

C.H. Beck Familienrecht

Die Abänderung von Unterhaltstiteln

von
Dr. Hans-Ulrich Graba

4., überarbeitete Auflage

Die Abänderung von Unterhaltstiteln – Graba

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

Unterhaltsrecht



Verlag C.H. Beck München 2011

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 62066 9

aus der Wohnung oder ein unterstellter Zinssatz aus einer Kapitalanlage auf dem Markt nicht erzielbar ist oder dass das Kapital für das Zinsen angesetzt wurden, wegen unabweisbarer Bedürfnisse nunmehr ausgegeben wäre.⁴⁵ Eine Veränderung der Verhältnisse ist zu bejahen bei einem Umstand, der vorausschauend angenommen wurde, aber wider Erwarten nicht eingetreten ist, etwa dass ein Verdienst nicht erzielt werden kann, weil die zugesagte Arbeit wegen Insolvenz der Firma nicht angetreten werden kann.

Ist in der Entscheidung ein fiktives Einkommen wegen einer Obliegenheitsverletzung angerechnet,⁴⁶ stellt sich die Frage, inwieweit eine „ewige Fiktion“ vermieden werden kann. Bei Zurechnung des früheren Verdienstes aus einer mutwillig aufgegebenen Erwerbstätigkeit ist dies nach der Rechtsprechung des BGH⁴⁷ nur dann möglich, wenn auch bei Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses ein Abänderungsgrund zu bejahen wäre, etwa bei Erwerbsunfähigkeit oder betriebsbedingtem Verlust des Arbeitsplatzes. Dem wird man grundsätzlich zustimmen können. Es ist indes zu bedenken, dass Zeitablauf von einem Jahr bei der Verwirkung⁴⁸ und bei Unterhalt für die Vergangenheit nach § 1613 I 1 Nr. 1 BGB und § 238 III 2 und 4 FamFG sowie die regelmäßige Verjährungsfrist von drei Jahren der Geltendmachung von Unterhalt entgegenstehen können.⁴⁹ Diese Gedanken sollte auch bei Unterhaltsentscheidungen auf der Grundlage von Fiktionen herangezogen werden.⁵⁰ Dafür spricht auch, dass die zeitlich unbegrenzte Verpflichtung zu künftigen Unterhaltszahlungen in einer Entscheidung nach § 258 ZPO den Gläubiger mehr begünstigen kann als der Zweck der Vorschrift dies erfordert. Die Präklusionsbesimmung des § 238 II FamFG sollte zur Vermeidung einer groben Unbilligkeit einschränkend angewandt werden, jedenfalls im Rahmen einer aus anderen Gründen zulässig eröffneten Abänderungsverfahrens. Zu einer solchen Korrektur besteht insbesondere Anlass, wenn beim Ansatz des fiktiven Einkommens ein Fehler gemacht wurde, etwa dass das alte Arbeitseinkommen fortgeschrieben wurde, obwohl die Arbeitsstelle nur fahrlässig, nicht infolge eines groben unterhaltsrechtlichen Verschuldens (mutwillig im Sinn von § 1579 Nr. 4 BGB) verloren ging.⁵¹

⁴⁵ Heiß/Born 23. Kap. I 172.

⁴⁶ Zu den Voraussetzungen s. Graba FamRZ 2001, 1528.

⁴⁷ BGH FamRZ 2008, 827 (m. Anm. Hoppenz und Wohlgemuth S. 2081) = NJW 2008, 1525 (m. Anm. Born).

⁴⁸ BGH FamRZ 2002, 1698 = NJW 2003, 128.

⁴⁹ OLG Hamm: FamRZ 1995, 1217: 2 Jahre zu lang; OLG Zweibrücken FamRZ 1999, 881; 5 Jahre; Büttner/Niepmann/Schwamb Rdnr. 730: 2 bis 3 Jahre.

⁵⁰ Graba FamRZ 2010, 1152; Heiß/Born 23. Kap. II 172.

⁵¹ Graba FamRZ 2001, 1257.

III. Veränderung der Rechtslage

1. Gesetzesänderung

- 334 Die Veränderung der rechtlichen Verhältnisse wird im Text des § 238 FamFG (anders als in § 323 ZPO a.F.) ausdrücklich als Abänderungsgrund genannt.

Der Verurteilung zu künftig fällig werdenden wiederkehrenden Leistungen liegt die Annahme zugrunde, dass die gegenwärtige Gesetzeslage auch künftig bestehen wird. Wenn diese Voraussetzung entfallen ist, kann gegen die Entscheidung wegen Wegfalls ihrer Grundlage mit dem Abänderungsantrag vorgegangen werden,⁵² soweit nicht ausnahmsweise der Vollstreckungsgegenantrag der richtige Rechtsbehelf ist (s. Rdnr. 218). Soweit Habscheid⁵³ und Siehr⁵⁴ eine Änderung der Gesetzeslage allgemein mit der Vollstreckungsgegenklage vorbringen wollen, wird damit dem Charakter der Bestimmung des § 323 ZPO/§ 238 FamFG als Sondervorschrift für eine Anpassung eines Unterhaltsrententitels an veränderte Verhältnisse nicht genügend Rechnung getragen. Beispiel für einen Abänderungsgrund wegen Veränderung der Gesetzeslage ist das Inkrafttreten des UAndG 2007 (BGBl I S 3189) zum 1. 1. 2008. Die zu diesem erlassene Übergangsvorschrift des § 36 EGZPO enthält keinen eigenen, neu geschaffenen Abänderungsrechtsbehelf,⁵⁵ sondern stellt lediglich klar, dass bei einer wesentlichen Änderung der Unterhaltsverpflichtung aufgrund der Rechtsänderung die Abänderung einer Entscheidung mit dem Antrag nach § 238 FamFG, eines nichtrechtskräftigen Titels mit dem Antrag nach § 239 FamFG und einer nichttitulierten Vereinbarung mit dem Erstantrag nach § 258 ZPO verlangt werden kann. Es ist indes die Einschränkung zu beachten, dass dem anderen Teil die Änderung unter Berücksichtigung seines Vertrauens in die getroffene Regelung zumutbar sein muss. Bei einer erstmaligen Änderung eines vollstreckbaren Unterhaltstitels können aufgrund des UändG 2007 erheblich gewordene Umstände ohne Beschränkungen des § 238 II FamFG (und des § 767 II ZPO) geltend gemacht werden.

⁵² BGH FamRZ 2001, 1687 = NJW 2001, 3618; RG JW 1906, 768; RG Warn 1921, 149; RGZ 147, 385; 166, 303, 304; Voigt, Abänderungsklage S. 38; Kopp JW 1939, 531; Gaedecke JW 1939, 531; Grunsky, Gedächtnisschrift für Rödiger S. 329; Diederichsen NJW 1987, 1462, 1470; Gießler FamRZ 1987, 1276.

⁵³ FamRZ 1954, 34, 37; ZZP 78 (1965), 401, 451, 461; Festschrift für Lüke, 1997, S. 225, 231.

⁵⁴ In Festschrift für Bosch, S. 927, 957.

⁵⁵ BGH FamRZ 2010, 111 = NJW 2011, 365.

2. Verfassungswidrige Norm

Hat das BVerfG⁵⁶ eine Norm für nichtig oder verfassungswidrig oder ein bestimmtes Verständnis einer Norm zu Vermeidung verfassungswidriger Ergebnisse für geboten erklärt,⁵⁷ kann darauf ab Verkündung dieser Entscheidung wegen Veränderung der rechtlichen Verhältnisse das Begehren auf Abänderung einer Unterhaltsentscheidung gestützt werden.⁵⁸ **335**

Als Beispiel für einen Abänderungsgrund aus jüngster Zeit ist der Beschluss des BVerfG v. 25. 1. 2011⁵⁹ zu erwähnen, durch den die Rechtsprechung des BGH zu § 1578 BGB zu den wandelbaren ehelichen Lebensverhältnisse, insbesondere die Berechnung des Bedarfs des geschiedenen Ehegatten unter Einbeziehung des Unterhalts des neuen Ehegatten nach der Drittelmethode, als verfassungswidrig beanstandet wurde.⁶⁰

IV. Änderung der Rechtsansicht

1. Grundsatz

Nach h.M.⁶¹ begründet die Änderung der Rechtsansicht nicht einen Abänderungsantrag. Daran hat sich durch die Aufnahme der Veränderung der rechtlichen Verhältnisse in den Text des § 238 FamFG nichts geändert, weil die frühere Rechtslage insoweit lediglich konkretisierend kodifiziert wurde. Der h.M. ist im Grundsatz zuzustimmen, weil das Abänderungsverfahren nicht bezweckt, gleich geliebene Verhältnisse neu zu beurteilen. Vielmehr ist die frühere Entscheidung grundsätzlich als maßgeblich zu erachten und lediglich zu aktualisieren. Die folgenden Einschränkungen sind jedoch zu beachten. **336**

2. Änderung der Rechtsprechung des BGH

Die Beispiele der Gesetzesänderung und der Beanstandung einer Norm durch das Bundesverfassungsgerichts zeigen, dass unter den recht- **337**

⁵⁶ Z.B. BVerfG FamRZ 2003, 1821 = NJW 2003, 3466; Kein Splittingvorteil für Unterhalt des geschiedenen Ehegatten.

⁵⁷ BGH FamRZ 1990, 1091, 1094 = NJW 1990, 1091 zu § 1579 Nr. 1 BGB.

⁵⁸ BGH FamRZ 2001, 1687 = NJW 2001, 3618; FamRZ 2005, 1817 = NJW 2005, 3277. Hoppertz FuR 2003, 248, 251; Ebert JR 2003, 182, 185;

⁵⁹ BVerfG FamRZ 2011, 437 = NJW 2011, 836.

⁶⁰ Dazu Graba FF 2011, 102.

⁶¹ BGH FamRZ 1979, 694 = NJW 1979, 1656; VersR 1981, 280; FamRZ 1983, 260, 262 = NJW 1983, 1118; FamRZ 1984, 374 = NJW 1984, 1458; FamRZ 1990, 981, 984 = NJW-RR 1990, 580; FamRZ 1995, 221, 222 = NJW 1995, 534; FamRZ 2001, 1687 = NJW 2001, 3618; Habscheid FamRZ 1954, 34, 36 und 56; Lent NJW 1959, 392; Künkel FamRZ 1960, 127; Dunz NJW 1985, 2536; Boetzkes, Abänderungsklage, S. 32; Erting, Abänderungsklage, S. 73 Johannesen/Henrich/Brudermüller § 238, Rdnr. 72; Derleder/Lenzen FamRZ 1989, 558, 559.

lichen Verhältnissen in § 238 I FamFG die rechtlichen Rahmenbedingungen zu verstehen sind. Die Entscheidung nach § 258 ZPO ergeht auf Grund der rechtlichen Rahmenbedingungen zur Zeit des früheren Verfahrens. Dies müssen die Beteiligten zwar hinnehmen. Wenn sich die Rahmenbedingungen jedoch wesentlich verändert haben, erscheint es nicht gerechtfertigt, den Beteiligten unter Hinweis auf die Rechtskraft auch für die Zukunft jede Anpassungsmöglichkeit zu versagen.

338 Zu diesen Rahmenbedingungen gehört bei der Verpflichtung künftig zu leistenden Unterhalts in einer Entscheidung die höchstrichterliche Rechtsprechung. Ändert der BGH seine Rechtsprechung, ist dies für beide Parteien ab Verkündung der Entscheidung ein Abänderungsgrund,⁶² etwa die Ersetzung der Anrechnungsmethode durch die Surrogatsmethode bei der Bemessung des Unterhalt der früheren Hausfrau nach den ehelichen Lebensverhältnissen im Sinn des § 1578 BGB.

339 Dagegen kann ein Abänderungsantrag nicht auf die Änderung der Rechtsprechung der Untergerichte (Oberlandesgericht, Amtsgericht) gestützt werden.⁶³

340 Ein Fall der bloßen Änderung der Rechtsansicht, auf den allein ein Abänderungsantrag nicht gestützt werden kann, liegt auch vor, wenn der BGH eine strittige Frage erstmals anders entscheidet, als dies in der früheren Entscheidung des Untergerichts geschehen ist.⁶⁴ In diesem Fall kommt jedoch eine Berücksichtigung der Ansicht des BGH im Rahmen eines aus anderen Gründen eröffneten Abänderungsverfahrens, eine Annexkorrektur, in Betracht.⁶⁵ Diese wird man insbesondere vornehmen können, wenn grundlegende, von den Untergerichten unterschiedlich beurteilte Fragen vom BGH entschieden werden. Wurde etwa der Selbstbehalt ohne Ersparnis durch Zusammenleben mit einem Partner festgesetzt, kann im Wege der Annexkorrektur die nach der Erstentscheidung ergangene andere Rechtsprechung des BGH⁶⁶ übernommen werden.

3. Änderung von Leitlinien

341 Die Beanstandung einer Norm als verfassungswidrig durch das Bundesverfassungsgericht und die Änderung der Rechtsprechung des BGH sind Beispiele für die Veränderung der rechtlichen Verhältnisse durch die höchstrichterliche Rechtsprechung, die die Grundlagen eines Unterhaltsurteils oder Unterhaltsvergleichs entfallen lassen können. Gleiches

⁶² BGH FamRZ 2001, 1687 = NJW 2001, 3618; FamRZ 2003, 848 = NJW 2003, 1796.

⁶³ BGH FamRZ 2001, 1687 = NJW 2001, 3618.

⁶⁴ Soyka, Abänderungsverfahren Rdnr. 77.

⁶⁵ Bißmaier OLG Report 2006, 95.

⁶⁶ BGH FamRZ 2008, 594 = NJW 2008, 1373; FamRZ 2010, 1535 = NJW 2010, 3161.

muss entgegen der bislang h.M.⁶⁷ mit Gottwald⁶⁸ bei der Änderung von Rechtsansichten der Oberlandesgerichte in den von diesen herausgegebenen unterhaltsrechtlichen Leitlinien und in der Düsseldorfer Tabelle gelten, falls die Regelung lediglich eine Folgerung aus der in den Richtlinien enthaltenen Rechtsansicht ist und keine Anhaltspunkte dafür gegeben sind, dass es bei der Entscheidung dem Gericht und beim Vergleich den Parteien darauf angekommen wäre, den Fall gerade so und nicht anderes zu regeln.⁶⁹ (Zur Änderung von Leitlinien wegen Veränderung ihrer tatsächlichen Grundlagen, etwa den Lebenshaltungskosten, s. Rdnr. 330). Dabei wird nicht verkannt, dass solche Leitlinien materiellrechtlich nicht bindend sind. Ungeachtet ihres fehlenden Normcharakters⁷⁰ werden sie jedoch von den Oberlandesgerichten herausgegeben, um eine einheitliche Rechtsanwendung zu gewährleisten. In der Praxis führt dies dazu, dass eine Beschwerde mit dem Ziel einer abweichenden Würdigung, als in den Leitlinien vorgezeichnet ist, nicht eingelegt wird, weil sie von vorneherein aussichtslos erscheint. Der BGH sieht von einer Zurückverweisung an die Tatsacheninstanz ab und entscheidet selbst in der Sache, wenn er sich auf Leitlinien als allgemeinen Erfahrungssätzen und Rechtsauffassungen⁷¹ stützen kann. In dem Urteil,⁷² in dem der BGH die Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung als Grund für die Abänderbarkeit eines Vergleichs anerkennt, führt er aus, dass die Änderung der Rechtsprechung der Instanzgerichte zwar kein hinreichender Abänderungsgrund sei. Ausnahmen seien indes denkbar, wenn die Parteien erkennbar eine bestimmte, nur in ihrem OLG-Bezirk vertretene Rechtsauffassung den Vereinbarung zugrunde legen, die – mit erheblichen Auswirkungen auf die getroffene Dauerregelung – aufgegeben werde, so dass ein weiteres Festhalten hieran gegen Treu und Glauben verstieße. Gottwald⁷³ weist in seiner Anmerkung zu dieser Entscheidung zu Recht darauf hin, dass die Leitlinien der OLG in Unterhaltssachen die Voraussetzungen für einen ausnahmsweise gegebenen Abänderungsgrund erfüllen. Der Gesetzgeber greift nicht ein, indem er etwa die Unterhaltsbestimmungen konkreter fasst, sondern lässt die Praxis gewähren.⁷⁴ Bei

⁶⁷ MünchKommZPO/Gottwald § 323 Rdnr. 72; meinen früheren Anschluss an die h.M. (NJW 1988, 2343, 2348) gebe ich auf.

⁶⁸ FamRZ 2001, 1691, 1692.

⁶⁹ Vgl. BGHZ 58, 355 = NJW 1972, 1577, 1579.

⁷⁰ A. A. Diedrich, Unterhaltsberechnung nach Quoten und Tabellen, S. 65: Richterrecht sui generis im Sinne der Normsetzung.

⁷¹ BGH FamRZ 1986, 783 = NJW 1987, 58.

⁷² BGH FamRZ 2001, 1687 = NJW 2001, 3618.

⁷³ FamRZ 2001, 1691.

⁷⁴ Das BVerfG (FamRZ 2007, 965) = NJW 2007, 1735) warf dem Gesetzgeber vor, die Rechtsprechung der verfassungswidrigen Ungleichbehandlung von ehe-lichen und nichtehelichen Kindern beim Betreuungsunterhalt nach § 1570 bzw.

diesem tatsächlichem Befund erscheint es unangebracht, den Abänderungsantrag der Begründung als unzulässig zu erachten, es handele sich um die bloße Änderung der Rechtsansicht in einer nicht bindenden Richtlinie, die mit dem Antrag nach 238 FamFG nicht geltend gemacht werden könne. Die in Leitlinien zum Ausdruck gebrachte verallgemeinerte Rechtsansicht ist etwas anderes als die in einem Einzelfall vertretene Rechtsansicht. Sie steht einer gesetzlichen Regelung, d.h. einer Regelung für eine unbestimmte Anzahl von Fällen, in ihrer Wirkung in der Rechtswirklichkeit nahe, auch wenn ihr der Normcharakter fehlt. Für den Fall des Vergleichs gibt es regelmäßig keinen Zweifel, dass der auf der Grundlage der im jeweiligen OLG-Bezirk geltenden Leitlinien geschlossen wurde. Wird etwa die darin enthaltene Unterhaltsberechnung mit Mindestbedarfssätzen für den getrennt lebenden oder geschiedenen Ehegatten vom BGH⁷⁵ beanstandet, kann die Unterhaltsvereinbarung wegen Fortfalls der Geschäftsgrundlage abgeändert werden. Es fehlen hinreichende Gründe, eine Unterhaltsentscheidung anders zu behandeln, wenn dieser die jeweiligen Leitlinien zugrunde liegen. In keinem Fall kann die Annexkorrektur im Rahmen einer aus anderen Gründen eröffneten Abänderungsverfahren versagt werden.

- 342 Die bislang h.M. kommt auf einem anderen Weg zu demselben Ergebnis: Danach gehören Unterhaltsrichtlinien zwar nicht zu den Verhältnissen im Sinne des § 238 FamFG, werden aber nicht zu den bindenden Elementen einer Entscheidung gerechnet.⁷⁶ Es handele sich um bloße Hilfsmittel bei der Konkretisierung allgemeiner Rechtsbegriffe zur Festsetzung des angemessenen Unterhalts. Eine Begründung, weshalb sie nicht bindend sein sollen, wird nicht gegeben, insbesondere wird nicht erörtert, ob sich die Beteiligten oder das Gericht bei der Unterhaltsfestsetzung die in der Richtlinie enthaltene Rechtsansicht zu eigen machen. Man kann nur vermuten, dass die Richtlinien zum Obersatz gerechnet werden, der an der Rechtskraft nicht teilnimmt.⁷⁷ Beim Vergleich kommt es auf den Willen der Parteien an.⁷⁸ Diesem entspricht es im allgemeinen, dass die Düsseldorfer Tabelle in ihrer jeweiligen Fassung maßgebend sein soll;⁷⁹ denn die

§ 16151 BGB, die auf Leitlinien der OLG mit dem Altersphasenmodell beruhte, nicht durch Präzisierung von § 1570 BGB a.F. korrigiert zu haben.

⁷⁵ BGH FamRZ 1995, 346 (mit ablehnender Anmerkung Luthin S. 472) = NJW 1995, 963, anders im Mangelfall BGH FamRZ 2003, 368 = NJW 2003, 1112.

⁷⁶ BGH FamRZ 1984, 374 = NJW 1984, 1458; FamRZ 1987, 257 = NJW-RR 1987, 516; FamRZ 1990, 981, 982 = NJW-RR 1990, 580 (Übergang von der 2/5- zur 3/7-Quote entsprechend der Änderung der Düsseldorfer Tabelle zum 1. 1. 1989).

⁷⁷ Arzt FamRZ 1966, 397.

⁷⁸ BGH FamRZ 1985, 161 = NJW 1985, 1026; FamRZ 1986, 790 = NJW 1986, 2054.

⁷⁹ BGH FamRZ 1986, 783 = NJW 1987, 58; FamRZ 1987, 1011 = NJW-RR 1987, 1282.

Parteien wollen regelmäßig nicht einen eigenen Unterhaltsanspruch begründen, sondern lediglich den gesetzlichen Anspruch konkretisieren. Letztlich ist auch bei der Entscheidung die Verwendung von Richtlinien unter dem gleichen Aspekt wie beim Vergleich zu sehen: Es werden allgemeine Erfahrungssätze und allgemeine Rechtsauffassungen der Unterhaltsfestsetzung zugrunde gelegt. Diese erscheint in ihrer Grundlage erschüttert, wenn im Zeitpunkt der Aktualisierung des Anspruchs die Richtlinie geändert ist. Nach dem gemeinsamen Grundgedanken für die Abänderung von Entscheidung und Vergleich wird deswegen regelmäßig für die Zukunft eine Anpassung des festgesetzten Unterhalts an die veränderten Richtlinien in Betracht kommen.

4. Änderung der konkreten Rechtsanwendung

Die Änderung der Rechtsansicht scheint als eine Veränderung der Verhältnisse von vorneherein auszuschneiden, weil es um eine andere Bewertung des objektiv gleich gebliebenen Sachverhalts geht, die im Abänderungsverfahren grundsätzlich unzulässig ist. Dennoch ist an dieser Stelle darauf einzugehen, weil ein gleicher Sachverhalt im Zusammenhang mit anderen veränderten Umständen in einem anderen Licht erscheinen kann. Zu Recht hat es der BGH⁸⁰ einem Lehrer versagt, der früher seinen Beruf mit voller Stundenzahl ausgeübt hatte, sich darauf zu berufen, dass sein tatsächliches Einkommen verbindliche Entscheidungsgrundlage sei; denn auch aus der Sicht der früheren Entscheidung wäre dem Umstand Bedeutung beigemessen worden, dass der Umfang seiner Erwerbstätigkeit nicht seiner unterhaltsrechtlichen Obliegenheit entspreche. Die für die Befristung des Aufstockungsunterhalts nach § 1573 V a.F., § 1578b BGB maßgebenden Umstände haben gemäß der Rechtsprechung des BGH⁸¹ nach dem Übergang zur Surrogatmethode beim Bedarf der früheren Hausfrau⁸² einen anderen Stellenwert erhalten und können deswegen nunmehr geeignet sein, entgegen der früheren Ansicht eine zeitliche Beschränkung des Unterhalts zu rechtfertigen.

Die Bewertung des festgestellten Sachverhalts im Hinblick auf den gesetzlichen Tatbestand muss für das Abänderungsverfahren dem Grundsatz nach bindend bleiben. Zu weit geht die Meinung,⁸³ dass der Abänderungsrichter nicht an die Rechtsansicht des Erstrichters gebunden sei und insoweit Fehler des Erstgerichts korrigieren könne. Es erscheint jedoch zur Vermeidung fortwirkender grober Ungerechtigkeiten notwendig, im

⁸⁰ FamRZ 1984, 374 = NJW 1984, 1458.

⁸¹ BGH FamRZ 2007, 793 (m. Anm. Büttner) = NJW 2007, 1961 (m. Anm. Graba).

⁸² BGH FamRZ 2001, 986 = NJW 2001, 2254.

⁸³ In Staudigl/Wendl/Schmitz § 10 Rdnr. 162 b; Luthin/Koch/Margraf Rdnr. 7324; MünchKomm/Gottwald § 323 Rdnr. 94.

zulässig eröffneten Abänderungsverfahren Ausnahmen zuzulassen. Zwar kann nicht einfach eine vertretbare Ansicht des Erstrichters durch eine andere ersetzt werden. Bei Rechtsanwendungsfehlern mit empfindlichen Folgen kann jedoch eine Korrektur veranlasst sein. Wenn etwa in der Erstentscheidung keine Mietersparnis angesetzt wurde, weil diese aufseiten beider Ehegatten gleich sei und sich deswegen aufhebe, wäre es grob unbillig, wenn sich allein der unterhaltsberechtigte Ehegatte im Abänderungsverfahren Zinseinkommen aus der Anlage seines Anteils aus dem Erlös der Ehwohnung auf den allein durch das Erwerbseinkommen bestimmten Quotenunterhalt anrechnen lassen müsste, statt auf einen Bedarf, der aufgrund des Einkommens einschließlich einer Mietersparnis oder aufgrund der Surrogat-Rechtsprechung des BGH⁸⁴ unter Berücksichtigung der beiderseitigen Zinsen aus der Anlage des jeweiligen Anteils am Erlös ermittelt wurde. Eine verbreitete Gerichtspraxis „hilft“ in solchen Fällen, indem sie wegen der veränderten tatsächlichen Umstände eine neue Gesamtwürdigung für erforderlich hält. Die Fehlerkorrektur wird damit verdeckt vorgenommen. Besser ist es, diese offen zu legen und eine Korrektur vorzunehmen, falls sie der Erstrichter vernünftigerweise bejahen würde, wenn dies zur Vermeidung einer untragbaren Härte für den einen Beteiligten veranlasst und dem Gegner zuzumuten ist. Regelmäßig als bindend wird etwa hinzunehmen sein, dass im Ersturteil Spesen pauschal zu 1/3 als Einkommen angerechnet wurden. Dagegen wird etwa die Leistungsfähigkeit trotz Arbeitslosigkeit, die Bedürftigkeit trotz eheähnlichem Verhältnis, die Mietersparnis bei Wohnen im eigenen Heim für die Zukunft anders als in der Erstentscheidung beurteilt werden können. Die Praxis korrigiert in solchen Fällen, indem sie, obgleich es sich um von der Prognose nach § 258 ZPO erfassbaren Umständen handelt, wegen des Zeitablaufs von geänderten Umstände ausgeht.⁸⁵

- 345 Der Gedanke, dass die Rechtskraft nicht unbedingt der Berücksichtigung einer geänderten Rechtsansicht entgegensteht, liegt im übrigen auch einer Entscheidung des BGH⁸⁶ auf einem anderen Gebiet als dem des Unterhaltsrechts zugrunde. Die Frage, ob ein Weg ein öffentlicher Weg sei, wurde vom Zivilgericht rechtskräftig anders entschieden als später vom Verwaltungsgericht. Der BGH vertrat die Auffassung, dass die Auswirkungen der Entscheidung des Verwaltungsgerichts auf den Kläger den

⁸⁴ BGH FamRZ 2001, 2259 = NJW 2001, 1140 (mit Anmerkung Graba FPR 2002, 48).

⁸⁵ Zur Arbeitslosigkeit: OLG Hamm FamRZ 1990, 772; OLG Hamburg DAVorm. 1988, 720, 721; OLG Karlsruhe FamRZ 1983, 931, 932; KG FamRZ 1984, 124; Johannsen/Henrich/Brudermüller § 238 Rdnr. 68; Spangenberg DAVorm. 1984, 797, 800.

⁸⁶ BGH NJW 1995, 2993 = LM § 322 Nr. 143 (mit Anmerkung Grunsky) = JZ 1996, 423 (mit Anmerkung Braun) = ZZZ 109 (1996), 935 mit Anmerkung Lenenbach.