

sätzlich nicht rückwirkend zu Lasten des Unterhaltspflichtigen eingreifen darf, zumal erst sie zu einer die Abänderung rechtfertigenden Äquivalenzstörung führt.

c) Das angefochtene Urte. kann für den Unterhaltszeitraum ab 1.7.2001 keinen Bestand haben, da bei Anwendung der Differenzmethode dem die ehelichen Lebensverhältnisse prägenden Einkommen des Kl der wirtschaftliche Wert der Haushaltstätigkeit der Bekl hinzuzurechnen ist, und zwar in Höhe des von ihr nicht überobligationsmäßig erzielten (und nur insoweit prägenden, vgl. *Senatsurt. v. 24.11.1982 – IVb ZR 310/81 –*, FamRZ 1983, 146, 149) bereinigten Nettoeinkommens abzüglich Erwerbstätigenbonus.

Allein daraus würde sich (jedenfalls auf der Grundlage der vom Berufungsgericht festgestellten jeweiligen Einkommen der Parteien im Jahre 2000) ein Unterhaltsbedarf der Bekl ergeben, der durch den als bedarfsdeckend zu berücksichtigenden (nicht überobligationsmäßig erzielten) Teil ihres eigenen Einkommens abzüglich Erwerbstätigenbonus nicht gedeckt wäre, so dass ihr ein Anspruch auf Aufstockungsunterhalt verbliebe.

Eine abschließende Entscheidung ist dem Revisionsgericht jedoch verwehrt, weil sich zumindest das Einkommen der Bekl nach ihrem eigenen Vortrag ab 1.1.2001 erhöht hat, ohne dass das Berufungsgericht – aus seiner Sicht folgerichtig – insoweit Feststellungen zur Höhe getroffen hätte.

Das Berufungsgericht wird diese Feststellungen nachzuholen und den Parteien vor einer erneuten Entscheidung gegebenenfalls auch Gelegenheit zu geben haben, ergänzend zu der Frage vorzutragen, in welchem Umfang der Kl seinem inzwischen nicht mehr wehrersatzpflichtigen Sohn Simon und dem inzwischen in eine höhere Altersgruppe der Düsseldorfer Tabelle aufgerückten Sohn Andreas Unterhalt gewährt, und welchen Einfluss die der Bekl gegenüber am 28.9.2002 ausgesprochene fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses auf deren laufenden Unterhaltsanspruch hat.

Soweit auch unter Berücksichtigung der möglicherweise veränderten tatsächlichen Verhältnisse ein Anspruch der Bekl auf Aufstockungsunterhalt in Betracht kommt, wird das Berufungsgericht weiter unter Billigkeitsgesichtspunkten (§ 1577 Abs. 2 BGB) zu prüfen haben, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang der von der Bekl überobligationsmäßig erzielte Teil ihres Einkommens ebenfalls als bedarfsdeckend anzurechnen ist.

*Anm. der Red.:* Zum Urte. des BGH s. auch die Anm. von *Büttner* in FamRZ 2003, 520 und die in FamRB Heft 5/2003 erscheinende Besprechung von *Luthin*.

**Zur Eingrenzung der Revisionszulassung durch die Entscheidungsgründe – Bemessung des nachehelichen Unterhaltsbedarfs (§ 1578 Abs. 1 S. 1 BGB): Keine die früheren ehelichen Lebensverhältnisse unverändert fortschreibende Lebensstandardgarantie für den unterhaltsberechtigten Ehegatten**

§§ 621d a.F., 543 Abs. 1 Nr. 1 n.F. ZPO; § 1578 Abs. 1 S. 1 BGB

BGH, Urte. v. 29.1.2003 – XII ZR 92/01 –\*  
(OLG Frankfurt/Main)

1. **Hat das Berufungsgericht im Entscheidungssatz eines Unterhaltsurteils die Revision uneingeschränkt zugelassen, bezieht sich die Zulassungsfrage aber nur auf einen Teil des Zeitraums, für den Unterhalt geltend gemacht wird, so liegt im Regelfall die Annahme nahe, das Berufungsgericht habe die Zulassung der Revision auf diesen Teilzeitraum beschränken wollen.**

## 2. Zur Berücksichtigung eines nachehelichen Einkommensrückgangs bei der Unterhaltsbemessung nach § 1578 Abs. 1 BGB.

*Tatbestand:* Die Kl verlangt im Wege der Leistungsklage vom Bekl für die Zeit ab März 1998 nachehelichen Unterhalt, und zwar Elementar- sowie Alters- und Krankenvorsorgeunterhalt.

Die 1966 geschlossene Ehe der Parteien, aus der zwei inzwischen volljährige Kinder hervorgegangen sind, ist seit dem 19.6.1997 rechtskräftig geschieden. In dem am selben Tag geschlossenen Scheidungsvergleich, dessen Geltung auf die Dauer des Beschäftigungsverhältnisses des Bekl bei der Firma N., längstens bis zum 31.12.1999 befristet war, hatte sich der Bekl zu einer Unterhaltsleistung nach bestimmten Modalitäten verpflichtet. Am 10.7.1997 schlossen der Bekl und seine damalige Arbeitgeberin, die Firma N., eine Vereinbarung, nach der das Arbeitsverhältnis des Bekl zum 28.2.1998 endete und der Bekl von der Firma eine Abfindung von 300.000 DM brutto (240.000 DM netto) erhielt. Von März 1998 bis Oktober 1998 war der Bekl arbeitslos und bezog Arbeitslosengeld. Seit dem 1.10.1998 stand der Bekl wieder in einem Arbeitsverhältnis, und zwar zunächst bei der Firma E. und seit dem 1.11.1998 bei der Firma P. Gegenüber seinem bei der Firma N. zuletzt bezogenen, eine – letztmalig 1997 für das Jahr 1996 gezahlte – Erfolgsprämie einschließenden Einkommen von 7.320 DM netto haben sich seine Einkünfte bei der Firma P. auf 5.594,09 DM netto verringert.

Die Kl ging in der letzten Phase der Ehe einer Teilzeitbeschäftigung nach, mit der sie ein durchschnittliches Einkommen von 500 DM monatlich erzielte. Seit Anfang 1999 bezieht sie ergänzende Sozialhilfe.

Das Familiengericht hat der Klage für den Zeitraum April bis Dezember 1998 durch Teilerkenntnisurteil in Höhe von monatlich 1.600 DM sowie für den Zeitraum ab März 1998 durch streitiges Urte. – unter teilweiser Aufrechterhaltung eines zuvor ergangenen Versäumnisurteils – in unterschiedlicher Höhe stattgegeben und sie im Übrigen abgewiesen. Auf die Berufung beider Parteien hat das OLG – unter Zurückweisung der Rechtsmittel im Übrigen – das Urte. des Familiengerichts teilweise zum Nachteil der Kl abgeändert und ihr für die Zeit vom 1.3. bis 31.10.1998 auf der Grundlage des Scheidungsvergleichs, dem es Rechtswirkungen bis zum 31.10.1998 beigemessen hat, einen den Elementar-, Kranken- und Altersvorsorgeunterhalt umfassenden Betrag von monatlich 2.766 DM, danach lediglich einen zeitlich gestaffelten Elementar- und Altersvorsorgeunterhalt in geringerer Höhe zugesprochen. Mit der nur zu ihren Gunsten zugelassenen Revision verfolgt die Kl ihr zweitinstanzliches Begehren auf Erhöhung des Elementar- und Altersvorsorgeunterhalts sowie auf Zuerkennung eines Krankenvorsorgeunterhalts weiter.

*Entscheidungsgründe:* I. Die Revision ist nicht zulässig, soweit die Kl für die Zeit vom 1.3.1998 bis 31.10.1998 einen höheren als den ihr vom OLG zuerkannten Unterhalt begehrt; denn hierzu fehlt es an einer Zulassung des Rechtsmittels durch das Berufungsgericht.

Der Entscheidungssatz des Berufungsurteils enthält zwar keinen Zusatz, der die dort zu Gunsten der Kl zugelassene Revision einschränkt. Die Eingrenzung der Rechtsmittelzulassung kann sich jedoch auch aus den Entscheidungsgründen ergeben (s. nur BGHZ 48, 134, 136; BGH, Urte. v. 16.3.1988 – VIII ZR 184/87 – BGHR ZPO § 546 Abs. 1 S. 1 Revisionszulassung, beschränkte 4; *Senatsurt. v.*

\* Die Entscheidung ist zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen.

13.12.1989 – IVb ZR 19/89 – BGHR a.a.O. Revisionszulassung, beschränkte 8). Das ist hier der Fall. ...

II. Soweit die Kl für die Zeit ab dem 1.11.1998 einen höheren als den ihr vom OLG zuerkannten Unterhalt begehrt, ist die Revision zulässig, aber nicht begründet.

1. Nach Auffassung des OLG bestimmt sich der Unterhaltsbedarf der Kl insoweit nach dem Einkommen, das der Bekl aus seinem neuen, am 1.11.1998 aufgenommenen Beschäftigungsverhältnis erzielt. Dieses Einkommen sei nicht um einen noch nicht verbrauchten Teil der Abfindung aus dem früheren Beschäftigungsverhältnis zu erhöhen. Die Abfindung diene als Ersatz für Erwerbseinkommen und solle die Zeit der Arbeitslosigkeit bis zum Beginn eines neuen Beschäftigungsverhältnisses überbrücken. Diese besondere Zweckbestimmung ende jedoch, wenn der Unterhaltspflichtige, sei es auch vor Ablauf der prognostizierten Zeit der Überbrückung, eine neue vollschichtige Erwerbstätigkeit finde, jedenfalls wenn sie, wie hier, der bisherigen der Größenordnung nach gleichwertig sei. Mit diesem Zeitpunkt werde der verbleibende Abfindungsbetrag zu gewöhnlichem zweckbindungsfreiem Vermögen und sei auch wie sonstiges Vermögen unterhaltsrechtlich zu behandeln. Der Unterhaltspflichtige sei hinsichtlich der Bewertung seines unterhaltsrelevanten Einkommens nicht anders zu stellen als hätte er unmittelbar, ohne die zwischenzeitlich zu überbrückende Arbeitslosigkeit, den Arbeitsplatz gewechselt, wobei von der von ihm abhängigen Unterhaltsberechtigten eine maßvolle Absenkung der Einkünfte und damit ihres Lebensstandards hinzunehmen sei, soweit der Wechsel aus verständigen Gründen erfolge und der Unterhaltspflichtige seine Erwerbsobliegenheit weiterhin erfülle. Diese Ausführungen halten im Ergebnis einer rechtlichen Nachprüfung stand:

a) Dabei kann dahinstehen, inwieweit die vom Bekl erlangte Abfindung überhaupt geeignet und bestimmt ist, für die Zeit ab 1.11.1998 als Einkommen des Bekl unterhaltsrechtlich Berücksichtigung zu finden (vgl. etwa *Senatsurt.* v. 15.11.2000 – XII ZR 197/98 –, *FamRZ* 2001, 278, 281 und v. 14.1.1987 – IVb ZR 89/85 –, *FamRZ* 1987, 359, 360; *BGH, Urt.* v. 13.11.1997 – IX ZR 37/97 –, *FamRZ* 1998, 362). Eine solche Berücksichtigung käme nämlich allenfalls dann in Betracht, wenn der Unterhaltsbedarf der Kl nicht nach den Einkünften des Bekl aus seiner neuen Beschäftigung bei der Firma P. zu bestimmen wäre, sondern sich weiterhin auf der Grundlage des bei seinem früheren Arbeitgeber, der Firma N., bezogenen und – jedenfalls bei Einbeziehung der dort, allerdings letztmalig 1997 für das Jahr 1996, gewährten Erfolgsprämie – höheren Entgelts bestimmen würde. Das ist jedoch nicht der Fall.

b) Zwar bestimmt sich der Bedarf des unterhaltsberechtigten Ehegatten nach den ehelichen Lebensverhältnissen (§ 1578 Abs. 1 S. 1 BGB). Dieser Bezug schließt jedoch die Berücksichtigung nahehehlicher Entwicklungen nicht aus. So können sich nach der Rechtsprechung des *Senats* Einkommensverbesserungen, die erst nach der Scheidung beim unterhaltspflichtigen Ehegatten eintreten, bedarfssteigernd auswirken, wenn ihnen eine Entwicklung zu Grunde liegt, die aus der Sicht zum Zeitpunkt der Scheidung mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten war, und wenn diese Erwartung die ehelichen Lebensverhältnisse bereits geprägt hatte (vgl. etwa *Senatsurt.* v. 11.2.1987 – IVb ZR 20/86 –, *FamRZ* 1987, 459, 460 m.w.N.). Umgekehrt können auch nach der Scheidung eintretende Einkommensminderungen für die Bedarfsmessung nicht grundsätzlich unberücksichtigt bleiben, sofern sie nicht auf einer Verletzung der Erwerbsobliegenheit des Unterhaltsverpflichteten beruhen (vgl. *Senatsurt.* v. 18.3.1992 – XII ZR 23/91 –, *FamRZ* 1992, 1045, 1047) oder durch freiwillige berufliche oder wirtschaftliche Dispositionen des Unterhaltsverpflichteten veranlasst sind und von diesem durch zumutbare Vorsorge aufgefangen werden konnten (*Senatsurt.* v. 4.11.1987 – IVb

ZR 81/86 –, *FamRZ* 1988, 145, 147; vgl. zum Ganzen auch *Wendl/Gerhardt*, Das Unterhaltsrecht in der familienrechtlichen Praxis, 5. Aufl., § 4 Rn 224a f.). Wie der *Senat* in vergleichbarem Zusammenhang ausgesprochen hat, müsste es auf Unverständnis stoßen, wenn beispielsweise eine nach der Trennung eintretende Arbeitslosigkeit des unterhaltsverpflichteten Ehegatten nicht schon die ehelichen Lebensverhältnisse, sondern erst seine Leistungsfähigkeit beeinflusste (*Senatsurt.* v. 23.12.1987 – IVb ZR 108/86 –, *FamRZ* 1988, 256, 257). Für die dauerhafte Absenkung der Erwerbseinkünfte des Unterhaltsschuldners nach der Scheidung kann grundsätzlich nichts anderes gelten. Auch hier muss es der Unterhaltsberechtigte hinnehmen, dass der Bemessungsmaßstab für seinen Unterhaltsanspruch gegenüber den Verhältnissen im Zeitpunkt der Scheidung abgesunken ist (vgl. *Senatsurt.* v. 13.4.1988 – IVb ZR 34/87 –, *FamRZ* 1988, 705, 706 betr. Währungsverfall bei ausländischem Arbeitsentgelt).

Das folgt bereits aus der Entstehungsgeschichte des § 1578 Abs. 1 S. 1 BGB. Dessen Regelung ist dem vor dem Inkraft-Treten des 1. EheRG geltenden Recht entlehnt, das freilich nur den allein oder überwiegend für schuldig erklärten Ehegatten unter den weiteren Voraussetzungen des § 58 EheG zur Gewährung „des nach den Lebensverhältnissen der Ehegatten angemessenen Unterhalts“ verpflichtete. Das 1. EheRG hat die Anknüpfung des Unterhalts an die ehelichen Lebensverhältnisse in das neue verschuldensunabhängige Scheidungsrecht übernommen und damit ihres Charakters als einer Sanktion für Scheidungsver schulden entkleidet. Die Berücksichtigung der ehelichen Lebensverhältnisse sollte – so die Begründung des RegE des 1. EheRG – besonders den Fällen gerecht werden, in denen durch gemeinsame Leistung der Ehegatten ein höherer sozialer Status erreicht worden sei, an dem auch der nicht erwerbstätig gewesene Ehegatte teilhaben müsse (BT-Drucks 7/650, 136; vgl. auch BVerfGE 57, 361, 389 = *FamRZ* 1981, 745, 750 f.). Umgekehrt sollte damit zugleich dem berechtigten Ehegatten eine Partizipation an einer solchen Steigerung der Lebensverhältnisse des verpflichteten Ehegatten verwehrt bleiben, die nicht bereits in der Ehe mit diesem angelegt war. Über diese Zielsetzungen hinaus ist aus § 1578 Abs. 1 S. 1 BGB hergeleitet worden, dass die im Zeitpunkt der Scheidung erreichten ehelichen Lebensverhältnisse das Maß des Unterhalts auch gegenüber nahehehlichen Einkommensminderungen des unterhaltspflichtigen Ehegatten dauerhaft fixierten mit der Folge, dass der wirtschaftliche Abstieg des Pflichtigen sich nur auf dessen Leistungsfähigkeit auswirken könne (etwa *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Lehrbuch des Familienrechts, 4. Aufl., S. 446). Diese Konsequenz ist indes nicht zwingend. Schon die Eherechtskommission beim Bundesministerium der Justiz, auf deren Vorschlägen § 1578 Abs. 1 S. 1 BGB beruht, hat zwar „die wirtschaftlichen Verhältnisse der Ehegatten im Zeitpunkt der Scheidung“ als „Ausgangspunkt für die Höhe des Unterhalts“ bezeichnet; die Kommission wollte jedoch eine Neufestsetzung des Unterhalts immer dann ermöglichen, wenn „in den Einkünften oder im Vermögen des Unterhaltspflichtigen eine wesentliche Änderung“ eintrete (Vorschläge zur Reform des Ehescheidungsrechts und des Unterhaltsrechts nach der Ehescheidung 1970 S. 77, 104). Die Gesetz gewordene Regelung hat diese Formulierung zwar nicht übernommen, andererseits aber auch keinen für die Beurteilung der ehelichen Lebensverhältnisse maßgebenden Zeitpunkt festgelegt.

Allerdings hat der *Senat* in ständiger Rechtsprechung betont, dass für den nahehehlichen Unterhaltsanspruch grundsätzlich die ehelichen Verhältnisse im Zeitpunkt der Scheidung maßgebend sind (etwa *Senatsurt.* v. 31.3.1982 – IVb ZR 661/80 –, *FamRZ* 1982, 576, 577). Die Rechtskraft der Scheidung setzt gleichsam einen Endpunkt hinter eine ge-

meinsame wirtschaftliche Entwicklung mit der Folge, dass die für den Unterhalt maßgebenden Lebensverhältnisse nur durch das bis dahin nachhaltig erreichte Einkommen der Ehegatten bestimmt werden (etwa *Senatsurt. v. 18.3.1992 a.a.O. 1046*). Von der Maßgeblichkeit des Scheidungszeitpunktes für die Berücksichtigung von Einkommenssteigerungen hat der *Senat* dabei Ausnahmen nach zwei Richtungen zugelassen: Zum einen muss eine dauerhafte Verbesserung der Einkommensverhältnisse, die nach der Trennung der Ehegatten, aber noch vor der Rechtskraft der Scheidung eintritt, für die Bemessung der ehelichen Lebensverhältnisse unberücksichtigt bleiben, wenn sie auf einer unerwarteten und vom Normalverlauf erheblich abweichenden Entwicklung beruht (*Senatsurt. v. 31.3.1982 a.a.O. 578*) oder trennungsbedingt ist (etwa *BGHZ 89, 108, 112* und *Senatsurt. v. 19.2.1986 – IVb ZR 16/85 –*, *FamRZ 1986, 439, 440*). Zum andern muss, wie schon erwähnt, eine dauerhafte Verbesserung der Einkommensverhältnisse bei der Bemessung der ehelichen Lebensverhältnisse Berücksichtigung finden, wenn sie zwar erst nach der Scheidung eingetreten ist, wenn ihr aber eine Entwicklung zu Grunde liegt, die bereits in der Ehe angelegt war und deren Erwartung die ehelichen Lebensverhältnisse bereits geprägt hatte (vgl. etwa *Senatsurt. v. 11.2.1987 a.a.O.*). Beide Einschränkungen verdeutlichen das mit § 1578 Abs. 1 S. 1 verfolgte gesetzgeberische Anliegen: eine Teilhabe des bedürftigen Ehegatten am Lebensstandard des unterhaltspflichtigen Ehegatten sicherzustellen, wenn und soweit er durch die gemeinsame Leistung der Ehegatten erreicht worden ist. Für eine nachteilige Veränderung in den wirtschaftlichen Verhältnissen des unterhaltspflichtigen Ehegatten lassen sich diese Überlegungen indes nicht nutzbar machen; denn insoweit geht es nicht um die Teilhabe an dem in der Ehe gemeinsam Erworbenen, sondern um die sachgerechte Verteilung einer durch Einkommensrückgang erzwungenen Schmälerung des Bedarfs. Der *Senat* hat die Frage, inwieweit der unterhaltsberechtigte Ehegatte das Risiko, den bis zur Scheidung erreichten Lebensstandard dauerhaft bewahren zu können, unterhaltsrechtlich mittragen muss, bislang nicht grundsätzlich entschieden (offen gelassen im *Senatsurt. v. 4.11.1987 a.a.O. 148*; tendenziell bejahend bereits *Senatsurt. v. 13.4.1988 a.a.O. 706*). Er hat, wie gezeigt, allerdings klargestellt, dass eine Einkommensminderung beim unterhaltspflichtigen Ehegatten auf das Maß des Unterhalts nicht durchschlägt, wenn sie auf einer Verletzung der Erwerbsobliegenheit des Unterhaltsverpflichteten beruht (vgl. *Senatsurt. v. 18.3.1992 a.a.O. 1047*) oder durch freiwillige berufliche oder wirtschaftliche Dispositionen des Unterhaltsverpflichteten veranlasst ist und von diesem durch zumutbare Vorsorge aufgefangen werden konnte (*Senatsurt. v. 4.11.1987 a.a.O. 147*). In seinem *Urt. v. 16.6.1993 (XII ZR 49/92 – FamRZ 1993, 1304, 1305)* hat der *Senat* darüber hinaus ausgeführt, dass bei der Bemessung der ehelichen Lebensverhältnisse auch ein nicht abzuwendender Einkommensrückgang beim unterhaltspflichtigen Ehegatten zu berücksichtigen sei, wenn sich die Ehegatten für die Bemessung der ehelichen Lebensverhältnisse auf diesen Einkommensrückgang auch bei fortbestehender Ehe hätten einrichten müssen. Dieser Gedanke erweist sich auch dann als richtig, wenn der Einkommensrückgang – anders als in dem entschiedenen Fall angenommen – nicht schon während bestehender Ehe vorauszusehen war. Die Anknüpfung der nach § 1578 Abs. 1 S. 1 BGB maßgebenden Umstände an den Zeitpunkt der Rechtskraft des Scheidungsurteils begründet schon nach ihrem Zweck für den unterhaltsberechtigten Ehegatten keine die früheren ehelichen Lebensverhältnisse unverändert fortschreibende Lebensstandardgarantie, deren Erfüllung nur in den Grenzen fehlender Leistungsfähigkeit des unterhaltsverpflichteten Ehegatten an dessen dauerhaft veränderte wirtschaftliche Verhältnisse an-

gepasst und nur insoweit auch „nach unten korrigiert“ werden kann. Für eine solche Absicherung böte das Recht des nahehelichen Unterhalts, das – jedenfalls im Prinzip – nur die Risiken der mit Scheidung fehlgeschlagenen Lebensplanung der Ehegatten und der von ihnen in der Ehe praktizierten Arbeitsteilung angemessen ausgleichen will, keine gedankliche Rechtfertigung. Das Unterhaltsrecht will den bedürftigen Ehegatten nach der Scheidung wirtschaftlich im Grundsatz nicht besser stellen, als er sich ohne die Scheidung stünde. Bei fortbestehender Ehe hätte ein Ehegatte die negative Einkommensentwicklung seines Ehegatten wirtschaftlich mitzutragen; es ist nicht einzusehen, warum die Scheidung ihm das Risiko einer solchen – auch vom unterhaltspflichtigen Ehegatten hinzunehmenden – Entwicklung, wenn sie dauerhaft und vom Schuldner nicht durch die in Erfüllung seiner Erwerbsobliegenheit gebotenen Anstrengungen vermeidbar ist, abnehmen soll (vgl. auch *Senatsurt. v. 13.4.1988 a.a.O.*).

c) Das OLG hat nach allem zu Recht den Unterhalt der Kl auf der Grundlage des vom Bekl in seinem neuen Beschäftigungsverhältnis bezogenen Entgelts bemessen und die vom Bekl erst nach der Scheidung erlangte Abfindung, auch soweit ihr die Funktion eines Erwerbsersatzeinkommens zukommen sollte, unberücksichtigt gelassen.

2. Das OLG hat angenommen, die Kl könne eine halb-schichtige Tätigkeit ausüben, aus der sie seit November 1998 ein Einkommen von monatlich 1.000 DM hätte erzielen können. Diese Annahme lässt einen Rechtsfehler nicht erkennen. Entgegen der Auffassung der Revision hat das OLG die gesundheitliche Beeinträchtigung der Kl berücksichtigt, indem es ihr unter Bezugnahme auf das *Urt. des AG* nur eine Teilzeitbeschäftigung zugemutet hat. Das OLG hat auch nicht, wie die Revision meint, allein auf die Nicht-zugehörigkeit der Kl zu einer Risikogruppe abgestellt. Es hat ihr vielmehr zur Last gelegt, die von ihr vorgetragene Bemühungen um einen Arbeitsplatz seien unzureichend; das ist nicht zu beanstanden.

3. Von den danach erzielbaren Einkünften der Kl in Höhe von 1.000 DM hat das OLG die von der Kl tatsächlich bezogenen 500 DM als eheprägend nach der Differenzmethode berücksichtigt; die von der Kl bei gebotener Bemühung um einen Arbeitsplatz erzielbaren Einkünfte von weiteren (500 DM abzüglich eines mit 1/5 angesetzten Erwerbstätigenbonus von 100 DM =) 400 DM hat es dagegen nach der Anrechnungsmethode in Abzug gebracht. Das hält einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Wie der *Senat* in seiner – nach dem Erlass des Berufungsurteils ergangenen – Entscheidung v. 13.6.2001 (XII ZR 343/99 – FF 2001, 135, 140 = *FamRZ 2001, 986, 991*) ausgeführt hat, ist jedenfalls in Fällen, in denen der unterhaltsberechtigte Ehegatte nach der Scheidung ein Einkommen erzielt oder erzielen kann, welches gleichsam als Surrogat des wirtschaftlichen Wertes seiner bisherigen Tätigkeit angesehen werden kann, dieses Einkommen nach der Differenzmethode in die Unterhaltsberechnung einzubeziehen. Das gilt auch im vorliegenden Fall.

Die gebotene Anwendung der Differenzmethode führt nicht nur zu einer von der Berechnung des OLG abweichenden Bestimmung des Elementarunterhalts, sondern auch zu einer veränderten Berechnung des – vom OLG anhand der Bremer Tabelle ermittelten – Vorsorgeunterhalts: Zum einen ist von einer anderen Nettobemessungsgrundlage auszugehen. Zum andern muss in einem weiteren Rechenschritt unter Berücksichtigung des so ermittelten Vorsorgeunterhalts der der Bekl\* zustehende endgültige Elementarunterhalt bestimmt werden. Das OLG hat – von seinem Standpunkt aus folgerichtig – den Elementarunterhalt einstufig berechnet.

\* *Anm.*: Richtig: Kl

Diese Vorgehensweise entspricht der Rechtsprechung des *Senats* in Fällen, in denen der Elementarunterhalt – wie auch hier vom OLG – nach der Anrechnungsmethode ermittelt worden ist (*Senatsurt.* v. 25.11.1998 – XII ZR 33/97 –, *FamRZ* 1999, 372, 374). In solchen Fällen wird in Höhe des angerechneten Einkommens des Unterhaltsberechtigten das die ehelichen Lebensverhältnisse bestimmende Einkommen des Unterhaltspflichtigen zwischen den Ehegatten nicht verteilt, sondern es verbleibt ihm allein, so dass er entlastet wird. Das hat zur Folge, dass er Altersvorsorgeunterhalt bis zur Höhe des angerechneten Einkommens zusätzlich zu dem Elementarunterhalt leisten kann, ohne dass ihm weniger als die ihm an sich zustehende Quote des für die ehelichen Lebensverhältnisse maßgebenden Einkommens verbleibt. Wird, wie im vorliegenden Fall geboten, der Unterhalt jedoch nach der Differenzmethode bemessen, muss durch einen zweiten Rechenschritt sichergestellt werden, dass durch die Zuerkennung von Vorsorgeunterhalt nicht zu Lasten des Unterhaltspflichtigen von dem Grundsatz der gleichberechtigten Teilhabe der Ehegatten am ehelichen Lebensstandard abgewichen wird. Deshalb ist hier im Regelfall der Betrag des Vorsorgeunterhalts von dem bereinigten Nettoeinkommen des Unterhaltspflichtigen abzusetzen und aus dem verbleibenden Einkommen anhand der maßgebenden Quote der endgültige Elementarunterhalt zu bestimmen.

Wird auch das der Kl fiktiv angerechnete Einkommen nach der Differenzmethode berücksichtigt, ergibt sich – unter Beachtung des dargestellten Rechenwegs – ein monatlicher Anspruch der Kl in folgender Höhe:

- a) Für die Zeit vom 1.11. bis 31.12.1998 unter Zugrundelegung eines bereinigten Nettoeinkommens von (5.594,69 DM Netto-Erwerbseinkommen abzüglich 379,31 DM Krankenversicherung und 54,19 DM Pflegeversicherung =) 5.161,19 DM:
  - (1) Vorläufiger Elementarunterhalt (ohne Berücksichtigung des Vorsorgeunterhalts): 5.161,19 DM abzüglich 1.000 DM (Einkommen der Kl) = 4.161,19 DM, davon  $2/5$  [wie OLG] = 1.664,48 DM, gerundet 1.664 DM;
  - (2) Vorsorgeunterhalt:  $1.664 \text{ DM} + 24 \% = 2.063,36 \text{ DM}$ , davon  $20,3 \% = 418,86 \text{ DM}$ , gerundet 419 DM;
  - (3) Endgültiger Elementarunterhalt: 5.161,19 DM abzüglich 1.000 DM (Einkommen der Kl) abzüglich 419 DM (Vorsorgeunterhalt) = 3.742,19 DM, davon  $2/5$  [wie OLG] = 1.496,88 DM, gerundet 1.497 DM.
- b) Für die Zeit vom 1.1. bis 31.3.1999 unter Zugrundelegung eines bereinigten Nettoeinkommens von 5.161,19 DM (wie vor):
- ...
- c) Für die Zeit vom 1.4. bis 31.12.1999 unter Zugrundelegung eines bereinigten Nettoeinkommens von 5.161,19 DM (wie vor):
- ...
- d) Für die Zeit vom 1.1. bis 31.12.2000 unter Zugrundelegung eines bereinigten Nettoeinkommens von (5.924,93 DM Netto-Erwerbseinkommen [einschließlich Sachbezug in Form privater Nutzung eines Firmenwagens] abzüglich 383,78 DM Krankenversicherung und 54,83 DM Pflegeversicherung =) 5.486,32 DM:
- ...
- e) Für die Zeit ab dem 1.1.2001 unter Zugrundelegung eines bereinigten Nettoeinkommens von 5.486,32 DM (wie vor):
- ...

*Ann. der Red.:* Zur Einbeziehung fiktiver Erwerbseinkünfte des unterhaltsberechtigten Ehegatten als Surrogat in die Unterhaltsberechnung nach der Differenz- bzw. Additionsmethode s. ferner BGH *FamRZ* 2003, 434.

## Berufung des Erben eines Unterhaltsverpflichteten auf eine Verwirkung des Anspruchs auf nachehelichen Unterhalt gem. § 1579 Nr. 7 BGB

§§ 1579 Nr. 7, 1586b BGB

BGH, Beschl. v. 6.11.2002 – XII ZR 259/01 – (OLG Koblenz)

1. Die nacheheliche Unterhaltspflicht geht mit der Belastung eines Einwands aus § 1579 Nr. 7 BGB (hier: mehr als zehnjähriges Zusammenleben der geschiedenen Ehefrau in einem eheähnlichen Verhältnis mit einem anderen Mann) auf den Erben des Unterhaltsschuldners über.
2. Eine „Verzeihung“ der die Verwirkung in diesem Fall begründenden Umstände dadurch, dass der Erblasser trotz Kenntnis dieser Umstände den Unterhalt weiter gezahlt hat, liegt nicht vor, wenn der Unterhalt deshalb geleistet worden ist, weil der Erblasser dadurch seinerseits in den Genuss der Auswirkungen des § 5 VAHRG und damit des temporären Wegfalls der versorgungsausgleichsbedingten Kürzung seiner Rente kam.  
(Leitsätze der Redaktion)

Der Antrag der Bekl auf Prozesskostenhilfe wird abgelehnt, weil die beabsichtigte Rechtsverfolgung keine hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet.

*Gründe:* 1. Die Kl nimmt die Bekl auf Abänderung eines Unterhaltsvergleichs in Anspruch. Sie ist die Tochter der Bekl und deren geschiedenen und inzwischen verstorbenen Ehemannes. Dieser zahlte bis zu seinem Tod aufgrund eines 1989 abgeschlossenen Unterhaltsvergleichs einen nachehelichen Unterhalt von monatlich 500 DM an die Bekl. Er ist von der Kl allein beerbt worden. Die Bekl nimmt nun die Kl gem. § 1586b BGB als Erbin des Unterhaltsverpflichteten aus dem Prozessvergleich in Anspruch. Die Kl will mit der Abänderungsklage erreichen, dass sie nicht mehr verpflichtet ist, Unterhalt an die Bekl zu zahlen, da diese unstreitig seit vielen Jahren mit einem neuen Partner in einer eheähnlichen Lebensgemeinschaft zusammenlebt.

Die Abänderungsklage hatte in den Vorinstanzen Erfolg. Das Berufungsgericht hat die Revision zugelassen wegen der seiner Ansicht nach grundsätzlichen Frage, „ob der Erbe eines zur Zahlung von nachehelichem Unterhalt Verpflichteten erstmals Verwirkung wegen eines verfestigten eheähnlichen Verhältnisses geltend machen kann (§ 1579 Nr. 7 BGB), obwohl der Erblasser hiervon wusste und sich hierauf nicht berufen hat“. Der Fall wirft indessen keine für die Entscheidung erheblichen, schwierigen und bisher ungeklärten Rechtsfragen auf, die einer Erörterung in der mündlichen Verhandlung bedürften (vgl. BGH, Beschl. v. 11.9.2002 – VIII ZR 235/02 –, zur Veröffentlichung bestimmt\*).

2. In der Literatur ist unbestritten, dass sich auch der nach § 1586b BGB haftende Erbe des Unterhaltsverpflichteten grundsätzlich auf § 1579 Nr. 7 BGB berufen kann (vgl. *Staudinger/Baumann*, BGB, 12. Aufl. 1999, § 1586b Rn 41; *Erman/Dieckmann*, BGB, 10. Aufl., § 1586b Rn 3; *Soergel/Häberle*, BGB, 12. Aufl., § 1586b Rn 4; *Rolland/Hülsmann*, Familienrecht/Kommentar, § 1586b BGB Rn 2). Die Unterhaltspflicht geht auf den Erben – von dessen Haftungsbeschränkung abgesehen – unverändert über, und zwar auch mit der Belastung eines Einwands aus § 1579 Nr. 7 BGB. Eine Ausnahme gilt lediglich insofern, als die Leis-

\* *Ann.:* Vgl. z.B. NJW-RR 2003, 130 und MDR 2003, 109.