

größeren Schwierigkeiten erwarten, da sie fließend französisch sprächen, ihnen die neue Umgebung bereits vertraut sei und sie es auch nicht ablehnten, in Paris zu leben.

2. In Fällen dieser Art lässt es das Kindeswohl geboten erscheinen, zugleich mit der Entscheidung über das Aufenthaltsbestimmungsrecht sicherzustellen, dass ein regelmäßiger Kontakt zwischen dem nicht aufenthaltsbestimmungsberechtigten Elternteil und den Kindern gewährleistet ist, sofern ein Bedürfnis für eine gerichtliche Umgangsregelung besteht und der umgangsberechtigte Elternteil ein Umgangsrecht beantragt hat. (Leitsätze der Redaktion)

Anm. der Red.: Die Entscheidung ist veröffentlicht in FamRZ 2003, 1731 und FPR 2003, 667.

Zu steuerlichen Vorteilen aus der neuen Ehe eines Unterhaltspflichtigen bei der Bemessung des an den geschiedenen Ehegatten zu leistenden Unterhalts

Art. 6 Abs. 1 GG; § 1578 Abs. 1 S. 1 BGB

BVerfG, Beschl. v. 7.10.2003 – 1 BvR 246/93 und 1 BvR 2298/94 –

Zur Berücksichtigung steuerlicher Vorteile aus dem Ehegattensplitting bei der Bemessung des an den ehemaligen Ehegatten zu leistenden Unterhalts.

Anm. der Red.: Die (recht umfangreiche) Entscheidung ist veröffentlicht in NJW 2003, 3466, FamRZ 2003, 1821 und FuR 2003, 507.

Das BVerfG ist von der Rechtsprechung des BGH, die bei der Bemessung des Unterhalts eines geschiedenen Ehegatten den Splittingvorteil des Unterhaltspflichtigen aus dessen neuer Ehe grundsätzlich berücksichtigt hat, abgewichen und hat zur Begründung – u.a. – ausgeführt:

Der Gesetzgeber habe mit der Vorschrift des § 1578 Abs. 1 S. 1 BGB das Maß des nachehelichen Unterhalts an den ehelichen Lebensverhältnissen ausgerichtet und damit auf diejenige Einkommenssituation beschränkt, die die Ehe der früheren Ehegatten bis zu deren Scheidung bestimmt habe; dies schließe es nach dem Willen des Gesetzgebers aus, solche Vorteile bei der Bemessung des nachehelichen Unterhalts zu berücksichtigen, die nicht aus der geschiedenen Ehe herrühren und weiter bestehen, sondern erst mit einer neuen Eheschließung entstanden seien. Den Splittingvorteil habe der Gesetzgeber ausschließlich bestehenden Ehen – somit einer neuen Ehe – eingeräumt und geschiedene Ehen auf das Realsplitting verwiesen; eine solche gesetzgeberische Ausgestaltung entspreche dem Schutzauftrag nach Art. 6 Abs. 1 GG, der auch bei der Auslegung von § 1578 Abs. 1 S. 1 BGB zu beachten sei.

Steuerliche Vorteile, die der Gesetzgeber allein einer bestehenden Ehe einräume, dürften dieser Ehe durch die Gerichte nicht dadurch wieder entzogen werden, dass sie – real oder fiktiv – über die Unterhaltsberechnung auch den Unterhalt eines geschiedenen Ehegatten erhöhen. Die Gerichte müssten sicherstellen, dass ein der neuen Ehe eingeräumter Splittingvorteil auch bei dieser Ehe verbleibe; wie die Gerichte dies vornähmen, hätten sie zu entscheiden (das BVerfG hat insoweit auf eine „durch Technik und Programme unterstützte Berechnung“ hingewiesen).

Abschließend hat das BVerfG festgestellt, dass für Unterhaltstitel, die nicht Gegenstand der Verfassungsbeschwerdeverfahren sind, nur eine auf die Zukunft beschränkte Rechtsfolgenwirkung gilt; diese Titel können daher lediglich für die Zukunft abgeändert werden.

Literatur: *Christ/Hauß*, FamRB 2003, 382; *Heinke/Viefhues*, ZFE 2003, 356; *Schöppe-Fredenburg*, FuR 2003, 487; *Schürmann*, FamRZ 2003, 1825.

Unbeachtlicher Verzicht des volljährigen Kindes auf Teile der Einkünfte zur Erhaltung des Anspruchs auf Kindergeld

§ 32 Abs. 4 S. 7 EStG 2000 (= § 32 Abs. 4 S. 9 EStG 2002)

BFH, Ur. v. 11.3.2003 – VIII R 16/02 – (FG Baden-Württemberg)

Ein Verzicht auf Teile der zustehenden Einkünfte i.S.v. § 32 Abs. 4 S. 7 EStG 2000 (jetzt: § 32 Abs. 4 S. 9 EStG 2002) liegt vor, wenn ein Kind mit dem Ziel der Erhaltung des Kindergeldanspruchs Vereinbarungen trifft, die ursächlich dafür sind, dass ein Anspruch auf Weihnachtsgeld nicht geltend gemacht werden kann, der ohne diese Vereinbarung bestanden hätte.

Anm. der Red.: Die Entscheidung ist veröffentlicht in NJW 2003, 3151 und FamRZ 2003, 1556.

Zur Höhe des kindergeldunschädlichen Grenzbetrages von Einkünften des volljährigen Kindes vgl. §§ 63 Abs. 1 S. 2, 32 Abs. 4 S. 2 EStG.

Zur Thematik s. auch den Beitrag von *Schwarz*, FamRB 2003, 408.

Vorrang von § 1572 BGB gegenüber § 1576 BGB – Zur nachhaltigen Sicherung des Unterhalts i.S.v. § 1573 Abs. 4 BGB – Zur Anwendung von § 1576 BGB

§§ 1572, 1573 Abs. 4, 1576 BGB

BGH, Ur. v. 17.9.2003 – XII ZR 184/01 – (OLG Zweibrücken)

1. a) Der Unterhaltsanspruch aus § 1576 BGB ist gegenüber demjenigen aus § 1572 BGB subsidiär.
b) Der Unterhaltsanspruch nach § 1572 Nr. 4 BGB besteht nur in dem Umfang weiter, wie er zum Zeitpunkt des Wegfalls der Voraussetzungen für den Anspruch auf Aufstockungsunterhalt (§ 1573 Abs. 2 BGB) bestanden hat (Leitsatz der Redaktion).
2. Zur Beurteilung der nachhaltigen Sicherung des nachehelichen Unterhalts (§ 1573 Abs. 4 BGB).
3. Zur Anwendung des § 1576 BGB in Fällen krankheitsbedingter Erwerbsunfähigkeit des Unterhaltsbedürftigen, in denen ein Unterhaltsanspruch nach § 1572 BGB lediglich am Einsatzzeitpunkt scheitert.

Tatbestand: Beide Parteien begehren Abänderung des Scheidungsverbundurteils, soweit der Bekl zur Zahlung nachehelichen Unterhalts an die Kl verurteilt worden ist.

Die am 17.8.1968 geschlossene Ehe der Parteien, aus der ein 1974 geborener Sohn hervorgegangen ist, wurde durch Verbundurt. des AG v. 19.1.1998, rechtskräftig seit 18.3.1998, geschieden. Im Frühjahr 1998 brach der Sohn ein vor der Trennung der Parteien aufgenommenes Studium ab. In der Zeit von Oktober 1998 bis August 1999 war er erwerbstätig; seit September 1999 absolvierte er eine Lehre als Hotelfachmann. Er lebt im Haushalt des Bekl.

Die am 28.2.1948 geborene Kl hat keinen Beruf erlernt. Während der Ehe war sie überwiegend nicht erwerbstätig. Aus einer etwa 1989 aufgenommenen Teilzeitbeschäftigung im Umfang von zehn bis zwölf Wochenstunden erzielte sie

Einkünfte im versicherungsfreien Bereich. Die betreffende Beschäftigung übte die Kl – mit einer Unterbrechung von September 1997 bis Juli 1998 – bis einschließlich September 1999 aus. Von Oktober 1999 bis Juni 2000 war sie auf Grund eines zunächst bis März 2000 befristeten und später um drei Monate verlängerten Arbeitsverhältnisses halbschichtig bei der Firma R tätig. Ihr Bruttoeinkommen belief sich zunächst auf monatlich 1.400 DM und betrug ab Mai 2000 monatlich 1.500 DM jeweils zuzüglich Weihnachts- und Urlaubsgeld. Wegen einer Tumorerkrankung war die Kl seit Juli 2000 erwerbsunfähig.

Der 1947 geborene Bekl ist als Meister für Netz- und Regelungstechnik bei der Firma B beschäftigt. Er bewohnt seit Ende Mai 1998 die frühere Ehwohnung, eine etwa 100 qm große Wohnung im Anwesen seiner Mutter, an der für ihn ein Nießbrauch bestellt ist. Diese Wohnung hatte zuvor die Kl genutzt.

Mit der vorliegenden Klage hat die Kl Abänderung des Verbundurt. begehrt, durch das ihr nachehelicher Unterhalt wegen Erwerbslosigkeit i.H.v. monatlich insgesamt 1.413,31 DM (852,76 DM Elementarunterhalt – nach Kürzung um monatlich 500 DM wegen des Wohnvorteils –, 186,71 DM Krankenvorsorgeunterhalt und 373,84 DM – nicht: 383,84 DM – Altersvorsorgeunterhalt) zuerkannt worden war. Zur Begründung hat sie ausgeführt, infolge des Auszugs aus der vormaligen Ehwohnung sei der mit monatlich 500 DM auf den Elementarunterhalt angerechnete Wohnvorteil entfallen. Darüber hinaus sei die Unterhaltsverpflichtung des Bekl gegenüber dem gemeinsamen Sohn weggefallen. Mit Rücksicht auf diese Umstände stehe ihr ab Juni 1998 ein um monatlich 500 DM höherer Elementarunterhaltsanspruch zu. Ab November 1998 könne sie Elementarunterhalt von 1.141 DM, Krankenvorsorgeunterhalt von 305,50 DM und Altersvorsorgeunterhalt von 459,38 DM – jeweils monatlich – verlangen; insoweit sei das Ausgangsurt. abzuändern.

Der Bekl ist der Klage entgegengetreten und hat widerklegend Abänderung des Verbundurt. dahin begehrt, dass er von August 1999 an nicht mehr zur Zahlung nachehelichen Unterhalts verpflichtet sei. Er hat die Auffassung vertreten, die Kl müsse ihren Unterhaltsbedarf durch Aufnahme einer vollschichtigen Erwerbstätigkeit selbst decken. Da sie sich nicht ausreichend um eine solche Tätigkeit bemüht habe, seien ihr die hieraus erzielbaren Einkünfte fiktiv anzurechnen. Damit könne sie ihren eheangemessenen Bedarf bestreiten.

Das AG – Familiengericht – hat der Klage für die Zeit ab Juli 1998 teilweise stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Auf die Berufung des Bekl, mit der er sein erstinstanzliches Begehren – bezüglich der Widerklage für die Zeit ab 10.9.1999 – weiterverfolgt hat, hat das OLG die Klage in weitergehendem Umfang abgewiesen und der Widerklage teilweise stattgegeben. Für die Zeit vom 1.1. bis 30.6.2000 hat es das Verbundurt. dahin abgeändert, dass der Bekl nur monatlichen Unterhalt von insgesamt 1.325 DM (1.175 DM Elementarunterhalt und 150 DM Altersvorsorgeunterhalt) zu zahlen hat, während es für die Zeit ab 1.7.2000 das angefochtene Ur., nach dem der Bekl monatlichen Unterhalt von insgesamt 1.755,61 DM (1.312,66 DM Elementarunterhalt, 217,89 DM Krankenvorsorgeunterhalt und 225,06 DM Altersvorsorgeunterhalt) entrichten muss, aufrechterhalten hat. In Nr. V des Entscheidungssatzes hat das OLG die Revision für den Bekl zugelassen, „soweit er seine Verurteilung zur Zahlung von (ergänzendem) Unterhalt gem. § 1576 BGB ab Juli 2001 zur Überprüfung durch den BGH stellen will“. Hierzu hat es in den Entscheidungsgründen ausgeführt, die Revision werde zugelassen, soweit ab Juli 2000 neben dem Anspruch auf Krankheitsunterhalt aus § 1572 Nr. 4 BGB in Höhe des bis dahin bestehenden

Anspruchs auf Aufstockungsunterhalt gem. § 1573 Abs. 2 BGB (monatlich insgesamt 1.325 DM) ein (ergänzender) Krankheitsunterhalt gem. § 1576 BGB zuerkannt worden sei. Die Frage, ob und inwieweit ein Unterhaltsanspruch nach § 1576 BGB gegeben sei, soweit ein Unterhaltsanspruch nach § 1572 BGB an dem erforderlichen Einsatzzeitpunkt scheitere, sei von grundsätzlicher Bedeutung.

Der Bekl hat Revision eingelegt; er beantragt, das angefochtene Ur. aufzuheben, soweit er für die Zeit vom 1.7.2000 an zur Zahlung höheren Unterhalts als monatlich 1.325 DM verurteilt worden ist, und insoweit nach seinen zweitinstanzlichen Anträgen zu erkennen.

Entscheidungsgründe: I. Die Revision ist mit dem gestellten Antrag zulässig.

Die unter Nr. V des Urteilstenors enthaltene Beschränkung der Revisionszulassung auf die Zeit ab Juli 2001 beruht – wie sich aus den Ausführungen in den Entscheidungsgründen ergibt – offensichtlich auf einem Schreibfehler; gemeint war die Zulassung der Revision in dem angegebenen Umfang für die Zeit ab Juli 2000.

Die insoweit vorgenommene Beschränkung ist entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung wirksam.

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH kann die Zulassung der Revision rechtswirksam auf einen rechtlich und tatsächlich selbstständigen Teil des Streitgegenstandes beschränkt werden, über den abgetrennt vom übrigen Verfahren im Wege eines Teilurteils nach § 301 ZPO oder eines Grundurteils nach § 304 ZPO gesondert hätte entschieden werden können oder auf den der Revisionskläger selbst seine Revision beschränken könnte (BGHZ 76, 397, 399; 101, 276, 278; 111, 158, 166; *Senatsurt.* v. 25.1.1995 – XII ZR 195/93 –, BGHR ZPO § 546 Abs. 1 S. 1 Revisionszulassung, beschränkte 15, jeweils m.N.). Es kann dahingestellt bleiben, ob im vorliegenden Fall die rechtlichen Voraussetzungen für den Erlass eines entsprechenden Teilurteils gegeben waren. Jedenfalls hätte der Bekl die Abänderung des Verbundurt. für die Zeit bis Juni 2000 insgesamt und für die Zeit danach in Höhe eines monatlichen Unterhalts von 1.325 DM hinnehmen und nur die darüber hinausgehende Unterhaltsabänderung angreifen können. Schon daraus ergibt sich die Wirksamkeit der vom Berufungsgericht ausgesprochenen Beschränkung der Zulassung. Dieser Beurteilung steht die Formulierung der Revisionszulassung im Urteilstenor nicht entgegen. Soweit dort von der Verurteilung des Bekl zur Zahlung von (ergänzendem) Unterhalt gem. § 1576 BGB die Rede ist, war damit keine – unzulässige – Beschränkung auf eine von mehreren Anspruchsgrundlagen gemeint. Aus der Begründung der Zulassung in den Entscheidungsgründen wird vielmehr ersichtlich, dass eine Beschränkung der Revisionszulassung auf den monatlich 1.325 DM übersteigenden Unterhalt beabsichtigt war und damit auf einen ziffernmäßig konkretisierten Teil des Ur. (vgl. hierzu BGH, *Urt.* v. 10.1.1979 – IV ZR 76/78 –, FamRZ 1979, 233 f.; *Senatsurt.* v. 21.4.1982 – IVb ZR 741/80 –, FamRZ 1982, 684 f.), soweit dieses die Zeit ab 1.7.2000 betrifft. Mit Rücksicht darauf ist es der Revisionserwiderung auch nicht verwehrt, Gegenrügen anzubringen, die nicht die vom Berufungsgericht als rechtsgrundsätzlich angesehene Frage betreffen, sondern für die rechtliche Beurteilung von Bedeutung sind, ob der Kl ein über monatlich 1.325 DM hinausgehender Gesamtunterhalt eventuell aus anderen Erwägungen zusteht.

II. In der Sache führt die Revision im Umfang der Anfechtung zur Aufhebung des Berufungsurt. und zur Zurückverweisung der Sache an das OLG.

1. Das Berufungsgericht, dessen Ur. in FamRZ 2002, 821 ff. veröffentlicht ist, hat angenommen, dass der Kl für die Zeit ab 1.7.2000 ein Unterhaltsanspruch nach § 1572

Nr. 4 BGB i.H.v. monatlich insgesamt 1.325 DM (Elementarunterhalt: 1.175 DM, Altersvorsorgeunterhalt: 150 DM) und i.H.v. weiteren 430,61 DM nach § 1576 BGB zustehe. Dazu hat es ausgeführt: Der Kl habe es in der Zeit von November 1998 bis Juni 2000 obliegen, eine vollschichtige Erwerbstätigkeit auszuüben. Nach den insoweit bindenden Feststellungen des Verbundurt. seien ihr zwar „mindere ausbildungsunabhängige Tätigkeiten“ unzumutbar. Eine Auslegung dieser Formulierung ergebe jedoch, dass der Kl Tätigkeiten hätten zugemutet werden sollen, die einerseits nicht zwingend eine Berufsausbildung voraussetzten, andererseits aber nicht minderer Art seien, wie die einer Hilfsarbeiterin oder Reinigungskraft. Deshalb könne sie sich nicht darauf zurückziehen, sie habe mangels Berufungsausbildung keine ihr zumutbare Beschäftigung erreichen können. Da sie sich nicht hinreichend um eine solche Tätigkeit bemüht habe und nicht ausgeschlossen werden könne, dass sie bei ausreichenden Bemühungen eine geeignete Arbeitsstelle habe finden können, müsse sie sich fiktive Einkünfte aus einer vollschichtigen Erwerbstätigkeit zurechnen lassen. Wegen der bereits im Ausgangsurt. aufgezeigten besonderen Umstände, zu denen noch der auf Drängen des Bekl im Mai 1998 erfolgte Auszug aus der früheren Ehwohnung und der Umzug in eine Mietwohnung hinzugekommen seien, liege eine Verletzung der Erwerbsobliegenheit erst ab November 1998 vor. Erst von da an entfalle deshalb der Unterhaltsanspruch aus § 1573 Abs. 1 BGB. Der Kl verbleibe aber ein Anspruch auf Aufstockungsunterhalt (§ 1573 Abs. 2 BGB), da die ihr zuzurechnenden fiktiven Einkünfte nicht ausreichten, um ihren nach den ehelichen Lebensverhältnissen bemessenen Unterhaltsbedarf zu decken. Mit Eintritt ihrer Erwerbsunfähigkeit im Juli 2000 sei der Anspruch auf Aufstockungsunterhalt entfallen und an seine Stelle ein Anschlussunterhaltsanspruch nach § 1572 Nr. 4 BGB getreten. Dieser bestehe jedoch nur in dem Umfang weiter, wie er zum Zeitpunkt des Wegfalls der Voraussetzungen des Anspruchs auf Aufstockungsunterhalt bestanden habe, also in Höhe der Differenz zwischen den fortgeschriebenen – fiktiven – Einkünften aus der vollschichtigen Erwerbstätigkeit und dem ehegemessenen Bedarf. Die Voraussetzungen für einen weiter gehenden Anspruch nach § 1572 Nr. 4 BGB seien dagegen nicht gegeben, weil es insoweit an dem erforderlichen Einsatzzeitpunkt fehle. Ein Unterhaltsanspruch nach § 1573 Abs. 1 BGB habe bei Eintritt der krankheitsbedingten Erwerbsunfähigkeit nicht mehr bestanden. § 1573 Abs. 4 BGB komme für den Einsatzzeitpunkt ebenfalls nicht in Betracht, weil die Erwerbsunfähigkeit erst zu einem Zeitpunkt eingetreten sei, in dem eine im November 1998 aufgenommene Tätigkeit, die wegen Verletzung der Erwerbsobliegenheit zu unterstellen sei, der Kl bereits eine nachhaltige Sicherung des Unterhalts durch eigene Einkünfte ermöglicht hätte. Eine im November 1998 aufgenommene Erwerbstätigkeit hätte im Juli 2000 bereits ein Jahr und acht Monate bestanden. Umstände, die einen Verlust der Arbeitsstelle hätten befürchten lassen, seien nicht ersichtlich; zumindest habe die Kl solche nicht hinreichend dargetan. Neben dem Unterhaltsanspruch aus § 1572 Nr. 4 BGB habe die Kl allerdings ab Juli 2000 einen ergänzenden Unterhaltsanspruch nach § 1576 BGB.

2. Diese Ausführungen halten nicht in allen Punkten der rechtlichen Nachprüfung stand.

a) Ein Unterhaltsanspruch nach § 1576 BGB kommt nur insoweit in Betracht, als das Unterhaltsbegehren nicht auf die Bestimmung des § 1572 BGB gestützt werden kann. Denn § 1576 BGB ist gegenüber § 1572 BGB subsidiär.

Die Frage, in welchem Verhältnis § 1576 BGB zu den Unterhaltstatbeständen der §§ 1570 bis 1573 und § 1575 BGB steht, hat der Senat bisher nur für § 1570 BGB entschieden. Er hat die Auffassung vertreten, dass insoweit eine Anspruchskonkurrenz ausgeschlossen sei, mithin Subsidiarität

des Billigkeitsanspruchs gegenüber dem Anspruch wegen Kindesbetreuung besteht (*Senatsurt. v. 25.1.1984 – IVb ZR 28/82 –*, FamRZ 1984, 361, 362 f.). Die hierzu angestellten Erwägungen, die sich insbesondere auf den Wortlaut des § 1576 BGB, dessen Stellung im Gesetz sowie die unterschiedlichen Tatbestandsstrukturen der §§ 1570 bis 1573 und § 1575 BGB einerseits und des § 1576 BGB andererseits stützen, gelten für das Verhältnis von § 1576 BGB zu § 1572 BGB gleichermaßen. Zudem entspricht dem Verständnis des § 1576 BGB als eines subsidiären Unterhaltstatbestandes auch der Gesetzeszweck: Die Vorschrift soll nach Art eines Auffangtatbestandes Regelungslücken schließen und Härten vermeiden, die sich aus dem enumerativen Tatbestandskatalog der §§ 1570 bis 1573 und § 1575 BGB ergeben könnten. Deshalb ist § 1576 BGB auch gegenüber § 1572 BGB als subsidiär anzusehen (ebenso: *Soergel/Häberle*, BGB, 12. Aufl., § 1576 Rn 11; *Staudinger/Verschraegen*, BGB, 12. Aufl., § 1576 Rn 38; *MünchKomm/Maurer*, BGB, 4. Aufl., § 1576 Rn 21; *RGRK-Cuny*, BGB, 12. Aufl., § 1576 Rn 8; *Wendl/Gerhardt*, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, 5. Aufl., § 4 Rn 165; *Schwab/Borth*, Handbuch des Scheidungsrechts, Kap. IV Rn 380; *Göppinger/Bäumel*, Unterhaltsrecht, 8. Aufl., Rn 1007). Daher muss ein Unterhaltsanspruch nach § 1572 BGB zu verneinen sein, bevor ein solcher aus § 1576 BGB zum Tragen kommen kann.

b) Das hat auch das Berufungsgericht so gesehen. Seine Ausführungen, mit denen es einen über den Betrag von monatlich 1.325 DM hinausgehenden Unterhaltsanspruch nach § 1572 Nr. 4 BGB abgelehnt hat, begegnen indessen, wie die Revisionserwiderung zu Recht geltend macht, rechtlichen Bedenken.

Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung insofern darauf gestützt, dass der Unterhalt der Kl durch die ihr angeonnene Tätigkeit nachhaltig gesichert gewesen sei, als sie krankheitsbedingt erwerbsunfähig wurde. Deshalb fehle es auch unter Heranziehung des § 1573 Abs. 4 BGB an dem für die Anwendbarkeit des § 1572 Nr. 4 BGB notwendigen Einsatzzeitpunkt des Wegfalls der Voraussetzungen für einen Unterhaltsanspruch nach § 1573 BGB.

aa) Nach § 1573 Abs. 4 BGB kann der geschiedene Ehegatte Unterhalt verlangen, wenn die Einkünfte aus einer angemessenen Erwerbstätigkeit wegfallen, weil es ihm trotz seiner Bemühungen nicht gelungen war, den Unterhalt durch die Erwerbstätigkeit nach der Scheidung nachhaltig zu sichern. Dieser Regelung liegt der Gedanke zugrunde, dass derjenige Ehegatte, dessen Unterhalt durch eine Erwerbstätigkeit nachhaltig gesichert ist, auf eine nachwirkende eheliche Solidarität später nicht mehr zurückgreifen können, sondern alle Folgen der noch ungewissen künftigen Entwicklung allein tragen soll. Für die Beurteilung, ob der Unterhalt durch eine Erwerbstätigkeit nachhaltig gesichert erscheint, ist maßgebend, ob diese im Zeitpunkt ihrer Aufnahme nach objektiven Maßstäben und allgemeiner Lebenserfahrung mit einer gewissen Sicherheit als dauerhaft angesehen werden kann oder ob befürchtet werden muss, dass der Bedürftige sie durch außerhalb seiner Entscheidungsfreiheit liegende Umstände in absehbarer Zeit wieder verliert. Dabei sind auch solche Umstände in die Beurteilung einzubeziehen, die zwar schon zu diesem Zeitpunkt bestehen, aber erst später zutage treten (*Senatsurt. v. 16.3.1988 – IVb ZR 40/87 –*, FamRZ 1988, 701, 702 und v. 6.5.1987 – IVb ZR 61/86 –, FamRZ 1987, 689). Es obliegt dem Unterhalt begehrenden Ehegatten darzulegen und notfalls zu beweisen, dass eine nachhaltige Sicherung seines Unterhalts nicht zu erreichen war (*Senatsurt. v. 9.10.1985 – IVb ZR 56/84 –*, FamRZ 1985, 1234). Entsprechendes gilt grundsätzlich auch dann, wenn dem Anspruchsteller lediglich fiktive Einkünfte zugerechnet werden. Auch solche können – fiktiv – zu einer nachhaltigen Sicherung i.S.d. § 1573

Abs. 4 BGB führen; andernfalls würde derjenige Unterhaltsberechtigte, der eine Erwerbsobliegenheit verletzt, in ungerechtfertigter Weise besser gestellt (*Kalthoener/Büttner/Niepmann*, Die Rechtsprechung zur Höhe des Unterhalts, 8. Aufl., Rn 436).

bb) Die Auffassung des Berufungsgerichts, die Bekl habe Umstände, die einen Verlust der Arbeitsstelle hätten befürchten lassen, nicht dargetan, solche seien auch nicht ersichtlich, berücksichtigt indessen nicht die Besonderheiten der hier gegebenen Fallgestaltung. Da die Kl tatsächlich keiner vollschichtigen Erwerbstätigkeit nachging, konnte sie zur Nachhaltigkeit der Unterhaltssicherung durch bestimmte Erwerbstätigkeiten keine Angaben machen. Sie war vielmehr darauf beschränkt, auf diejenigen Umstände hinzuweisen, die unter Berücksichtigung ihrer konkreten Situation gegen die betreffende Annahme sprechen konnten. Das hat sie insoweit auch getan, als sie verschiedene Gesichtspunkte angeführt hat, die die Aufnahme einer ihr zumutbaren Beschäftigung zumindest erschwert und bisher nicht zu einer dauerhaften Einstellung geführt hätten. Diese Umstände sind aber gleichermaßen für die Beantwortung der Frage heranzuziehen, ob der Kl durch die Aufnahme einer angemessenen Erwerbstätigkeit eine nachhaltige Unterhaltssicherung hätte gelingen können. Insofern kommt einerseits sowohl dem Alter der Kl, ihrer fehlenden Berufsausbildung und dem Umstand, dass ihr nach Auffassung des Berufungsgerichts angesichts der Lebensstellung der Parteien nicht jedwede Tätigkeit zumutbar ist, und andererseits der Tatsache Bedeutung zu, dass sie in der Vergangenheit nur eine Aushilfsbeschäftigung im sozialversicherungsfreien Bereich ausgeübt bzw. einer – wenn auch um drei Monate verlängerten – zeitlich befristeten Tätigkeit nachgegangen ist. Ob angesichts dieser Situation unter Berücksichtigung der Arbeitsmarktverhältnisse für die Kl eine nachhaltige Sicherung des Unterhalts durch Erwerbstätigkeit zu erreichen war, ist in tatrichterlicher Verantwortung zu prüfen. Dabei wird auch zu beachten sein, dass das Berufungsgericht auf Grund der der Kl zugestandenen Vermittlungsschwierigkeiten erst für die Zeit ab November 1998 von der Aufnahme einer zumutbaren vollschichtigen Tätigkeit ausgegangen ist. Solche Schwierigkeiten können sich aber im Fall der Notwendigkeit eines Arbeitsplatzwechsels infolge unverschuldeter Verlusts einer Arbeitsstelle wiederholen, was ebenfalls der Annahme einer nachhaltigen Unterhaltssicherung entgegenstehen könnte.

cc) Danach kann jedenfalls derzeit nicht ausgeschlossen werden, dass der Tatbestand des § 1573 Abs. 4 BGB für die Zeit ab 1.7.2000 erfüllt war und zu einem Anschlussunterhaltsanspruch nach § 1572 Nr. 4 BGB führen kann. Das angefochtene Urt. kann deshalb mit der gegebenen Begründung keinen Bestand haben.

3. Die angefochtene Entscheidung stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 563 ZPO a.F.). Denn erst wenn feststeht, dass ein Unterhaltsanspruch aus § 1572 Nr. 4 BGB als Anschlussunterhalt nach einem Anspruch aus § 1573 Abs. 4 BGB nicht gegeben ist, wird über einen Unterhaltsanspruch aus Billigkeitsgründen nach § 1576 BGB zu befinden sein.

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

a) Die Auffassung des Berufungsgerichts, der Anschlussunterhaltsanspruch der Kl nach § 1572 Nr. 4 BGB bestehe nur in dem Umfang weiter, wie er zum Zeitpunkt des Wegfalls der Voraussetzungen für den Anspruch auf Aufstockungsunterhalt bestanden habe, steht mit der Rechtsprechung des *Senats* in Einklang (vgl. *Senatsurt.* v. 27.6.2001 – XII ZR 135/99 –, *FamRZ* 2001, 1291, 1294).

b) Danach kommt, wie das Berufungsgericht ebenfalls zutreffend ausgeführt hat, ein Anschlussunterhaltsanspruch bezüglich des Anspruchs auf Aufstockungsunterhalt in Be-

tracht, der sich ausgehend von den fortgeschriebenen Einkünften der Kl aus einer vollschichtigen Erwerbstätigkeit und dem eheangemessenen Bedarf bemisst. Insofern wird allerdings die sich auf die Bemessung der ehelichen Lebensverhältnisse auswirkende geänderte Rechtsprechung des *Senats* zur Anwendung der so genannten Anrechnungsmethode zu beachten sein (*Senatsurt.* v. 13.6.2001 – BGHZ 148, 105 ff.*). Diese Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung hat zu einer neuen Rechtslage geführt, die auch bei der Abänderung eines Unterhaltsurteils für den Unterhaltszeitraum zu berücksichtigen ist, der der Verkündung des die bisherige Rechtsprechung aufgebenden Urteils des *Senats* folgt. Für die Zeit davor verbleibt es dagegen hinsichtlich der Unterhaltsbemessung bei der früheren Rechtslage (*Senatsurt.* v. 5.2.2003 – XII ZR 29/00 –, *FamRZ* 2003, 848, 851 f.**). Die Berücksichtigung dieses Abänderungsgrundes dürfte zur Folge haben, dass der Kl bereits als Anschlussunterhalt in Bezug auf den Aufstockungsunterhalt ein über dem Gesamtbetrag von 1.325 DM liegender Unterhalt zusteht.

c) Was die Erwägungen des Berufungsgerichts zu dem Unterhaltsanspruch aus § 1576 BGB anbelangt, so dürften diese keinen grundsätzlichen rechtlichen Bedenken begegnen. Das Berufungsgericht hat insofern ausgeführt: In einer Erkrankung könne ein schwer wiegender Grund im Sinne der vorgenannten Bestimmung gesehen werden, der die Annahme zu rechtfertigen vermöge, die Versagung von Unterhalt sei unter Berücksichtigung der Belange beider Ehegatten grob unbillig. Vorliegend erscheine die Nichtgewährung eines über insgesamt monatlich 1.325 DM hinausgehenden Unterhalts unbillig, da der zuzuerkennende Elementarunterhalt den notwendigen Eigenbedarf der Kl nicht abdecke, der Altersvorsorgeunterhalt so gering sei, dass damit eine nennenswerte Altersversorgung nicht aufgebaut werden könne, und Krankenvorsorgeunterhalt überhaupt nicht berücksichtigt sei. Bei der Abwägung der Belange der Ehegatten sei insbesondere die Ehedauer von knapp 28 Jahren bis zur Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags bzw. knapp 30 Jahren bis zur Rechtskraft der Scheidung zu berücksichtigen sowie der Umstand, dass die bei Eheschließung erst 20 Jahre alte Kl auf Grund der gemeinsamen Lebensplanung der Parteien die Betreuung und Erziehung des gemeinsamen Sohnes und die Haushaltsführung übernommen habe und daher eine eigene berufliche Entwicklung nicht habe erfahren können. Dies begründe eine erhöhte naheheliche Mitverantwortung des Bekl gegenüber der Kl. Es widerspräche jeglichem Gerechtigkeitsempfinden, der Kl einen weitergehenden Unterhalt zu versagen, zumal der Bekl unschwer in der Lage sei, den zur Deckung des Bedarfs der Kl notwendigen Unterhalt zu zahlen. Deshalb sei es gerechtfertigt, es bei dem vom AG zuerkannten Betrag von insgesamt 1.755,61 DM monatlich zu belassen, der hinter dem eheangemessenen Unterhalt zurückbleibe.

Nach der Rechtsprechung des *Senats* ist der Anwendungsbereich der Vorschrift des § 1576 BGB entsprechend ihrer Ausgestaltung als allgemeine Härteklausel weder im Verhältnis zum Regelungsbereich der §§ 1570 ff. BGB auf gegenständlich andere als die dort genannten Gründe begrenzt noch sonst Beschränkungen auf bestimmte Unterhaltstatbestände unterworfen. Außerdem müssen die in § 1576 BGB vorausgesetzten schwer wiegenden Gründe für die Unzumutbarkeit der Erwerbstätigkeit und die daraus resultierende Bedürftigkeit nicht ehebedingt sein (*Senatsurt.* v. 11.5.1983 – IVb ZR 382/81 –, *FamRZ* 1983, 800, 801). Mit Rücksicht auf diese Erwägungen hat der *Senat* bereits in vergleichbaren Fallgestaltungen den Hinweis für geboten

* *Anm. der Red.:* FF 2001, 135 = *FamRZ* 2001, 986.

** *Anm. der Red.:* FF 2003, 135 (LSe).

gehalten, die Voraussetzungen des § 1576 BGB seien zu prüfen, sofern die Zubilligung eines Unterhaltsanspruchs wegen Krankheit lediglich am Einsatzzeitpunkt scheitere (vgl. *Senatsurt.* v. 31.1.1990 – XII ZR 36/89 –, *FamRZ* 1990, 496, 499 und v. 23.3.1983 – IVb ZR 370/81 –, veröffentlicht bei *Juris*) und die zusätzliche Voraussetzung der groben Unbilligkeit erfüllt sei. Insofern dürfte es der Heranziehung der genannten Bestimmung nicht entgegenstehen, wenn eine krankheitsbedingte Erwerbsunfähigkeit nicht bereits zu einem der in § 1572 BGB genannten Einsatzzeitpunkte vorlag. Anders als andere Unterhaltstatbestände sieht § 1576 BGB Einsatzzeitpunkte nicht vor. Der *Senat* neigt allerdings mit einer verbreiteten Auffassung im Schrifttum dazu, dass es sachgerecht erscheint, den Umstand, dass ein nach der Scheidung mit einem Unterhaltsanspruch nicht belasteter Ehegatte mit fortschreitender Dauer immer weniger mit einer Inanspruchnahme auf Unterhalt zu rechnen braucht, bei der zu treffenden Billigkeitsentscheidung zu berücksichtigen (vgl. hierzu etwa *Schwab/Borth*, a.a.O., Kap. IV Rn 368; *Johannsen/Henrich/Büttner*, *Eherecht*, 3. Aufl., § 1576 Rn 5; *Soergel/Häberle*, a.a.O., § 1576 Rn 7; *MünchKomm/Maurer*, a.a.O., § 1576 Rn 17; *Göppinger/Bäumel*, a.a.O., Rn 1008; anderer Ansicht: *Kaltboener/Büttner/Niepmann*, a.a.O., Rn 455).

Anm. der Red.: Zur Entscheidung findet sich eine *Anm.* von *Büttner* in *FamRZ* 2003, 1830.

Auswirkungen der schematisierenden Regelung des Stichtagsprinzips beim Zugewinnausgleich

§ 1375 Abs. 1 S. 1 BGB

BGH, *Urt.* v. 27.8.2003 – XII ZR 300/01 –*
(OLG Hamburg)

Zur Berücksichtigung laufenden Einkommens, das am Stichtag in Form von Bar- oder Bankguthaben vorhanden ist, beim Endvermögen.

Tatbestand: Durch *Urt.* des AG – Familiengericht – H v. 25.6.1999 wurde die Ehe der Parteien geschieden; insoweit ist das *Urt.* mit Ablauf des 24.9.1999 rechtskräftig geworden. Ferner wurde über das Sorgerecht für die drei Kinder der Parteien entschieden, der Versorgungsausgleich durchgeführt und der AGg zu monatlichen Unterhaltszahlungen für die ASt und die Kinder verurteilt. Außerdem wurde er verurteilt, an die ASt einen Zugewinnausgleich von 4.044,99 DM zuzüglich Zinsen zu zahlen.

Im Revisionsverfahren streiten die Parteien noch um den Zugewinnausgleich; sie halten die jeweils andere Partei für ausgleichspflichtig.

Unstreitig hatten beide Parteien kein Anfangsvermögen. Zum Stichtag 28.11.1997 (Zustellung des Scheidungsantrags) waren sie zu je 1/2 Miteigentümer eines Hausgrundstücks, dessen Wert sie übereinstimmend mit 650.000 DM angegeben haben. Unstreitig sind ferner zwei Darlehensverbindlichkeiten gegenüber der H.er Sparkasse und der Wohnungsbaukreditanstalt, die sich zum Stichtag für beide Parteien auf jeweils 56.231,01 DM und 47.109,17 DM beliefen. Unstreitig ist ferner, dass dem AGg ein PKW gehörte, der am Stichtag einen Wert von 3.965 DM (nicht: 3.963 DM) hatte, und dass sein Girokonto zum Stichtag ein Guthaben von 4.124,97 DM aufwies. Das Berufungsgericht ist daher – dem AG folgend – von einem um 3.965 DM + 4.124,97 DM = 8.089,97 DM höheren Zugewinn des AGgs ausgegangen und hat dessen Berufung auch insoweit zurückgewiesen, als er zur Zahlung der Hälfte dieses Betrages

= 4.044,99 DM nebst Zinsen an die ASt verurteilt worden ist.

Dagegen richtet sich die Revision des AGgs, mit der er seinen Antrag weiterverfolgt, die Entscheidung des AG über den Zugewinnausgleich dahingehend abzuändern, dass die ASt verurteilt wird, an ihn einen Zugewinnausgleich i.H.v. 110.517,50 DM nebst Zinsen zu zahlen.

Insoweit macht die Revision geltend, bei der Berechnung des Endvermögens des AGgs habe das Berufungsgericht zu Unrecht Darlehensverbindlichkeiten i.H.v. 225.000 DM nicht berücksichtigt, nämlich 125.000 DM, die er von seinem Bruder E G und 100.000 DM, die er von dem Bruder seiner Schwägerin, J O, zur Finanzierung des Hauses erhalten habe. Ferner sei das Guthaben auf seinem Girokonto per 28.11.1997 zu Unrecht als Endvermögen berücksichtigt worden, da er davon die zum 1.12.1997 fälligen Unterhaltsforderungen und die zum Ende des 4. Quartals 1997 fälligen Kapitaldienstleistungen für seine Bankverbindlichkeiten habe begleichen müssen. Daraus ergebe sich ein um 225.000 DM – 3.965 DM (PKW) = 221.035 DM höherer Zugewinn der ASt, mithin ein Anspruch auf Zugewinnausgleich i.H.v. 110.517,50 DM.

Entscheidungsgründe: Die Revision führt zur Aufhebung des Berufungsurts. und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I. Beide Vorinstanzen sind von der Geltung deutschen Ehegüterrechts ausgegangen. Dies wird von der Revision als ihr günstig nicht angegriffen und hält der rechtlichen Prüfung im Ergebnis stand.

Zwar waren die Parteien nach den getroffenen Feststellungen noch türkische Staatsangehörige, als sie 1976 bzw. 1978 als Asylbewerber nach Deutschland kamen und 1984 dort heirateten. Sie wurden erst 1989 eingebürgert.

Artt. 220 Abs. 2 S. 5, 15 Abs. 1, 14 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB, denen zufolge in einem solchen Fall grundsätzlich türkisches Ehegüterrecht maßgebend ist, das keinen Zugewinnausgleich kennt, sind indes nicht anzuwenden, da den Asylanträgen der Parteien nach den getroffenen Feststellungen stattgegeben wurde.

Anerkannte Asylbewerber haben gem. § 2 Abs. 1 AsylVfG die Rechtsstellung nach dem Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge v. 28.7.1951 (Genfer Flüchtlingskonvention, *BGBI.* 1953 II 559), und zwar auch schon für die Zeit vor der (nicht konstitutiven) Asylentscheidung (vgl. *Palandt/Heldrich*, *BGB*, 62. Aufl., Anhang zu Art. 5 EGBGB Rn 31), so dass es auf deren vom Berufungsgericht nicht festgestellten Zeitpunkt nicht ankommt. Art. 5 Abs. 2 EGBGB ersetzt für diesen Personenkreis allgemein die Staatsangehörigkeit durch das Personalstatut des Art. 12 der Konvention (vgl. *Staudinger/v. Bar/Mankowski*, *BGB* [1996], Art. 14 EGBGB Rn 33), das sich nach ihrem gewöhnlichen Aufenthalt richtet, hier also: Deutschland (vgl. *Palandt/Heldrich*, a.a.O., Art. 14 EGBGB Rn 7 a.E.).

II. Zu Recht hat das Berufungsgericht bei der Berechnung des Endvermögens des AGgs auch das zum Stichtag (28.11.1997) vorhandene Guthaben auf seinem Girokonto (4.124,97 DM) berücksichtigt. Ohne Erfolg macht die Revision geltend, dieser Betrag sei dem Endvermögen nicht hinzuzurechnen, weil die drei Tage später fällig werdenden Unterhaltszahlungen für Dezember 1997 i.H.v. 2.200 DM sowie die zum Ende des vierten Quartals 1997 fällig werdenden Kapitaldienstleistungen i.H.v. 2.692 DM für die beiden Bankdarlehen aus diesem Kontoguthaben hätten bestritten werden müssen.

1. Die erst nach dem Stichtag fällig werdenden Tilgungs- und Zinsbelastungen aus den beiden Darlehen der H.er

* *Anm. der Red.:* Die Entscheidung ist zur Veröffentlichung in *BGHZ* vorgesehen.