig ist, gründet sich sein Unterhaltsanspruch teilweise auf § 1570 und teilweise schon auf § 1573 II BGB.⁵¹ Die Anteile verschieben sich mit zunehmendem Kindesalter quasi wie Zins und Tilgung bei der Annuität. Und wenn die Kindesbetreuung gar keine Erwerbstätigkeit erlaubt, liegt nach Auffassung des BGH sogar *ausschließlich Betreuungsunterhalt* vor, ohne daß es auf die Frage des fiktiven Verdienstes bei gedachter Erwerbstätigkeit ankäme.⁵² Da eine Befristung des Betreuungsunterhalts per se nicht zulässig ist - § 1573 V verweist nur auf „Unterhaltsansprüche nach Absatz I bis IV“ - kann der Befristungseinwand m. E. allenfalls hinsichtlich des schon im Ausgangsverfahren auf § 1573 II BGB gestützten Teils bzw. Betrags präkludiert sein.⁵³ BGH FamRZ 2000, 1499 hingegen bestätigt eine Präklusion ausdrücklich auch für den Fall, daß „die Rechtsgrundlage des Unterhaltsanspruchs ... nicht festgelegt worden war“; dies könne „dahinstehen“. In anderen Entscheidungen äußert er allerdings „Bedenken“ i. H. auf die Möglichkeit späterer Abänderungsklagen, wenn im Ausgangsurteil keine Differenzierung nach Anspruchsgrundlagen erfolgt ist.⁵⁴

Zum Ausgangsfall: Im Scheidungszeitpunkt verdiente F aufgrund ihrer Halbtagsstätigkeit (netto) € 1.050,-, bei gedachter Vollerwerbstätigkeit hingegen € 2.100,-. Somit handelte es sich damals in Höhe von $3/7 * € 1.050,- = € 450,-$ um Betreuungsunterhalt (§ 1570). M. E. kann M jedenfalls bis zu diesem Betrag nicht präkludiert sein kann.⁵⁵ Eine derartige ‚teilweise Präklusion‘ wird aber bislang nicht diskutiert.

VI. Wie kann der (teilweisen) Präklusion entgegengewirkt werden ?

1. Was, wenn M im seinerzeitigen Erstprozeß einen *Vergleich* ohne Befristung oder Begrenzung mit F geschlossen hätte ? Zwar gelten bei der Abänderung von Prozeßvergleichen die Präklusionsvorschriften der § 323 II und III nicht⁵⁶; die Abänderung richtet sich vielmehr nach „materiellem Recht“⁵⁷. Die h. M. erkennt

⁵¹ Gerhardt /v. Heintschel-Heinegg a.a.O., S. 527, Rz 384; Wendl/Staudigl a.a.O., §4, Rz 595c

⁵² BGH FamRZ 1990, 492 (493)

⁵³ a. A. offenbar Gerhardt/von Heintschel-Heinegg a.a.O. S. 527

⁵⁴ BGH FamRZ 2001, 1687 (1691) mit Anm. Gottwald; BGH FamRZ 1990, 492 (493). BGH FamRZ 2004, 1357 konnte der Frage elegant ausweichen, da das Kind bei der Ausgangsentscheidung schon 16 Jahre alt war und der Wegfall des Betreuungsunterhalts jedenfalls schon „unmittelbar bevorstand“.

⁵⁵ Die Höhe des präkludierten Teils, der ‚von der Sache her‘ *Aufstockungsunterhalt* gem. § 1573 II (AU) war, hängt von der Höhe des Einkommens des Verpflichteten (EV) ab bzw. von der Differenz zum Einkommen des Berechtigten bei gedachter Vollerwerbstätigkeit: $AU = (EV - EB) * 3/7$.

⁵⁶ BGH-GSZ FamRZ 1983, 22

⁵⁷ BGH FamRZ 2001, 1687 (1690); Zöller-Vollkommer, ZPO, 24. Aufl. 2004, § 323, Rn 44 m.H.a. BGHZ 85, 73; 148, 374

aber in diesen Fällen keine Störung der „Geschäftsgrundlage“ im Sinne von § 242 BGB (bzw. jetzt: § 313 BGB) an.⁵⁸ Somit tritt die Präklusion selbst aufgrund außergerichtlicher Vergleiche ein. M wäre also auch in diesem Falle (teilweise) präkludiert. Auch wenn M eine einseitige *notarielle Urkunde* (§§ 323 IV i.V.m. 794 I Nr.5 ZPO) ohne Beschränkung für F erstellt hätte, würde nichts anderes gelten.⁵⁹ Unerheblich wäre es insoweit auch, wenn es sich seinerzeit um ein Versäumnis-⁶⁰ oder Anerkenntnisurteil gehandelt hätte.

2. Konsequenzen für die anwaltliche Praxis:

- a) Auf Grundlage der Auffassung des *BGH* muß der Berechtigte seinen Anspruch gfs. *zeitlich und höhenmäßig gestaffelt* gelten machen, um Kostennachteile zu vermeiden, weil die Klage sonst teilweise abzuweisen wäre.⁶¹
- b) Der Verpflichtete muß, um späterer Präklusion zu entgehen, schon im Ausgangsverfahren die Beschränkung des Geschiedenenunterhalts geltend machen. Wenn das Gericht das – erwartungsgemäß, wie etwa im Ausgangsfall – ablehnt, kommt es wesentlich darauf an, ob und gfs. welche Begründung in den Urteilsgründen erfolgt. Wenn überhaupt keine Begründung erfolgt, wird man wohl auch noch kostenpflichtig in Berufung gehen müssen - und sei es nur, um zu erreichen, dass das OLG ausdrücklich in den Urteilsgründen anmerkt, dass „derzeit keine sichere Prognose möglich“⁶² sei oder dergl. Denn dann kann man sich im späteren Abänderungsprozesses darauf berufen, dass die Fakten jetzt vorhanden oder die Prognose jetzt besser zu treffen sei.⁶³
- c) Soweit es um eine Herabsetzung auf den angemessenen Lebensbedarf nach § 1578 I 2 BGB geht, besteht die Präklusionsproblematik in gleicher Weise. Schon im Erstverfahren „ist“ der Zeitpunkt, von dem an die Beschränkung eintritt, auf einen *hilfsweise gestellten Feststellungsantrag* bzw. auf Feststellungswiderklage hin festgelegt werden.⁶⁴
- d) Wird vom Verpflichteten allerdings ein *befristeter* Titel vorgelegt (und der titulierte Unterhalt pünktlich und vollständig geleistet), fragt sich, ob der Unterhaltsberechtigte gleichwohl auf unbefristeten Unterhalt klagen kann oder

⁵⁸ BGH FamRZ 2004, 1357, 1360; BGH FamRZ 2001, 905; BGH FamRZ 1995, 665, 666; BGH FamRZ 1986, 790; Graba, Die Abänderung von Unterhaltstiteln, Rz. 62; Bergschneider, Verträge in Familiensachen, 3. Aufl. 2006, Rn 377. Anders nur, wenn im Vergleich spätere Befristung ausdrücklich vorbehalten blieb (s. OLG Hamm FamRZ 1994, 1392; Gerhardt FuR 1997, 249; Büte FRP 2005, 316, 319)

⁵⁹ s. OLG Düsseldorf OLG-Report 1996, 221, 222; Eschenbruch, Unterhaltsprozeß, 4.Aufl., Rn 1423

⁶⁰ BGH FamRZ 2004, 1357 (1358 und 1360); BGH FamRZ 2001, 1667; BGH FamRZ 1982, 792 (793)

⁶¹ so ausdrücklich Wendl-Pauling a.a.O., § 4 Rn 595a.

⁶² Wendl-Pauling a.a.O., § 4, Rn 595b; BGH FamRZ 2000, 1499 (1501); OLG Düsseldorf FamRZ 1996, 1416

⁶³ s. OLG Düsseldorf FamRZ 1996, 1416; Eschenbuch, Unterhaltsprozeß, Rn 1423

⁶⁴ Wendl-Pauling a.a.O., § 4, Rn 595a; OLG Düsseldorf FamRZ 1992, 951; Büte FRP 2005, 316 (319); Gerhardt FUR 1997, 249; Weinreich /Klein a.a.O., § 1578, Rn 248

warten muß, bis die Frist abgelaufen ist. Bislang ungeklärt⁶⁵, daher als Versuch empfehlenswert. Zumal das Prozeßkostenrisiko aufgrund des Titels schrumpft.

VII. Die Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 17.11.2005⁶⁶:

1. Unbeirrt von der Entscheidung BGH FamRZ 2004, 1357⁶⁷ befristete der 7. Familiensenat des Oberlandesgericht Düsseldorf im November 2005 nach 28-jähriger Ehe, aus der ein Kind hervorgegangen war, den Geschiedenenunterhalt auf 5 Jahre.⁶⁸ Der Ehefrau war es nach der Trennung gelungen, zunächst halbtags und kurze Zeit darauf wieder vollschichtig in ihrem erlernten Beruf als Sozialpädagogin zu arbeiten. Hierin erblickte das Gericht eine „Entflechtung“ der beiderseitigen Verhältnisse. Ein zeitlich unbefristeter Unterhalt scheide deshalb aus.

Im übrigen sei die Frau aufgrund ihres hierbei erzielten monatlichen Nettoeinkommens von mehr als 1.700,- € nunmehr selbst in der Lage, auch dauerhaft ihren „angemessenen Lebensstandard“ zu erwirtschaften. Das Ergebnis wurde schließlich auch dadurch untermauert, dass „beide“⁶⁹ Parteien über nicht unerhebliche Rücklagen aus einem Verkauf des gemeinsamen Einfamilienhauses“ verfügten und die Antragstellerin eine „nicht unerhebliche Altersvorsorge aus dem Versorgungsausgleich“ zu erwarten hätte.

2. Dies kann mit Fug und Recht als „neue Linie“⁷⁰ bezeichnet werden. Auf die gesetzliche „Regel“ des § 1573 V 1, 2. HS wurde gar nicht mehr eingegangen. Da ein Kind aus der Ehe hervorgegangen ist, das von der Frau längere Zeit überwiegend betreut worden war, hätte eingehend begründet werden müssen, warum eine *Ausnahme* von der gesetzlichen Regel vorliegt, denn der Eintritt ‘ehebendingter Nachteile’ wird in diesen Fällen quasi gesetzlich vermutet. Die Entscheidung ist zwar vom eigentlichen Sinn des Unterhaltsrechts - Ausgleich von Bedürftigkeitslagen - her begrüßenswert. Wie sich schon aus den vorangegangenen Ausführungen ergibt, ist sie aber mit dem derzeitigen Gesetzeswortlaut kaum in Einklang zu bringen.

⁶⁵ Zu den Kosten der Titulierung, für die der Unterhaltsberechtigte sich nach h. M. bereits in der Titulierungsaufforderung an den Pflichtigen ‘stark machen’ muß, um dessen sofortigen Anerkenntnis (mit Kostenfolge § 93 ZPO) im Prozeß zu entgehen: OLG Düsseldorf FamRZ 1984, 725 und FamRZ 1994, 117; OLG Köln FamRZ 1997, 822; OLG Stuttgart FamRZ 2001, 1381; OLG Hamm FamRZ 1983, 69

⁶⁶ OLG Düsseldorf v. 17.11.2005, Az. II-7 UF 111/05, FamRZ 2006, 1040

⁶⁷ S. oben II.2.

⁶⁸ ähnlich OLG Hamm FamRZ 2005, 1177 (1179); OLG Karlsruhe FamRZ 2005, 1179; a. A.: KG FamRZ 2005, 458 (Befristung nach 17-jähriger Ehe nur im Ausnahmefall); Brudermüller FamRZ 1998, 649 (660): „Bei langer Ehedauer erscheint es unter dem Gesichtspunkt fortwirkender personaler Mitverantwortung allerdings gerechtfertigt, dass ein fortdauernder Unterhaltsanspruch auch dann in Betracht kommt, wenn keine ehebendingten Nachteile entstanden sind.“

⁶⁹ m. E. wichtig im Hinblick auf § 1577 III BGB: ist auch der Pflichtige in gleicher Weise wie der Berechtigte vermögend, wurde es bislang i. d. R. als „unbillig“ betrachtet, den Berechtigten auf den Verbrauch der Vermögenssubstanz zu verweisen.

⁷⁰ Maes, Anm. zu OLG Düsseldorf v. 17.11.2005, JURIS PraxisReport 11/2006, Seite 1

Abgesehen davon: Wenn der Frau die Rückkehr ins Erwerbsleben bis zur Berufungsentscheidung (noch) nicht gelungen wäre - sie sich vielleicht auch gar nicht hinreichend darum bemüht hätte -, wäre ihr zwar u. U. ein fiktives Einkommen aus vollschichtiger Erwerbstätigkeit angerechnet worden; eine Befristung - auf 5 Jahre zumal - wäre aber weniger wahrscheinlich gewesen.⁷¹ Nachdem für Unterhaltsverpflichtete schon immer Fleiß, Leistungsfähigkeit - oder schlicht Glück bei der Karriere - die Belastung mit entsprechend höheren Unterhaltspflichten nach sich zogen, scheint das Prinzip der 'Bestrafung von Leistung' nunmehr auch auf Unterhaltsberechtigte angewendet zu werden - nachdem es doch gerade durch die Surrogatsrechtsprechung beseitigt werden sollte. Auf Seiten des Berechtigten hat es allerdings aber auch etwas größere Berechtigung: Nach § 1569 wie auch § 1577 I BGB besteht eben gerade kein Unterhaltsanspruch für den Berechtigten, „solange und soweit er sich aus seinen Einkünften und seinem Vermögen selbst unterhalten *kann*.“ Daher ist der der Surrogatsrechtsprechung zugrunde liegende rechtsethische Gedanke - der Unterhaltsberechtigte sollte nicht 'für den Unterhaltsverpflichteten' arbeiten müssen - m. E. mit Grundgedanken des Unterhalts an und für sich nicht vereinbar.

VIII. Die BGH-Entscheidung XII. ZR 240/03 vom 12.04.2006⁷².

Am 12.04.2006 bestätigt sodann der BGH eine Entscheidung des OLG Frankfurt, in der der Geschiedenenunterhalt nach 15 Jahren Ehedauer auf 10 Jahre (= 2/3 der Ehezeit) befristet wurde. U. a., weil die Ehefrau im Zeitpunkt der Scheidung erst 40 Jahre alt war. Dies erscheint relativ 'undramatisch' und kaum der Erwähnung wert, wenn man bedenkt, daß es sich um eine *kinderlose* Ehe handelt. Besonderheit hier allerdings: Der beiderseitige Kinderwunsch der Parteien hatte zu einer *Fehlgeburt und anschließendem Adoptionsantrag* geführt, so dass die Frau ihre ganztägige Berufstätigkeit für volle 5 Jahre eingestellt hatte und *seither nur halbschichtig arbeitet*. Die Situation war also durchaus mit der Geburt eines Kindes vergleichbar, so dass man an eine analoge Anwendung des § 1573 V 1, 2. Halbsatz BGB („gilt in der Regel nicht“) denken könnte. Andererseits hatte die Frau die Zeit der Unterbrechung der Erwerbstätigkeit genutzt, um einen 18-monatigen Sekretärinnenkurs zu absolvieren. Die 'KruX' sind die Leitsätze der Entscheidung: Künftig kommt es nicht mehr auf die Ehedauer an; sondern vielmehr allein - oder jedenfalls *primär* - auf die Frage, ob die Einkommensdifferenz zwischen den Ehegatten auf „*fortwirkenden ehebedingten Nachteilen*“ zulasten des Unterhaltsberechtigten beruht. Nur wenn das Gefälle im Qualifikationsniveau der Ex-Gatten „ehebedingt“ sei, scheide eine Befristung des Unterhaltsanspruchs aus. Und nur unter dieser Voraussetzung wird es künftig eine 'Teilhabe' am höheren Qualifikationsniveau des Pflichtigen geben.

⁷¹ s. aber die aktuelle BGH-Entscheidung nachstehend IX.

⁷² FamRZ 2006, 1006 mit Anm. Born

In offensichtlicher Anlehnung an die Rechtsprechung des BGH zur Inhaltskontrolle von Eheverträgen⁷³ und „im Vorgriff auf die Unterhaltsrechtsreform“⁷⁴ wurde hiermit das gesetzlich geregelte Regel-Ausnahme-Verhältnis⁷⁵ ⁷⁶ praktisch endgültig auf den Kopf gestellt. Es handelt sich um einen durchaus 'revolutionären' Paradigmenwechsel: Nunmehr wurde statt der Ehedauer die Frage nach den „(fortwirkenden) ehebedingten Nachteilen“ und anstatt des 'vollen Unterhalts' i.S.d. § 1578 I 1 nur noch der „angemessene Lebensbedarf“ i. S. d. § 1578 I 2 zum neuen 'Maß aller Dinge' erklärt.⁷⁷ Aber Maßstäbe wie „ehebedingte Nachteile“, 'negatives Interesse' oder 'Kausalität der Ehe für die Bedürftigkeit' lassen sich – wie dargelegt – weder mit dem verfassungsrechtlichen Teilhabeanspruch, noch mit dem Wortlaut der jetzigen Normen, sondern allenfalls mit den *zukünftigen* Vorschriften in Einklang bringen, die aber erst zum 01.04.2007 in Kraft treten sollen.⁷⁸ In vielen Fällen wird sich auch ex post kaum entscheiden lassen, ob die Ex-Frau „gerade durch die Ehe gehindert worden“ war, „ihr Qualifikationsniveau zu steigern“.⁷⁹ Schwer zu entscheiden ist, ob z.B. eine nach Kinderpause wieder vollschichtig als solche arbeitende Sekretärin jetzt – hypothetisch - mehr verdienen würde, wenn seinerzeit keine Reduzierung der Erwerbstätigkeit erfolgt wäre.⁸⁰ Die Frage ist – so zugespitzt – ungewohnt, wie die Rechtsprechung, die sie aufwirft. Kommt es z. B. darauf an, ob der Ehemann mit der Reduzierung der Erwerbstätigkeit explizit - oder stillschweigend - einverstanden war oder diese sogar von seiner Frau verlangt hatte? Das könnte in Prozessen eine andere Art 'schmutziger Wäsche' werden, die bislang nur selten entscheidungserheblich war: Etwa im Zusammenhang mit Fragen zur „Unbilligkeit“ des Versorgungsausgleichs (§ 1587 c BGB). Muß man künftig praktisch die gesamte gemeinsam verbrachte Zeit in punkto Haushaltsführung, Erwerbstätigkeit und Kinderbetreuung (bzw. Kinderwunsch) in endlos wechselnden Schriftsätzen 'Revue passieren' lassen?

Zurück zum Ausgangsfall: Auf Grundlage der Entscheidung BGH FamRZ 2006, 1006 – wie auch aufgrund der o. g. Entscheidung des OLG Düsseldorf - könnte M

⁷³ BGH FamRZ 2004, 601, 608 in Umsetzung von BVerfG. FamRZ 2001, 343 und 985; Wendel/Staudigl-Pauling a.a.O., § 4 Rz. 50; Bergschneider a.a.O. Rz. 144 f.

⁷⁴ hierfür den BGH lobend: Born FamRZ 2006, 1008, 1010

⁷⁵ Schwab FamRZ 1997, 521, 524; Grandel FF 2004, 237, 239; Graba FamRZ 2005, 2032, 2033; Hohloch FF 2005, 217, 223

⁷⁶ „in der Regel nicht“, also: grundsätzlich keine Begrenzung, wenn die Ehedauer unter Einschluß der Kinderbetreuungszeiten „lang“ ist und Kinder längere Zeit betreut wurden

⁷⁷ Borth FamRB 2006, 263 (264), Anm. zu BGH FamRZ 2006, 1006; Menne FF 2006, 175, 182

⁷⁸ so auch Graba FamRZ 2005, 2032 (2033 re. Sp. Mitte)

⁷⁹ s. BGH a.a.O., 1007, re. Sp. Unten

⁸⁰ BGH XII ZR 190/03 v. 25.10.06 – n. n. veröffentl. – hebt eine unterhaltsabweisende Entscheidung des OLG Schleswig (kinderlose Ehe von nur 11-jähriger Dauer) auf, weil die Beurteilung ehebedingter Nachteile – und damit die Frage einer Befristung nach § 1573 V - nicht ohne Klärung der hypothetischen Einkommensentwicklung möglich sei. I. ü. bekräftigt der BGH, dass i.R.d. Billigkeitsprüfung u. a. auch das „*Verhältnis des Unterhaltsbetrages zu den verbleibenden Mitteln des Pflichtigen*“ zu berücksichtigen ist.

den Unterhalt m. E. befristen, da F trotz längerer Kindesbetreuung keine fortwirkenden ehebedingten beruflichen Nachteile erlitten hat, sondern mittlerweile vollschichtig in dem Beruf arbeitet, der ihrer Ausbildung und ihren Fähigkeiten entspricht. Da aber der BGH nicht explizit von einer „Änderung“ seiner Rechtsprechung spricht, liegt kein „Abänderungsgrund“ i. S. d. § 323 ZPO vor.⁸¹ M ist daher weiterhin mit seinem Befristungs- und Begrenzungsbegehren ‚präkludiert‘.⁸²

Wäre dieses BGH-Urteil schon vor 10 Jahren ergangen, hätte es vermutlich viele Abänderungsklagen hervorgerufen. Dadurch, daß der BGH keine „Änderung“ seiner Rechtsprechung einräumt, setzt er die Anwaltschaft ohne Not Haftungsgefahren aus, frei nach dem Motto: Wie man es auch macht(e), macht(e) man es falsch.

IX. Kommende Rechtslage (Unterhaltsrechtreform):

1. Ab 01.04.2007 können – wenn die Reform wie geplant in Kraft tritt – sämtliche Unterhaltsansprüche – einschließlich des Kinderbetreuungsunterhalts i.S.d. § 1570 BGB – nach „Billigkeit“ zeitlich begrenzt wie auch betragsmäßig auf den „angemessenen Unterhaltsbedarf“ herabgesetzt werden.

2. Für die hier untersuchten Fälle (‘lange’ Ehedauer mit Kindern) noch bedeutsamer:

a) Die bisherigen gesetzlichen Normen, denen zufolge bei vormaliger längerer Kindesbetreuung „in der Regel“ weder Befristung, noch Herabsetzung des Unterhalts möglich ist⁸³, sind ersatzlos entfallen. Vielmehr führt § 1578 b Satz 2 BGB-E nunmehr insoweit explizit und „insbesondere“ den Maßstab der „durch die Ehe“ eingetretenen „Nachteile“ ein.

b) Auch § 1573 V Satz 3 BGB ist vom Gesetzgeber ‚gestrichen‘ worden, so daß die Kinderbetreuungszeit nicht mehr der Ehedauer „gleichsteht“. Sie ist nur noch als einer von mehreren Aspekten bei der Frage der ehebedingten Nachteile zu berücksichtigen (§ 1578 b Satz 3 BGB-E).

⁸¹ BGH FamRZ 2001, 1687; BGH FamRZ 2003, 848; OLG Düsseldorf FamRZ 2002, 1574; OLG Hamm FamRZ 2003, 50: Die explizite „Änderung“ der BGH-Rechtsprechung ist ‚Abänderungsgrund‘.

⁸² Im Falle BGH FamRZ 2006, 1006 wurde eine Präklusion gemäß § 323 II ZPO ausdrücklich verneint. Die Parteien hatten in einem 1997 geschlossenen Prozessvergleich Geschiedenenunterhalt in Höhe von monatlich 1200 DM *befristet* bis Ende Mai 2001 vereinbart (ohne den Unterhalt für die Zeit darauf verzichtsweise auszuschließen). Allerdings waren in der ursprünglichen Scheidungsfolgenvereinbarung von 1993 bereits monatlich 800 DM – offenbar ohne Befristung – vereinbart worden. Infolgedessen hätte sich die Frau im 2. Prozess jedenfalls in dieser Höhe gar nicht auf eine Befristung einlassen müssen, da der Mann bis zu dieser Höhe bereits mit einem Befristungsverlangen präkludiert war. Der Mann wäre dann auch im späteren 3., bis zum BGH geführten Prozess, der wohl anlässlich des Wechsels zur Surrogatsrechtsprechung erfolgt ist, bis zur Höhe von 400,- € präkludiert gewesen. (Andererseits hat die Frau im 2. Vergleich höheren Unterhalt, als im 1. Vergleich erhalten.)

⁸³ (§§ 1573 V 1, 2.HS; 1578 I 2, 2. HS BGB)

Kann M also im Juli 2007 den Geschiedenenunterhalt befristen oder begrenzen lassen ?

3. Nach der derzeit geplanten Überleitungsvorschrift **§ 35 Nr. 1 EGZPO-E** können „Umstände, die vor (Inkrafttreten der Reform) entstanden sind und **durch die (Reform)** erheblich geworden sind“, ohne Beschränkung durch die Präklusionsvorschrift des § 323 II ZPO geltend gemacht werden, sofern hierdurch eine „wesentliche Änderung“ eintritt, die dem anderen Teil unter Berücksichtigung des Vertrauensschutzes „zumutbar“ ist.⁸⁴

§ 35 Nr. 2 EGZPO-E. lautet insoweit explizit: *„Die in Nr. 1 genannten Umstände können bei der erstmaligen Änderung eines vollstreckbaren Unterhaltstitels nach dem 1. April 2007 ohne die Beschränkungen des § 323 II ZPO und des § 767 II ZPO geltend gemacht werden.“* Auch wenn vereinzelt „absoluter Bestandschutz für Altfälle“ gefordert wird⁸⁵, sollen Abänderungsklagen demnach nur an der Wesentlichkeitsgrenze⁸⁶ oder der Zumutbarkeitsschranke⁸⁷ scheitern dürfen, nicht jedoch an § 323 II ZPO.

4. Was aber, wenn im Erstprozeß oder in Folgeprozessen eine schon nach alten Recht „*gebotene*“ Begrenzung nach § 1573 V, 1567 I 2 BGB nicht erfolgt ist ? Ist man dann dennoch präkludiert ? So jedenfalls Borth⁸⁸ mit dem Argument, der neue § 1578 b BGB-E sei *„weitgehend identisch“*, wodurch zur Begrenzung berechtigende Umstände durch die Reform *„keine rechtliche Neubewertung“* erführen. Somit stellt sich bei vielen Ehen, die eine Ehe- bzw. Kinderbetreuungsdauer aufweisen, welche man bisher üblicherweise als 'lang' eingestuft hat (ab ca. 15 Jahre) die Frage nach dem *Beurteilungsmaßstab* für die Frage der „Gebotenheit“ einer Begrenzung: Die 'traditionelle' überwiegende Rechtsprechung von 1986 bis 2005 ? Oder die Entscheidung BGH FamRZ 2006, 1006, die im Vorgriff auf die Reform dem Maßstab der „fortwirkenden ehebedingten Nachteile“ eine weitaus größere Bedeutung als der Ehedauer beimisst ?

Manche meinen – ähnlich wie Borth – : Durch die geplante Reform des Unterhaltsrechts ändere sich in punkto zeitliche Begrenzung des Geschiedenenunterhalts nichts Grundlegendes⁸⁹. Auf Grundlage dieser

⁸⁴ s. BR-Drucks. 253/06, FamRZ 2006, 670, 675

⁸⁵ Weber FPR 2005, 511 f.

⁸⁶ § 323 I ZPO, nach der Rechtsprechung ca. 10 % des Unterhaltsbetrags

⁸⁷ „Zumutbarkeit“ einer Abänderung kann z. B. auch dann entfallen, wenn der Unterhalt in einer *Scheidungsfolgenvereinbarung zusammen m. anderen Regelungsbereichen* (Zugewinnausgleich/ Versorgungsausgleich) geregelt wurde, da dann häufig nicht ein einzelner Bereich isoliert geändert werden kann (BT-Drucks. 16/1830 v. 15.06.06, S. 33; Schwab FamRZ 2005, 1417 (1425))

⁸⁸ Borth FamRZ 2006, 813, 820/821; ebenso Menne, FF 2006, 220 (227)

⁸⁹ Grandel, FF 2005, 303 f. *„BGH und Unterhaltsbefristung - bleibt alles beim Alten?“*; Graba, FamRZ 2005, 2032, (2033): *„Abgesehen von kleinen Ergänzungen enthält der Entwurf zu den Begrenzungsfragen nichts Neues“*. Willutzki, FPR 2005, 505: *„Die Grundlagen des Unterhaltsrechts sind weitgehend unangetastet geblieben“*. Hohloch, FF 2005, 217 f. (224): *„Noch nicht zu sehen ist freilich, dass § 1578 b des Entwurfes insoweit eine große Veränderung*

Interpretation wäre M erneut präkludiert. Andere betonen den durchaus revolutionären Charakter der anstehenden Reform⁹⁰. Entgegen Borth ist § 1578 b BGB-E – wie aufgezeigt – jedoch keineswegs „identisch“ mit den bisherigen Regelungen §§ 1573 II, 1578 I 2 BGB. Der Unterschied im Wortlaut der neuen Vorschrift gegenüber der alten Vorschrift – siehe oben XI.2.a) und b) – ist gravierend und betrifft gerade 'lange' Ehen, aus denen Kinder hervorgingen.⁹¹ Bislang haben § 1573 V und § 1578 I 2 hier „für den Regelfall den unbefristeten Unterhalt nach den ehelichen Lebensverhältnissen vorgeschrieben“.⁹² Nach der amtlichen Begründung des Gesetzesentwurfs verfolgt der neue § 1578 b hingegen „das Ziel, die Beschränkungen von Unterhaltsansprüchen anhand objektiver Billigkeitsmaßstäbe und hier insbesondere an Hand des Maßstabs der ehebedingten Nachteile *zu erleichtern*“.⁹³ Für die Frage der 'Gebotenheit' eines rechtzeitigen Abänderungsbegehrens bzw. – im Falle des Unterlassens – der Präklusion kann daher m. E. nur die 'ältere Linie' der Rechtsprechung als Maßstab herangezogen werden. Nach der Gesetzesbegründung soll „Nr. 2 der Übergangsvorschrift ermöglichen, die in Nr. 1 beschriebenen Umstände bei der erstmaligen Änderung des Titels *ohne Gefahr einer Präklusion* in das Verfahren einführen zu können.“⁹⁴ Eine andere Interpretation der Übergangsvorschrift wäre im Hinblick auf die dargelegte *Rechtsentwicklung* geradezu schikanös.

Ergebnis des Ausgangsfalles nach Inkrafttreten der Reform

M ist nach Inkrafttreten der Unterhaltsreform mit einem Befristungs-/Begrenzungs-Antrag m. E. nicht mehr präkludiert. Die Möglichkeit einer Abänderungsklage ist auch ohne Veränderung der tatsächlichen bzw. vorhersehbaren Umstände eröffnet; es reicht insoweit die Änderung der *Rechtslage* durch die anstehende Unterhaltsrechtsreform.⁹⁵ Abgesehen von der Kinderbetreuungszeit hat die im Jahr 2000 geschiedene Ehe nur 10 Jahre gewährt. Sogar ein völliger Wegfall des Geschiedenenunterhalts gem. § 1578 b II BGB-E. erscheint nach ca. 2/3 der Ehedauer – hier also sofort ab Juli 2007 – durchaus möglich.

der derzeit gehandhabten Anwendung von § 1573 Abs. 5. bewirken kann.... Die Konkretisierungen in der Billigkeitsprüfung in § 1578 b Abs. 1, S. 2 und 3 BGB-E bringen insofern keine signifikante und zur Veränderung der Rechtsprechung Anlass gebende Veränderungen des Gesetzesinhalts“.

⁹⁰ Schwab a.a.O., 1424; Weber FPR 2005, 511 f. a. A. Willutzki, ZKJ 2006, 334, 343.

⁹¹ so auch Schwab a.a.O., 1423 re. Sp. oben i.Z.m. der neuen 'Rangordnung'

⁹² Graba FamRZ 2005, 2032 (2033).

⁹³ BT-Drucks. 16/1830 vom 15.6.2006 (Seite 18, rechte Sp.)

⁹⁴ BT-Drucksache 16/1830 vom 15.6.2006 (Seite 34)

⁹⁵ So im Ergebnis auch Schwab a.a.O., 1425