

Keine Bedarfsprägung durch Unterhaltspflicht für ein nach Scheidung geborenes Kind

— §§ 1578 Abs. 1 S. 1, 1581 S. 1, 1573 Abs. 5 BGB;
§§ 524 Abs. 2 S. 3, Abs. 3, 323 ZPO

1. Die ehelichen Lebensverhältnisse werden – entgegen BGH, *Urt. v. 15.3.2006 – XII ZR 30/04 (FamRZ 2006, 683 = NJW 2006, 1654)* – durch die Unterhaltspflicht für ein nach Rechtskraft der Ehescheidung geborenes Kind aus einer neuen Verbindung des Unterhaltsschuldners nicht geprägt, sodass der Unterhalt für dieses Kind im Rahmen der Bedarfsbestimmung nicht vorab vom Einkommen des Unterhaltspflichtigen abzusetzen ist.

2. Zum Vorliegen eines „Karrieresprungs“ bei einem Arzt (hier verneint bei Antritt einer Oberarztstelle knapp 2,5 Jahre nach Rechtskraft der Ehescheidung).

3. Eine Anschlussberufung des Berufungsbeklagten in einem Unterhaltsverfahren kommt außerhalb der Frist zur Berufungserwiderung (§ 524 Abs. 2 Satz 2 ZPO) nur in Betracht, wenn eine nachträglich eingetretene Änderung nach Maßgabe von § 323 ZPO behauptet wird.
(*Leitsätze des Einsenders*)

OLG Celle, *Urt. v. 18.7.2007 – 15 UF 236/06 (AG Holzminden)*

Aus den Gründen: I. Die Parteien sind durch Verbundurteil des AG – Familiengericht – v. 26.5.2000 seit dem 8.8.2000 rechtskräftig geschiedene Eheleute. Sie haben sich im Februar 1997 getrennt. Die gemeinsamen Kinder H (geboren am 1.4.1993) und R (geboren am 25.4.1995) werden von der Klägerin in ihrem Haushalt betreut. Der Beklagte hat wieder geheiratet. Aus seiner zweiten Ehe sind die Kinder M (geboren am 3.9.2001) und J (geboren am 15.4.2004) hervorgegangen.

Der Beklagte schuldet der Klägerin nach dem vorgenannten Urteil nachehelichen Unterhalt von umgerechnet monatlich 518,96 EUR (1.015 DM), davon 103,28 EUR (202 DM) Altersvorsorgeunterhalt. Den gemeinsamen Kindern hatte er nach dem Prozessvergleich vom 28.4.2004 Kindesunterhalt in Höhe von 180 % des Regelbetrages abzgl. des anrechenbaren Kindergeldes zu zahlen. Für die Zeit ab Juli 2006 ist diese Unterhaltsverpflichtung im Prozessvergleich vom 28.6.2006 auf einen Betrag in Höhe von 190 % des Regelbetrages abzgl. des anrechenbaren Kindergeldes abgeändert worden. Dabei waren sich die Parteien darüber einig, dass die Erhöhung schulbedingten Sonder- und Mehrbedarf erfasst.

Erstinstanzlich hat die Klägerin beantragt, den Beklagten unter Abänderung des Urteils des AG – Familiengericht – zur Zahlung eines Unterhaltsrückstandes von insgesamt 7.760,28 EUR (Elementar- und Altersvorsorgeunterhalt) für Juni 2005 bis März 2006 sowie eines monatlichen Ehegattenunterhalts von 1.302 EUR, davon 282 EUR Altersvorsorgeunterhalt, für die Zeit ab April 2006 zu verurteilen, abzüglich für April 2006 und Mai 2006 gezahlter je 518,96 EUR. Sie hat

sich darauf berufen, dass im abzuändernden Urteil die damaligen Einkünfte des Beklagten als Assistenzarzt zu Grunde gelegt worden sind und er inzwischen als Oberarzt tätig ist.

Das AG hat der Abänderungsklage teilweise stattgegeben und für Juni 2005 bis März 2006 insgesamt 1.400,40 EUR, davon 227,20 EUR Altersvorsorgeunterhalt, als Rückstand sowie für die Zeit ab April 2006 monatlichen Ehegattenunterhalt von 764 EUR, davon 152 EUR Altersvorsorgeunterhalt, zuerkannt. Dabei sind die vom Beklagten als Oberarzt erzielten Einkünfte eingestellt worden. Der für die gemeinsamen Kinder zu zahlende Unterhalt ist auch hinsichtlich der Zeit ab Juli 2006 mit monatlich 180 % des Regelbetrages abzgl. des hälftigen Kindergeldes zu Grunde gelegt. Die Unterhaltslast des Beklagten für die Kinder aus der neuen Ehe ist bei der Bemessung des Unterhaltsbedarfs unberücksichtigt geblieben. Auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil wird gem. § 540 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ZPO Bezug genommen.

Mit seiner Berufung verfolgt der Beklagte die vollständige Abweisung der Klage. Dazu macht er geltend, sein beruflicher Aufstieg vom Assistenz- zum Oberarzt stelle einen sog. Karrieresprung dar und habe deshalb die ehelichen Lebensverhältnisse nicht geprägt. Darüber hinaus sei nach Maßgabe der neueren Rspr. des BGH der Kindesunterhalt für M und J bereits bei der Ermittlung des Unterhaltsbedarfs der Klägerin in die Berechnung einzustellen.

Die Klägerin hat im Verhandlungstermin Anschlussberufung eingelegt und beantragt, den Beklagten unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils und des Urteils des AG – Familiengericht – v. 26.5.2000 zur Zahlung eines Unterhaltsrückstandes von 3.000 EUR Elementar- und 400 EUR Altersvorsorgeunterhalt für Juni 2005 bis März 2006 sowie eines monatlichen Ehegattenunterhalts von 1.050 EUR, davon 200 EUR Altersvorsorgeunterhalt, für die Zeit ab April 2006, abzüglich jeweils gezahlter Beträge, zu verurteilen.

II. Die Berufung ist unbegründet.

1. Es sind die vom Beklagten tatsächlich erzielten Einkünfte, d.h. diejenigen als Oberarzt einzustellen.

Diese Erwerbseinkünfte hätten die gem. § 1578 Abs. 1 S. 1 BGB für den Unterhaltsbedarf der Klägerin maßgeblichen ehelichen Lebensverhältnisse der Parteien nur dann nicht geprägt, wenn sie auf einer erst nach Eintritt der Rechtskraft der Ehescheidung, mithin seit dem 8.8.2000 eingetretenen unerwarteten und vom Normalverlauf erheblich abweichenden Entwicklung, d.h. auf einem nachehelichen Karrieresprung (vgl. zuletzt BGH NJW 2007, 1961) und nicht auf einer schon während der Ehe angelegten beruflichen Entwicklung beruhen würden. Denn an jener Entwicklung nimmt die Klägerin wie im Fall eines Fortbestands der Ehe teil, wobei sie nicht nur von Einkommenssteigerungen profitiert, sondern auch das Risiko möglicher Einkommenseinbußen mit zu tragen hat (vgl. BGH NJW 1987, 459, 460 f.; 1991, 307, 308 ff.; 1992, 1045, 1046; 2003, 848, 850; 590, 592). An einem Karrieresprung im vorbezeichneten Sinn fehlt es, wenn

der Einkommenssteigerung eine Entwicklung zu Grunde liegt, die aus der Sicht zum Zeitpunkt der Scheidung mit so hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten war, dass die Parteien ihren Lebenszuschnitt vernünftigerweise schon darauf einstellen konnten (vgl. BGH NJW 2007, 1961, 1963 Rn 22; 2006, 1654, 1656 Rn 26; 1794, 1796 f. Rn 26). Letzteres ist nach den tatsächlichen Feststellungen des Senats hier der Fall. Das ergibt sich sowohl aus der Würdigung des beiderseitigen Parteivortrags wie aus dem Ergebnis der persönlichen Anhörung der Parteien im Verhandlungstermin.

Der Beklagte hat am 1.12.1991 eine Tätigkeit als Assistenzarzt (zunächst sog. Arzt im Praktikum) im Evangelischen B-Krankenhaus aufgenommen und wechselte im April 1995 an das Kreiskrankenhaus H. Ausweislich der vorgelegten Urkunden über das Recht zum Führen einer Arztbezeichnung hat er am 21.10.1998 die Ausbildung zum Facharzt für Innere Medizin abgeschlossen und am 20.2.2002 diejenige zum Facharzt für Innere Medizin – Kardiologie. Letztere hatte der Beklagte am 1.9.1999 begonnen und zugleich seine zuvor frei- bzw. nebenberuflich ausgeübte Tätigkeit als Praxisvertretung für einen Allgemeinmediziner aufgegeben. Am 1.12.2002 erfolgte der Antritt der ersten Oberarztstelle am Stadtkrankenhaus K, am 1.4.2005 der Wechsel auf eine entsprechende Position am Evangelischen Krankenhaus H. Zu diesem Werdegang hat der Beklagte bei seiner Anhörung angegeben, die Weiterbildung zum Facharzt für Innere Medizin habe er mit Beginn seiner Berufstätigkeit am 1.12.1991 im B-Krankenhaus begonnen, wo er der Inneren Abteilung zugewiesen worden sei. Er habe vor Ort Kontakt zu einem Allgemeinmediziner gehabt und dann in dessen Praxis „hineingeschnuppert“, weil er für sich die Möglichkeit einer Tätigkeit als niedergelassener Arzt für Allgemeinmedizin gesehen habe, zumal dafür eine Ausbildung zum Facharzt für Innere Medizin von Vorteil gewesen wäre. Konkrete Ziele und Absprachen im Hinblick auf eine Niederlassung habe es aber nicht gegeben. Die Möglichkeit der Weiterbildung zum Kardiologen habe sich nach seinem Wechsel in das Krankenhaus H durch die dortige Umstrukturierung ergeben. Anfang des Jahres 1996 sei er für die Kardiologie eingeteilt worden.

Die Klägerin hat erklärt, sie habe ihr Studium im März 1991 abgeschlossen und dann ein 1,5 Jahre dauerndes Trainee-Programm bei ihrem jetzigen Arbeitgeber, der Nord/LB in H, begonnen. Bei Aufnahme der Berufstätigkeit habe sie bereits ein höheres Einkommen erzielt als dann der Beklagte. Sie sei trotz ihrer Schwangerschaft mit H von der Nord/LB in den Firmenkundenbereich übernommen worden und im Projektfinanzierungsbereich mit Perspektive tätig gewesen. Seit Februar 1993 sei sie wegen Geburt und Betreuung der Kinder nicht erwerbstätig gewesen und habe ihre Arbeit erst im September 1998 wieder aufgenommen. Es habe zwischen den Parteien Einigkeit darüber bestanden, dass der Beklagte „Hauptverdiener“ der Familie sein würde. Für ihn sei es nicht infrage gekommen, zu Hause zu bleiben. Diese Überlegungen seien auch im Zusammenhang mit der Schenkung eines

Wohnhauses durch ihren Vater angestellt worden. Sie habe den Beklagten darin bestärkt und unterstützt, zur Verbesserung seiner beruflichen Chancen zu promovieren; im September 1994 habe er seine Dissertation abgegeben. Es sei von vornherein klar gewesen, dass der Beklagte Facharzt werden und eine Oberarztstelle anstreben würde. Schon 1993 habe er kardiologische Fachbücher gekauft und sich mit deren Hilfe weitergebildet. Der Wechsel zum Krankenhaus H sei gezielt zur Weiterführung der Ausbildung am dort im Aufbau befindlichen kardiologischen Zentrum unter Nutzung dorthin bestehender persönlicher Verbindungen erfolgt.

Die durch die Klägerin persönlich gegebene Darstellung erscheint ohne Einschränkung nachvollziehbar und glaubhaft. Sie steht im Ergebnis mit den Angaben des Beklagten in Einklang, der ihr im Termin auch nicht entgegengetreten ist. Danach erscheint dem Senat insgesamt die tatrichterliche Würdigung (§ 286 ZPO) gerechtfertigt, dass die im Dezember 2002 durch Antritt der ersten Oberarztstelle vollendete berufliche Entwicklung des Beklagten noch in der Ehe der Parteien angelegt war und insoweit eine nach den gemeinsamen Vorstellungen der Parteien normale bzw. planmäßige Entwicklung vorliegt, auf die sie sich einstellen durften und letztlich auch eingestellt haben – wie aus der Entscheidung zur Familiengründung, der einvernehmlichen Zuweisung der Kindesbetreuung an die gleichfalls akademisch gebildete und in durchaus aussichtsreicher beruflicher Position befindliche Klägerin sowie aus der Übernahme der mit dem Eigentum am Familienheim verbundenen Verpflichtungen folgt.

2. Danach ergibt sich für die streitige Zeit ab Juni 2005 nachfolgende Beurteilung und Berechnung.

... (wird ausgeführt)

Dann verbleiben zunächst Einkünfte von 3.817 EUR.

– Kindesunterhalt

Die Unterhaltsbelastung für die nach Rechtskraft der Ehescheidung geborenen, aus der neuen Ehe des Beklagten hervorgegangenen Kinder M (geboren am 3.9.2001) und J (geboren am 15.4.2004) sind wie im angefochtenen Urteil bei der Ermittlung des Unterhaltsbedarfs der Klägerin nicht zu berücksichtigen.

Nach bisheriger gefestigter Rspr. des BGH (vgl. BGH NJW 1999, 717, 719 m.w.N.) waren aus einer neuen Verbindung des Unterhaltspflichtigen stammende Kinder bei der Bemessung des Unterhaltsbedarfs des geschiedenen Ehegatten nur zu berücksichtigen, wenn sie bei Eintritt der Scheidungsrrechtskraft bereits geboren waren. Dies entspricht der geltenden Fassung des § 1578 Abs. 1 S. 1 BGB, wonach sich das Maß des Unterhalts nach den ehelichen Lebensverhältnissen bestimmt. Nach der vom Gesetzgeber (zunächst) geplanten Neuregelung des Unterhaltsrechts laut Gesetzentwurf vom 15.6.2006 (BT-Drucks 16/1830) sollte daran festgehalten und lediglich die für die Verteilung des verfügbaren Einkommens im Mangelfall maßgebliche Rangfolge zu Gunsten der – auch nahehelich geborenen – Kinder durch Neufassung der §§ 1582, 1609 BGB verändert werden, sodass weiterhin die

Unterhaltslast für nachehelich geborene Kinder nur bei Feststellung der Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen gem. § 1581 S. 1 BGB zu berücksichtigen wäre.

Damit lässt sich die dem Urteil des BGH vom 15.3.2006 (vgl. BGH NJW 2006, 1654, 1657 Rn 27) zu entnehmende Auffassung, das Hinzutreten weiterer vorrangiger oder gleichrangiger Unterhaltsberechtigter nach Rechtskraft der Ehescheidung müsse sich unter dem Gesichtspunkt wandelbarer Lebensverhältnisse bereits auf den Unterhaltsbedarf des geschiedenen Ehegatten auswirken, zur Überzeugung des Senats nicht in Einklang bringen. Die Unterhaltslast für aus einer neuen Verbindung hervorgegangene, nach rechtskräftiger Scheidung geborene Kinder könne die ehelichen Lebensverhältnisse der geschiedenen Ehegatten schon deshalb nicht mehr geprägt haben, weil sich diese für den Fall einer Wiederherstellung ihrer ehelichen Lebensgemeinschaft gar nicht darauf einstellen konnten. Der Senat teilt deshalb die mutmaßlich geänderte Auffassung des BGH nicht. Auf die Ausführungen unter 1.c) der Gründe im Senatsurt. v. 11.4.2007 (15 UF 221/06 OLG Celle; 20 F 25/06 AG Peine, die zugelassene Revision ist eingelegt zu BGH XII ZR 62/07) wird Bezug genommen. Dass es dort um die Unterhaltslast für ein nach rechtskräftiger Ehescheidung angenommenes Kind (§ 1754 Abs. 1 BGB) ging, macht im Ergebnis der rechtlichen Beurteilung keinen Unterschied.

Somit ist nur der nach dem Prozessvergleich vom 28.4.2004 für die gemeinsamen Kinder H und R monatlich zu zahlende Unterhalt in Höhe von je 180 % des Regelbetrages einzustellen, und zwar in Höhe des Tabellensatzes (vgl. BGH NJW 2005, 503, 506 f.).

Dann verbleiben für die Berechnung des Ehegattenunterhalts maßgebliche Einkünfte von monatlich (3.817 -512 -434) 2.871 EUR für Juni 2005 und (3.817 -524 -445) 2.848 EUR für die Zeit ab Juli 2005.

– Einkünfte der Klägerin

... (wird ausgeführt)

Somit sind Einkünfte von monatlich 1.363 EUR einzustellen.

– Unterhaltsbedarf der Klägerin

Nach Maßgabe des Halbteilungsgrundsatzes errechnet sich unter beiderseitiger Berücksichtigung des Erwerbstätigenbonus von einem Siebtel (Nr. 15.2 Unterhaltsrechtliche Leitlinien des OLG Celle) ein Ausgangsbedarf der Klägerin von monatlich rund [(2.871 -1.363) 1.508 × 3/7] 646 EUR für Juni 2005 und [(2.848 -1.363) 1.485 × 3/7] 636 EUR für die Zeit ab Juli 2005.

Das ergibt nach der Bremer Tabelle einen Altersvorsorgeunterhalt von monatlich rund 145 EUR bzw. 143 EUR. Dann errechnet sich ein Elementarunterhalt von monatlich rund [(1.508 -145) 1.363 × 3/7] 584 EUR für Juni 2005 und [(1.485 -143) 1.432 × 3/7] 575 EUR für die Zeit ab Juli 2005, mithin ein Gesamtunterhalt von monatlich (584 + 145) 729 EUR bzw. (575 + 143) 718 EUR. Somit sind die vom AG ausweislich der Gründe des angefochtenen Urteils im Rahmen der Rückstandsberechnung zuerkannnten (492 + 122) 614 EUR gerechtfertigt.

– Leistungsfähigkeit des Beklagten

Bei der Feststellung der unterhaltsrechtlichen Leistungsfähigkeit gem. § 1581 S. 1 BGB ist wie dargelegt der Kindesunterhalt für M (geboren am 3.9.2001) und J (geboren am 15.4.2004) zu berücksichtigen. Weil sich die Lebensstellung der Kinder gem. § 1610 Abs. 1 BGB aus derjenigen des Beklagten ableitet, ist der Unterhalt einzustellen, der sich nach den oben festgestellten tatsächlichen (vgl. Urteil des BGH vom 23.5.2007 zu XII ZR 245/04, Rn 28 der Entscheidungsgründe) Einkünften von monatlich 3.817 EUR aus der Düsseldorfer Tabelle ergibt. Das sind 180 % des Regelbetrages (wie für H und R tituliert), mithin jeweils 359 EUR für Juni 2005 und 368 EUR für die Zeit ab Juli 2005.

Unter Berücksichtigung des dem Beklagten insgesamt, d.h. im Verhältnis zur Klägerin und allen vier Kindern zu belastenden Selbstbehalts von monatlich 840 EUR (Juni 2005) bzw. 890 EUR (Zeit ab Juli 2005) sowie des gesamten Kindesunterhalts verbleiben dann für den Ehegattenunterhalt verfügbare (3.817 -512 -434 -359 × 2 -840) 1.313 EUR für Juni 2005 und (3.817 -524 -445 -368 × 2 -890) 1.222 EUR für die Zeit ab Juli 2005. Mithin war der Beklagte hinreichend leistungsfähig. Seine zweite Ehefrau geht gem. § 1582 BGB im Unterhaltsrang nach (vgl. BGH NJW 1988, 1722; 2005, 2145), sodass insoweit nichts zu berücksichtigen ist.

b) – f.) Januar 2006 bis Juni 2007

... (wird ausgeführt)

Für H und R waren nach dem vorerwähnten Nachtrag zum Versicherungsschein monatlich weiterhin Krankenversicherungsbeiträge von insgesamt rund (108,17 × 2) 216 EUR zu zahlen. Unverändert abzusetzen sind die Rückzahlungen von monatlich 102 EUR auf das BaföG-Darlehen.

Dann verbleiben zunächst Einkünfte von (4.712 -216 -102) 4.394 EUR.

Nach Abzug des titulierten Kindesunterhalts von monatlich 524 EUR und 445 EUR für H und R sind in die Berechnung des Ehegattenunterhalts Einkünfte von monatlich (4.394 - 524 - 445) 3.425 EUR einzustellen. Dass sich für Einkünfte von 4.394 EUR aus der Düsseldorfer Tabelle Beträge von 553 EUR bzw. 470 EUR (190 % des Regelbetrages) ergeben, ist vorliegend bei der Bemessung des Ehegattenunterhalts nicht zu berücksichtigen. Dies folgt schon daraus, dass die Parteien (ebenso wie unangegriffen das AG) den titulierten Unterhalt i.H.v. 180 % des Regelbetrages zu Grunde gelegt haben.

– Einkünfte der Klägerin

Die Klägerin hat nach der Verdienstabrechnung vom 26.2.2007 für Dezember 2006 nach abgabenbereinigtem Abzug der vermögenswirksamen Arbeitgeberleistung einschließlich Sonderzahlung und Jubiläumsszuwendung ein durchschnittliches Erwerbseinkommen von monatlich rund 1.497 EUR erzielt. Nach Abzug von 5 % für berufsbedingte Aufwendungen verbleiben rund 1.422 EUR.

Der laut (Änderungs-)Bescheid vom 16.11.2006 der Klägerin für 2004 aufgegebenen Steuernachzahlung von 2.660,27 EUR

steht die vom Beklagten geleistete Ausgleichszahlung kompensierend gegenüber, weshalb insoweit nichts zu berücksichtigen ist.

Nach dem Bescheid vom 12.4.2006 ist für 2005 eine Steuererstattung von monatlich rund (28,53/12) 2 EUR angefallen. Somit sind Einkünfte von monatlich (1.422 + 2) 1.424 EUR einzustellen

– Unterhaltsbedarf der Klägerin

g) Zeit ab Juli 2007

Nach Neufassung der Düsseldorfer Tabelle ist der Kindesunterhalt für H und R mit monatlich jeweils 548 EUR statt 553 EUR einzustellen, sodass sich das einzustellende Einkommen des Beklagten auf monatlich (3.742 + 5x2) 3.752 EUR erhöht.

Mithin errechnet sich nunmehr ein Ausgangsbedarf der Klägerin von monatlich rund [(3.752 - 1.570) 2.182 × 3/7] 935 EUR.

Das ergibt nach der Bremer Tabelle einen Altersvorsorgeunterhalt von monatlich rund 218 EUR. Dann errechnet sich ein Elementarunterhalt von monatlich rund [(2.182 - 218) 1.964 × 3/7] 842 EUR und ein Gesamtunterhalt von monatlich (842 + 218) 1.060 EUR, weiterhin mehr als vom AG ausgeurteilt.

Leistungsfähigkeit des Beklagten ist auch unter Berücksichtigung des ab Juli 2007 einzuhaltenden Selbstbehalts von monatlich 900 EUR gegeben.

3. Nach der derzeitigen Rechtslage besteht für die Klägerin auf Grund des gegenwärtigen Alters der gemeinsamen Kinder (H ist 14 Jahre, R 12 Jahre alt) nach Maßgabe der in Nr. 17.1 Unterhaltsrechtliche Leitlinien des OLG Celle aufgestellten Grundsätze noch keine Erwerbsobliegenheit, die über die jetzt ausgeübte halbschichtige Tätigkeit hinausgeht.

Deshalb kann hier offen bleiben, ob die Klägerin bei ihrem Arbeitgeber, der nach ihren persönlichen Angaben im Verhandlungstermin Personal abbaut, in weiter gehendem Umfang als bisher erwerbstätig sein kann. Im Übrigen wird der Klägerin ein Wechsel ihres langjährigen Arbeitgebers, der ungeachtet auch dort anstehender marktabhängiger Umstrukturierungsmaßnahmen verhältnismäßig sichere und einträgliche Arbeitsplätze vorhält, nach dem auch das unterhaltsrechtliche Schuldverhältnis bestimmenden Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) kaum zumutbar sein.

4. Soweit der Prozessbevollmächtigte des Beklagten im Verhandlungstermin am 4.6.2007 eine Befristung des Unterhaltsanspruchs nach § 1573 Abs. 5 BGB geltend gemacht hat, dringt er nicht durch.

a) Zum einen hat der Beklagte in der Berufungsinstanz keine Widerklage erhoben (§ 533 ZPO), sodass insoweit die im Urteil v. 26.5.2000 ohne Befristung erkannte Unterhaltsverpflichtung einer Abänderung im vorliegenden Verfahren entzogen ist.

b) Zum anderen kommt eine Befristung nach Maßgabe der dazu vom BGH aufgestellten Grundsätze (vgl. BGH NJW 2006, 2401, 2403; 2007, 839, 841 f. Rn 33 ff.; 1961, 1967 Rn 57 ff.) derzeit nicht in Betracht.

Nach diesen Grundsätzen hat der Tatrichter vorrangig zu prüfen, ob sich der Anspruch auf Aufstockungsunterhalt begründende Einkommensunterschied als ehebedingter Nachteil darstellt, der einen dauerhaften unterhaltsrechtlichen Ausgleich zu Gunsten des bedürftigen Ehegatten rechtfertigt. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Haushaltsführung und die Kindererziehung über den Wert des an ihre Stelle tretenden Surrogats die ehelichen Lebensverhältnisse prägen, was zu einem erhöhten Unterhaltsbedarf des Unterhaltsberechtigten führt. Die dabei zu treffende Billigkeitsentscheidung über eine Befristung des Aufstockungsunterhalts ab einem bestimmten Zeitpunkt setzt zwar nicht voraus, dass dieser Zeitpunkt bereits erreicht ist. Erforderlich ist jedoch, dass sämtliche relevanten Umstände eingetreten oder zuverlässig voraussehbar sind. Zuverlässig voraussehbar sind sie nur, wenn sie vom bloßen Zeitablauf abhängen. Insoweit ist auch festzustellen, ob der Unterhaltsberechtigte ein solches Einkommen erzielt oder zu einem voraussehbaren Zeitpunkt erzielen kann, wie er es bei fortdauernder Berufstätigkeit, d.h. ohne die in der Ehe gewählte Rollenverteilung erzielen hätte. Kann noch nicht abschließend beurteilt werden, dass die ehebedingten Nachteile durch eigene Erwerbstätigkeit vollständig und nachhaltig ausgeglichen werden können, sind die Voraussetzungen für eine Befristung nicht erfüllt und ggf. in einem Abänderungsverfahren erneut zu prüfen.

Letzteres ist hier nach den vom Senat getroffenen tatsächlichen Feststellungen der Fall. Der durch die Klägerin auf Grund Unterbrechung und Reduzierung ihrer Erwerbstätigkeit erlittene ehebedingte berufliche Nachteil dauert an. Ob und wann dieser ausgeglichen werden kann, lässt sich heute noch nicht beurteilen.

III. Die Anschlussberufung ist unzulässig.

a) Der Prozessbevollmächtigte der Klägerin hat im Verhandlungstermin am 4.6.2007 nach dort erteiltem Hinweis auf die im Hinblick auf die Wahrung der Anschlussfrist bestehenden Bedenken des Senats gegen die Zulässigkeit der Anschlussberufung die vorbereitete und dann in einer Sitzungsunterbrechung durch handschriftliche Eintragung des für die Zeit ab Juli 2005 begehrten Unterhalts fertig gestellte Anschlussschrift vom 4.6.2007 überreicht. In der am letzten Tag der antragsgemäß bis zum 12.3.2007 verlängerten Berufungserwiderungsfrist (§ 521 Abs. 2 ZPO) durch Einwurf in den Nachbriefkasten des Gerichts eingegangenen Berufungserwiderung vom 12.3.2007 ist (in der Einleitung) lediglich ausgeführt: „Auf die in Aussicht genommene Anschlussberufung hin wird der Unterhaltsanspruch der Klägerin weiter zu erhöhen sein.“ Ein Zahlenwerk findet sich dort nicht.

b) Die Anschließung ist verfristet, weil die Ausnahmeregelung des § 524 Abs. 2 S. 3 ZPO in der geltenden, durch das 1. Justizmodernisierungsgesetz eingeführten Fassung hier nicht eingreift.

Nach dieser Regelung ist die Anschließung nach Ablauf der Berufungserwiderungsfrist (§ 524 Abs. 2 S. 2 ZPO) nur statthaft, wenn sie „eine Verurteilung zu künftig fällig werdenden

wiederkehrenden Leistungen (§ 323 ZPO) zum Gegenstand hat.“ Aus der Bezugnahme auf § 323 ZPO und den im Gesetzentwurf (BT-Drucks 15/3482, 18) zum Ausdruck gebrachten Zweck der Ausnahmeregelung folgt, dass die Ausnahme eine Änderung der vom erstinstanzlichen Gericht für die Bemessung des ausgerichteten Unterhalts zu Grunde gelegten maßgeblichen Verhältnisse i.S.d. § 323 Abs. 1 ZPO voraussetzt. Denn ohne eine solche Änderung wäre dem Berufungsklagten eine Überprüfung der erstinstanzlichen Entscheidung auch durch eine neue Klage auf Grund der Rechtskraftwirkung verwehrt, § 323 Abs. 2 ZPO.

Die durch die Ausnahmeregelung normierte Ungleichbehandlung einer Verurteilung zu einer einmaligen Leistung gegenüber einer Verurteilung zu wiederkehrenden Leistungen kann zudem nach dem auch im Verfahrensrecht geltenden verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG) nur dann gerechtfertigt sein, wenn sich eine die Höhe der erstinstanzlich erkannten Leistung beeinflussende Änderung der Lebensverhältnisse erst nach dem Schluss der letzten mündlichen Verhandlung in der Vorinstanz und nach Ablauf der nach § 524 Abs. 2 S. 2 ZPO grundsätzlich einzuhaltenden Frist einstellt (vgl. schon *Gerken*, NJW 2002, 1095 zu § 524 Abs. 2 ZPO a.F.), mithin vorher nicht in das laufende Verfahren eingeführt werden konnte. Denn allein dann greift der vom Gesetzgeber zur Grundlage der Neuregelung gemachte Grundsatz der Prozessökonomie, wonach die Erhebung einer gesonderten Abänderungsklage zu Gunsten einer Entscheidung im Berufungsverfahren vermieden werden soll. Darauf kommt es allerdings hier nicht an, weil eine Änderung der vom AG zu Grunde gelegten tatsächlichen Verhältnisse mit der Anschlussberufung gar nicht geltend gemacht wird und auch nicht ersichtlich ist.

Aus dem Gesetzentwurf (BT-Drucks 15/3482, 18) ergibt sich ausdrücklich, dass der Gesetzgeber nur die Berücksichtigung nachträglich eingetretener Änderungen nach Maßgabe von § 323 ZPO und nicht die unbefristete Geltendmachung eines anderen – höheren oder niedrigeren – Leistungsanspruchs auf der Grundlage des bereits vom Erstgericht beurteilten Sachverhalts im Blick hatte (ebenso *Musielak/Ball*, ZPO, 5. Aufl., Rn 11; offenbar auch *Zöller/Gummer/Heßler*, ZPO, 26. Aufl., Rn 10 unter Hinweis auf *Born*, NJW 2005, 3038; *Thomas/Putzo/Reichold*, ZPO, 28. Aufl., Rn 10, jeweils zu § 524 ZPO; siehe bereits zur alten Gesetzesfassung OLG Zweibrücken FamRZ 2004, 1048). Denn danach sollen „nur solche Änderungen berücksichtigt werden, die erst nach Schluss der erstinstanzlichen mündlichen Verhandlung eingetreten sind“. Daraus, dass zur Gewährleistung dieser „strikte(n) Beschränkung der Zulassung neuer Tatsachen im Berufungsverfahren“ nur die für den allgemeinen Zivilprozess geltende Regelung des § 531 Abs. 2 ZPO und nicht die für Familiensachen vorgesehene Sondervorschrift des § 621d S. 1 ZPO angeführt ist, kann nach allem nicht geschlossen werden, dass nach dem Willen des Gesetzgebers die Anschließung bis zum Schluss der letzten mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz auch bei unveränderter Tat-

sachenlage als eröffnet anzusehen ist, und zwar sogar gegen den insoweit eindeutigen und einer Auslegung nicht zugänglichen Wortlaut des Gesetzes – wie hier von der Klägerin geltend gemacht – auch für in der Vergangenheit liegende Unterhaltszeiträume (so aber wohl *Eschenbruch/Klinkhammer*, Der Unterhaltsprozess, 4. Aufl., Rn 5144a). Diese Auffassung findet auch im Urteil des BGH vom 6.7.2005 (vgl. BGH FamRZ 2005, 1538) keine Stütze; dort geht es (betreffend § 524 Abs. 2 ZPO a.F.) allein um die im vorliegenden Zusammenhang nicht relevante Frage, ob eine zulässig eingelegte Anschlussberufung nach Ablauf der Anschließungsfrist erweitert werden kann – was (nur) für den Fall bejaht wird, dass die Erweiterung durch die fristgerecht eingereichte Begründung der Anschlussberufung gedeckt ist.

Die Ausführungen im nachgelassenen Schriftsatz vom 18.6.2007 rechtfertigen zur Überzeugung des Senats keine andere Beurteilung.

c) Darüber hinaus enthält die Anschlussschrift nicht die in § 524 Abs. 3 ZPO zur Zulässigkeit der Anschlussberufung geforderte Begründung.

Die inhaltlichen Anforderungen sind wegen der in § 524 Abs. 3 S. 2 ZPO enthaltenen Verweisung auf § 520 Abs. 3 ZPO mit den an eine Berufungsbegründung gestellten identisch. Danach ist neben dem Antrag (§ 520 Abs. 3 Nr. 1 ZPO) eine inhaltliche Begründung (§ 520 Abs. 3 Nrn. 2 und 3 ZPO) erforderlich. An Letzterer fehlt es. Die Anschlussschrift enthält weder eine Bezeichnung der Umstände, aus denen sich eine für die angefochtene Entscheidung erhebliche Rechtsverletzung ergibt, noch die Bezeichnung konkreter Anhaltspunkte, die Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der Tatsachenfeststellungen im angefochtenen Urteil begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten. Eine rechnerische Herleitung des geforderten (weiteren) Unterhalts fehlt völlig. Die stattdessen erfolgte pauschale Bezugnahme auf die Berufungserwiderung sowie den gesamten in erster und zweiter Instanz geführten Vortrag ist unstatthaft (vgl. *Zöller/Gummer/Heßler*, a.a.O., § 520 Rn 40 m.w.N.). Im Übrigen fehlt bereits in der Berufungserwiderung (anschließend ist von der Klägerin schriftsätzlich kein weiterer Sachvortrag geführt) jedes Zahlenwerk, ebenso wie eine Auseinandersetzung mit den im angefochtenen Urteil getroffenen Feststellungen.

d) Nach alledem kam die durch die Klägerin im Schriftsatz vom 18.6.2007 nachgesuchte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht in Betracht.

Das folgt bereits daraus, dass die über den Wortlaut von § 233 ZPO hinausgehende, entsprechende Anwendung der Wiedereinsetzungsvorschriften auf die Versäumung der Anschließungsfrist die Gewährung rechtlichen Gehörs ermöglichen soll (vgl. OLG Düsseldorf FamRZ 2006, 215 m.w.N.) und diese bereits durch Einräumung einer Schriftsatzfrist analog § 283 ZPO im Verhandlungstermin erfolgt ist.

e) Schließlich war auch nicht die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung anzuordnen, weil die Sache entschei-

dungsreif ist und die Voraussetzungen des § 156 Abs. 2 Nr. 1 ZPO nicht vorliegen.

Insoweit kam hinsichtlich der in der Anschlussschrift nach Maßgabe von § 524 Abs. 3 ZPO fehlenden Begründung bereits deshalb kein rechtlicher Hinweis in Betracht, weil nach der hier vertretenen Auffassung die Anschlussfrist bei Einlegung der Anschlussberufung schon abgelaufen war und damit eine Ergänzung des Sachvortrags nicht mehr in Betracht kam. Im Übrigen dient die in § 139 Abs. 3 ZPO hinsichtlich Zulässigkeitsbedenken normierte Hinweispflicht des Gerichts nach ihrem gesetzgeberischen Sinn und Zweck nicht der Ermöglichung solchen Sachvortrages, der als verspätet zurückzuweisen wäre. Bei dem oben festgestellten Verfahrensablauf träfe dies jedoch hier selbst bei unbefristet zulässiger Anschließung nach § 621d S. 1 ZPO auf eine nachgeschobene Begründung zu.

IV. Im Hinblick auf die Rechtsfragen

1. der Berücksichtigung der Unterhaltslast für nachehelich geborene Kinder aus einer neuen Verbindung des Unterhaltspflichtigen bei der Bemessung des Unterhaltsbedarfs des geschiedenen Ehegatten (Begründetheit der Berufung) und

2. der Anwendung der Ausnahmeregelung des § 524 Abs. 2 S. 3 ZPO (Zulässigkeit der Anschlussberufung)

war gem. § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 ZPO die Revision zuzulassen, weil die Sicherung einer einheitlichen Rspr. (zu 1.) und die Fortbildung des Rechts (zu 2.) eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordern.

V. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92 Abs. 1, 97 Abs. 1 ZPO, wobei die Kosten der Anschlussberufung wegen deren Unzulässigkeit im Wege der Kostenquotelung (vgl. BGH FamRZ 2007, 631) der Klägerin aufzuerlegen waren.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus den §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO.

Anmerkung der Redaktion: Vgl. auch OLG Düsseldorf OLGR 2007, 376 = FamRB 2007, 199 [Hauß].

— Anmerkung

Nach meiner Auffassung ist das Urteil in mehrfacher Hinsicht sehr interessant. Im Rahmen der Bestimmung des **Bedarfs** nach den ehelichen Lebensverhältnissen widerspricht das OLG Celle – mit ausführlicher Begründung – der Auffassung des BGH, wonach der Bedarf nach den ehelichen Lebensverhältnissen auch durch die Unterhaltspflicht für Kinder bestimmt wird, die nach Rechtskraft der Ehescheidung geboren werden. Aus der Entscheidung des BGH vom 15.3.2006 (NJW 2006, 1654 = FamRZ 2006, 683) ist z.T. gefolgert worden, mit dieser Entscheidung habe der BGH vom Stichtagsprinzip und vom Begriff der ehelichen Lebensverhältnisse als bedarfsbestimmender Größe Abschied genommen (*Schürmann*, NJW 2006, 2301, 2303). Andere Autoren haben sich deutlich zurückhaltender geäußert (*Luthin*, FamRB 2006, 198, 199; *Büttner*, FamRZ 2006, 765; *Borth*, FamRZ 2006, 852, 853). Nach meiner eige-

nen Einschätzung (NJW 2007, 26, 27) ist die Ansicht des BGH dogmatisch kaum zu halten. Das OLG Celle teilt diese Kritik. In einer kurz zuvor ergangenen Entscheidung vom 11.4.2007 – 15 UF 221/06 – hat das OLG Celle – ebenso wie hier – die Revision zugelassen; das dortige Verfahren läuft inzwischen unter XII ZR 62/07. In der früheren Entscheidung ging es um die Frage, ob ein nach Rechtskraft der Ehescheidung adoptiertes Kind und die entsprechende Unterhaltspflicht bedarfsprägende Wirkung hat. Demgegenüber geht es vorliegend um die Unterhaltspflicht für ein aus neuer Ehe geborenes Kind des Unterhaltsschuldners.

Zum „**Karrieresprung**“ vertritt das OLG Celle die Auffassung, eine unerwartete Entwicklung liege nicht vor, obwohl die Oberarztstelle erst knapp 2,5 Jahre nach Rechtskraft der Scheidung angetreten wurde. Begründet wird die Auffassung des Gerichts damit, die „im Dezember 2002 durch Antritt der ersten Oberarztstelle vollendete berufliche Entwicklung des Beklagten (sei) noch in der Ehe der Parteien angelegt“; es habe eine „nach den gemeinsamen Vorstellungen der Parteien normale bzw. planmäßige Entwicklung“ vorgelegen, auf die man sich eingestellt habe. Mit der vom Unterhaltsschuldner im Verfahren ins Feld geführten einschlägigen Entscheidung des OLG Köln und der dort genannten 20 %-Grenze (FamRZ 2004, 1114), die hier zweifelsfrei überschritten war, hat sich das Gericht nicht auseinandergesetzt.

Zur **Anschlussberufung** sind die Ausführungen des Gerichts ebenfalls interessant. Bekanntlich hat es hier im Gesetz in den letzten Jahren ein gewisses Hin und Her gegeben: Durch das ZPO-Reform-Gesetz wurde zum 1.1.2002 eine Monatsfrist in § 524 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 S. 1 ZPO vorgesehen mit der Konsequenz, dass im laufenden Berufungsverfahren keine Anpassung an tatsächliche Veränderungen möglich war. Dies wurde sogleich kritisiert (*Soyka*, FuR 2002, 481; *Gerken*, NJW 2002, 1095; *Born*, FamRZ 2003, 1245). Der Gesetzgeber hat dann – möglicherweise auch als Reaktion auf die geäußerte Kritik – im Rahmen des seit dem 1.9.2004 geltenden Justizmodernisierungsgesetzes in Form der Neufassung des § 524 Abs. 2 ZPO reagiert. Die Neufassung ist aber insofern undeutlich (was auch in verschiedenen ZPO-Kommentaren zum Ausdruck kommt), als nicht ganz klar ist, ob im Falle einer „Verurteilung zu wiederkehrenden Leistungen“ generell eine Ausnahme von der Monatsfrist gemacht wird oder ob die Monatsfrist nur dann nicht gilt, wenn Änderungen nach Maßgabe von § 323 ZPO während der Berufungsinstanz vorgetragen werden. Das OLG folgt der letztgenannten Auffassung unter Hinweis auf die Gesetzesmaterialien. Die dazu von mir zustimmend vertretene Ansicht (NJW 2005, 3038) wird vom Gericht zitiert.

Beide Parteien haben inzwischen Revision eingelegt (XII ZR 119/07); die Entscheidung des BGH wird mit Interesse abzuwarten sein.

Mitgeteilt und kommentiert von *Dr. Winfried Born*, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Familienrecht, Dortmund