BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XII ZR 139/09

Verkündet am:
25. Januar 2012
Breskic,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in der Familiensache

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

ZPO §§ 256 Abs. 1; 323 aF; BGB §§ 139; 242 Cd; 313; 1573; 1578 b; 1581

a) Haben die Parteien in einem Ehevertrag eine lebenslange Unterhaltsverpflichtung vereinbart, und hat sich die Rechtslage danach geändert (Möglichkeit der Befristung), bleibt es dem Unterhaltspflichtigen im Zweifel unbenommen, sich auf eine Störung der Geschäftsgrundlage zu berufen.

b) Der Unterhaltsanspruch der nachfolgenden Ehefrau hat keine Auswirkung auf den Unterhaltsbedarf der früheren Ehefrau nach § 1578 BGB; dieser Anspruch ist allein im Rahmen der Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen nach § 1581 BGB zu berücksichtigen (im Anschluss an Senatsurteil vom 7. Dezember 2011 - XII ZR 151/09 - zur Veröffentlichung bestimmt).

BGH, Urteil vom 25. Januar 2012 - XII ZR 139/09 - OLG Frankfurt am Main in Kassel
AG Kassel

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 25. Januar 2012 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Hahne und die Richterin Weber-Monecke, die Richter Dr. Klinkhammer, Schilling und Dr. Nedden-Boeger

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 2. Familiensenats in Kassel des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 29. Juli 2009 aufgehoben, soweit die Berufung des Klägers für die Zeit ab 8. April 2008 zurückgewiesen worden ist (Herabsetzung des Unterhalts auf monatlich 600 € bis einschließlich Dezember 2008 und Wegfall des Unterhalts ab Januar 2009) und soweit seine Feststellungsklage abgewiesen worden ist.

Im Übrigen wird die Revision zurückgewiesen.

Die Sache wird im Umfang der Aufhebung zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Der 1949 geborene Kläger begehrt mit seiner Klage Abänderung eines zugunsten seiner 1956 geborenen geschiedenen Ehefrau, der Beklagten, mit Urteil aus dem Jahr 2005 titulierten Unterhaltsanspruchs.

2 Der Kläger ist Zahnarzt. Aus der 1977 geschlossenen Ehe sind die 1979 und 1981 geborenen Söhne hervorgegangen. Die Ehe wurde im Jahr 1999 geschieden.

3 Nach ihrer Trennung im Jahr 1991 schlossen die Parteien am 19. September 1996 einen notariellen Vertrag (im Folgenden: EV), in dem sie neben einer umfassenden Vermögens- und güterrechtlichen Auseinandersetzung den Unterhalt der Beklagten regelten.

4 In Ziffer VII. EV vereinbarten die Parteien eine Unterhaltsregelung, wonach die Beklagte 50 % der - nach einem von den Parteien vereinbarten Modus bereinigten - Einnahmen aus der Zahnarztpraxis des Klägers erhalten sollte. Mit Wegfall der Unterhaltsverpflichtung den Kindern gegenüber sollte sich die Quote auf 40 % verringern.

5 In Ziffer VII. EV (Seite 9 f. EV) heißt es weiter:

> "3. Die Unterhaltszahlung an die Erschienene zu 2 (die Beklagte) erfolgt lebenslänglich. Renteneinkommen der Erschienenen zu 2 werden angerechnet (...).
>
> 4. Eigenes Einkommen der Erschienenen zu 2 durch Erwerbstätigkeit wird auf die Unterhaltsleistung nicht angerechnet."

6 Der Kläger verpflichtete sich in dem Vertrag, monatlich mindestens 5.000 DM (nach einer ergänzenden Vereinbarung später 5.200 DM) an die Beklagte zu zahlen, wobei der tatsächlich geschuldete Unterhalt im Folgejahr nach Vorlage der Gewinn- und Verlustrechnung abgerechnet werden sollte. Hierzu heißt es in dem notariellen Vertrag (Seite 10 f. EV):

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

"Ergibt die Abrechnung eine Überzahlung, so ist der Erschienene zu 1 (Kläger) befugt, den überzahlten Betrag mit den künftig monatlich fällig werdenden Abschlagszahlungen zu verrechnen. Sollte die Abrechnung ergeben, dass ein Zwölftel der der Erschienenen zu 2 (Beklagte) zustehenden Quote weniger als 5.000 DM beträgt, soll gleichwohl zunächst weiterhin unbeschadet der vorstehend vereinbarten Aufrechnungsmöglichkeit eine Abschlagszahlung in Höhe von monatlich 5.000 DM erfolgen, bis rechtskräftig durch Urteil oder Vergleich festgestellt wurde, dass die gesetzliche Ehegattenunterhaltsverpflichtung des Erschienenen zu 1 gegenüber der Erschienenen zu 2 unterhalb von 5.000 DM liegt. In diesem Fall kann der Erschienene zu 1 Abänderung der vorstehenden Unterhaltsverpflichtung verlangen, wenn er unverschuldet Einkommenseinbußen erleidet".

7 Das Oberlandesgericht verurteilte den Kläger auf der Grundlage des vorgenannten Vertrages mit Urteil vom 9. März 2005 - 2 UF 114/01 - (in der Fassung der Beschlüsse vom 12. August 2005 und des Urteils vom 14. Dezember 2005), an die Beklagte ab Januar 2004 monatlich 2.810,83 € zu zahlen.

8 Auf die streitgegenständliche Abänderungsklage, mit der der Kläger eine Herabsetzung und Befristung begehrt hatte, hat das Amtsgericht den Kläger in Anbetracht des weggefallenen Kindesunterhalts verurteilt, ab 1. April 2008 an die Beklagte fortlaufend 2.248,66 € nachehelichen Unterhalt zu zahlen. Auf die hiergegen von den Parteien jeweils eingelegten Berufungen und den vom Kläger in der Berufungsinstanz hilfsweise gestellten Feststellungsantrag hat das Oberlandesgericht das amtsgerichtliche Urteil geringfügig zugunsten der Beklagten geändert und im Übrigen die Berufungen zurückgewiesen. Hiergegen

wendet sich der Kläger mit seiner vom Berufungsgericht zugelassenen Revision.

Entscheidungsgründe:

9 Die Revision ist im Wesentlichen begründet. Sie führt zur teilweisen Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

A.

10 Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung wie folgt begründet.

11 Mit dem erneut erhobenen Einwand der anfänglichen Unwirksamkeit der vertraglichen Regelung des Unterhaltes in dem notariellen Vertrag sei der Kläger nach § 323 Abs. 2 ZPO aF ausgeschlossen, da sich das abzuändernde Urteil vom 9. März 2005 ausführlich mit der Frage der Sittenwidrigkeit der Vereinbarung auseinandergesetzt habe und zu dem Ergebnis gekommen sei, dass dem Vertrag die rechtliche Anerkennung nicht zu versagen sei.

12 Die - durch das abzuändernde Urteil - titulierte Verpflichtung des Klägers sei im Hinblick auf die ab 1. Januar 2008 geänderte Rechtslage mit der neugeschaffenen Möglichkeit der Befristung und/oder Herabsetzung des nachehelichen Unterhalts nach § 1578 b BGB einer Abänderung nach § 323 ZPO nicht zugänglich. Nach dem Vertragsinhalt habe zwar der gesetzliche Unterhaltsanspruch der Beklagten nach §§ 1570 ff. BGB geregelt werden sollen; hiermit sei jedoch ein eigener Schuldgrund geschaffen worden, so dass sich ein Rückgriff auf die gesetzlichen Bestimmungen zum nachehelichen Ehegattenunterhalt und

damit auf die Neuregelung des § 1578 b BGB verbiete. Der Unterhaltsanspruch nach dem Vertrag sei ausdrücklich "lebenslänglich" und ohne Anrechnung von eigenem Erwerbseinkommen und dies auch unbefristet versprochen worden, was eine deutliche Abweichung von der gesetzlichen Unterhaltsvorschrift des hier einschlägigen § 1573 BGB bedeute. Weiter habe der nach dem Vertrag geschuldete Pauschalbetrag von 5.000 DM bzw. 5.200 DM auch nur unter bestimmten, sehr eingeschränkten Voraussetzungen herabgesetzt werden können, und zwar aufgrund "unverschuldeter Einkommenseinbußen", die auch ihrerseits auf bestimmte Fälle beschränkt worden seien. Dies spreche eindeutig dafür, dass es sich um ein eigenständiges Leistungsversprechen handele und der gesetzliche Unterhaltsanspruch losgelöst von den gesetzlichen Voraussetzungen in der Form eines Leibrentenversprechens (§ 759 BGB) habe ausgestaltet werden sollen.

13 Dass der Kläger nach der Rechtslage bis zum 31. Dezember 2007 mit einem lebenslangen Unterhaltsanspruch der Beklagten habe rechnen müssen, entkräfte nicht die Bedeutung der ausdrücklichen Lebenslänglichkeit dieses Versprechens, da es bei Unterhaltskonstellationen der vorliegenden Art auch nach altem Recht nicht üblich gewesen sei, die lebenslange Wirksamkeit des Unterhaltsversprechens ausdrücklich in eine Urkunde aufzunehmen.

14 Zu vermuten sei, dass das Unterhaltsversprechen im Gegenseitigkeitsverhältnis mit der übrigen güter- und vermögensrechtlichen Auseinandersetzung gestanden habe und unter Umständen eine Kompensation für den Verzicht der Beklagten auf vermögensrechtlichen Ausgleich und Zugewinnausgleich dargestellt habe. Dass nach dem jetzigen Vortrag des Klägers die Vermögenssituation im Zeitpunkt des Vertragsschlusses einen Ausgleichsanspruch der Beklagten nicht gerechtfertigt hätte, entkräfte dies nicht, zumal die Beklagte auf erhebliches Vermögen des Klägers verwiesen habe.

15 Auch die atypische salvatorische Klausel in dem Vertrag, die zwar einen Fortbestand der anderen Vertragspunkte bei Unwirksamkeit von Einzelpunkten bestimme, jedoch eine Verpflichtung der Parteien feststelle, über die unwirksamen Einzelpunkte neu zu verhandeln und eine wirtschaftlich entsprechende Regelung zu schaffen, spreche für ein in sich abgestimmtes Gegenseitigkeitsverhältnis des Leistungsversprechens mit anderen Regelungen der Vereinbarung.

16 Allerdings könne der Kläger grundsätzlich nach der vertraglichen Vereinbarung eine Abänderung des durch das Senatsurteil titulierten vertraglichen Unterhaltsanspruchs verlangen, wenn und soweit eine Abrechnung nach Ziffer VII. 4. des Vertrages ergebe, dass die der Beklagten zustehende Quote unter 5.000 DM bzw. 2.556,46 € (später 5.200 DM = 2.658,72 €) liege. Jedenfalls habe der Kläger nicht, wie ihm dies oblegen hätte, den der Beklagten zustehenden Unterhalt nach dem System des Vertrages abgerechnet. Sein Vortrag sei insoweit nicht nachvollziehbar.

17 Der im Wege der Klageerweiterung im Berufungsrechtszug hilfsweise gestellte Feststellungsantrag, gegen dessen Zulässigkeit mangels hinreichender Bestimmtheit durchgreifende Bedenken bestünden, sei unbegründet.

B.

18 Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Nachprüfung in wesentlichen Teilen nicht stand.

19 Die im vorliegenden Verfahren vom Kläger begehrte Abänderung richtet sich gemäß Art. 111 Abs. 1 Satz 1 FGG-RG noch nach dem bis zum 31. August 2009 geltenden Verfahrensrecht und ist mithin nach § 323 ZPO aF zu beurtei-

len (vgl. Senatsurteil vom 8. Juni 2011 - XII ZR 17/09 - FamRZ 2011, 1381 Rn. 15 mwN).

I. Abänderungsklage

20 1. Gegenstand der Abänderungsklage ist das Urteil des Berufungssenats vom 9. März 2005 in der Fassung der Beschlüsse vom 12. August 2005 und des Urteils vom 14. Dezember 2005. Mit dieser Entscheidung hat das Gericht die - bis dahin nicht vollstreckbare - Verpflichtung aus dem notariellen Vertrag vom 19. September 1996 für die Zukunft tituliert.

21 2. Die Abänderungsklage ist im Sinne des § 323 Abs. 2 ZPO aF zulässig.

22 a) Allerdings hat das Berufungsgericht im Ergebnis zu Recht ausgeführt, dass sich der Kläger zur Darlegung einer wesentlichen Änderung nicht auf eine etwaige Unwirksamkeit des Ehevertrages nach § 138 BGB berufen könne, die bereits in dem abzuändernden Urteil überprüft worden ist. Denn es ist weder dargetan noch ersichtlich, dass sich die Verhältnisse, namentlich die rechtliche Beurteilung der Wirksamkeit des Ehevertrages seit der abzuändernden Entscheidung aus dem Jahr 2005 maßgeblich geändert hätten.

23 b) Jedoch hat sich der Kläger hinsichtlich der Möglichkeit, den nachehelichen Unterhalt zu befristen, in zulässiger Weise auf eine Änderung der Rechtslage berufen.

24 Zwar ist bezogen auf den hier im Streit stehenden Aufstockungsunterhalt die maßgebliche Änderung der Rechtslage entgegen der Auffassung der Revision und des Berufungsgerichts nicht erst durch das Unterhaltsänderungsgesetz vom 21. Dezember 2007, sondern bereits durch die Änderung der Senats-

rechtsprechung aufgrund seines Urteils vom 12. April 2006 (XII ZR 240/03 - FamRZ 2006, 1006) eingetreten (Senatsurteile vom 29. September 2010 - XII ZR 205/08 - FamRZ 2010, 1884 Rn. 18 und vom 8. Juni 2011 - XII ZR 17/09 - FamRZ 2011, 1381 Rn. 18). Denn der Senat hat bereits mit diesem Urteil seine zunächst nach dem Unterhaltsänderungsgesetz vom 20. Februar 1986 (BGBl. I S. 301) ergangene Rechtsprechung geändert. Nach ihr war eine mit Einführung des § 1573 Abs. 5 BGB aF erstmals mögliche Befristung des Aufstockungsunterhaltsanspruchs ab einer bestimmten Dauer der Ehe regelmäßig ausgeschlossen und allenfalls unter außergewöhnlichen Umständen zulässig. Von dieser Rechtsprechung ist der Senat in seinem Urteil vom 12. April 2006 in Bezug auf die grundsätzliche Gewichtung des Merkmals der Ehedauer abgerückt und hat für die Entscheidung über die Befristung nach § 1573 Abs. 5 BGB aF das hauptsächliche Gewicht auf die mit der Ehe verbundenen (Erwerbs-)Nachteile für den Unterhaltsberechtigten gelegt (Senatsurteil vom 29. September 2010 - XII ZR 205/08 - FamRZ 2010, 1884 Rn. 20).

25 Die Abänderung wegen wesentlicher Änderungen der rechtlichen Verhältnisse kann indes sowohl auf eine Gesetzesänderung als auch auf eine Änderung der gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung gestützt werden (Senatsurteile vom 8. Juni 2011 - XII ZR 17/09 - FamRZ 2011, 1381 Rn. 18 und vom 29. September 2010 - XII ZR 205/08 - FamRZ 2010, 1884 Rn. 16). Zudem ist § 1578 b BGB, auf den sich der Kläger beruft, letztlich eine Ausformung der Senatsrechtsprechung aus dem Jahr 2006 (Senatsurteil vom 27. Januar 2010 - XII ZR 100/08 - FamRZ 2010, 538 Rn. 33 f.). Da diese ebenfalls erst nach Erlass des abzuändernden Urteils aus dem Jahr 2005 ergangen ist, ist die Abänderungsklage im Sinne von § 323 Abs. 2 ZPO aF in jedem Fall zulässig.

26 3. Jedoch vermögen die vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen die Zurückweisung der Berufung und die Ablehnung einer - über das Amts-

gerichtsurteil hinausgehenden - Abänderung in der Sache nicht zu rechtfertigen. Gegen die vom Berufungsgericht vorgenommene Auslegung des notariellen Vertrages vom 19. September 1996 bestehen vielmehr durchgreifende revisionsrechtliche Bedenken.

27 a) Gemäß § 323 Abs. 1 ZPO aF ist jeder Teil berechtigt, im Wege der Klage eine entsprechende Abänderung des Urteils zu verlangen, wenn im Falle der Verurteilung zu künftig fällig werdenden wiederkehrenden Leistungen eine wesentliche Änderung derjenigen Verhältnisse eintritt, die für die Verurteilung zur Entrichtung der Leistungen, für die Bestimmung der Höhe der Leistungen oder der Dauer ihrer Entrichtung maßgebend waren. Ist Gegenstand der abzuändernden Entscheidung ein Prozessvergleich, ist im Rahmen der Abänderung für eine zeitlich nachfolgende Neubemessung des Unterhalts der ursprüngliche Parteiwille im Verständnis und in Ausgestaltung des vorausgegangenen rechtskräftigen (Abänderungs-)Urteils maßgebend (Senatsurteile vom 8. Dezember 1982 - IVb ZR 338/81 - FamRZ 1983, 260, 261 und vom 9. Oktober 1991 - XII ZR 170/90 - FamRZ 1992, 162, 163; Zöller/Vollkommer ZPO 27. Aufl. § 323 Rn. 41 aE; Graba Die Abänderung von Unterhaltstiteln 4. Aufl. Rn. 503). Dies gilt gleichermaßen, wenn - wie hier - die abzuändernde Entscheidung auf einem zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag beruht (vgl. Graba aaO Rn. 507).

28 Wenn das abzuändernde Urteil eine bis dahin nicht vollstreckbare ehevertragliche Unterhaltsregelung auf eine entsprechende Leistungsklage hin (vgl. MünchKommZPO/Gottwald 3. Aufl. § 323 Rn. 13) einer Titulierung zuführt und keine Abänderung der vertraglichen Grundlagen zum Gegenstand hat, ist im Rahmen des hier an sich einschlägigen § 323 Abs. 1 ZPO aF auch § 313 BGB zu beachten, der die Störung der Geschäftsgrundlage regelt (vgl. Graba aaO Rn. 511 u.a. zu § 238 FamFG). Dabei ist - vorrangig gegenüber einer Störung

der Geschäftsgrundlage - durch Auslegung zu ermitteln, ob die Parteien eine bindende Regelung zur Möglichkeit einer Abänderung getroffen haben (vgl. Senatsurteile BGHZ 186, 1 = FamRZ 2010, 1238 Rn. 13 mwN und vom 23. November 2011 - XII ZR 47/10 - juris Rn. 15).

29 b) Gemessen hieran kann das Berufungsurteil keinen Bestand haben.

30 aa) Zwar ist die Auslegung von Verträgen grundsätzlich dem Tatrichter vorbehalten. Seine Auslegung kann vom Revisionsgericht grundsätzlich nur darauf überprüft werden, ob der Auslegungsstoff vollständig berücksichtigt worden ist, ob gesetzliche oder allgemein anerkannte Auslegungsregeln, die Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt sind oder ob die Auslegung auf im Revisionsverfahren gerügten Verfahrensfehlern beruht, wobei die Auslegung auch ohne entsprechende Rüge vom Revisionsgericht zu überprüfen ist (Senatsurteil BGHZ 186, 1 = FamRZ 2010, 1238 Rn. 15 mwN; s. auch Senatsurteil vom 10. Mai 2006 - XII ZR 23/04 - NJW-RR 2006, 1158, 1159).

31 bb) Die vom Berufungsgericht vorgenommene Auslegung wird den vorgenannten Anforderungen indes nicht gerecht.

32 (1) Die Ausführungen des Berufungsgerichts, wonach die ehevertragliche Unterhaltsregelung einen vom gesetzlichen Unterhaltsrecht losgelösten selbständigen Schuldgrund darstelle, der einer Abänderung im Hinblick auf die durch das Unterhaltsänderungsgesetz eingetretenen Änderungen nicht zugänglich sein soll, beruhen auf einem revisionsrechtlich zu beachtenden Auslegungsfehler.

33 (a) Das Berufungsgericht geht nach dem Vertragsinhalt selbst davon aus, dass der gesetzliche Unterhaltsanspruch der Beklagten nach §§ 1570 ff. BGB habe geregelt werden sollen. Allein der Umstand, dass der Unterhalt teil-

weise abweichend von den gesetzlichen Vorgaben vereinbart worden ist, wie dies etwa durch die Anrechnungsfreiheit eigener Erwerbseinkünfte auf Seiten der Beklagten geschehen ist, hat nicht zwingend zur Konsequenz, dass der Unterhaltsanspruch losgelöst von sämtlichen gesetzlichen Voraussetzungen ausgestaltet werden sollte. Dies zeigt sich auch daran, dass die vertragliche Regelung im Übrigen an unterhaltsrechtliche Grundsätze angelehnt ist. So haben die Parteien in Ziffer VII. 3. des Vertrages (Seite 9 EV) im zweiten Satz geregelt, dass das Renteneinkommen der Beklagten im Ergebnis bedarfsmindernd zu berücksichtigen ist. Daneben haben die Parteien vereinbart, dass sich bei unverschuldeten Einkommenseinbußen auf Seiten des Klägers eine Abänderung der bestehenden Unterhaltsverpflichtung ergeben kann (Ziffer VII, Seite 10 EV), und zwar wenn die "gesetzliche Ehegattenunterhaltsverpflichtung" unterhalb von 5.000 DM (bzw. 5.200 DM) liegt. Zu Recht weist die Revision in diesem Kontext darauf hin, dass damit auch nach dem Vertrag das gesetzliche Unterhaltsrecht nicht ohne Einfluss auf die vertraglichen Ansprüche bleiben soll.

34 Die Begründung des Berufungsgerichts, bei Unterhaltskonstellationen der vorliegenden Art sei es nach altem Recht nicht üblich gewesen, die lebenslange Wirksamkeit des Unterhaltsversprechens ausdrücklich in eine Urkunde aufzunehmen, überzeugt nicht. Allerdings ist das Berufungsgericht zutreffend davon ausgegangen, dass der Kläger zum Zeitpunkt der Unterhaltsvereinbarung 1996 jedenfalls bei der vorliegenden Fallkonstellation (Heirat September 1977 - Scheidung Oktober 1999; Hausfrauenehe bei Betreuung zweier Kinder) zu einer lebenslangen Unterhaltsleistung verpflichtet gewesen sein dürfte. Nachvollziehbare Gründe, warum vor diesem Hintergrund die Vereinbarung einer lebenslangen Unterhaltsrente den Charakter eines vom gesetzlichen Unterhalt losgelösten Anspruchs haben sollte, hat das Berufungsgericht nicht benannt.

35 (b) Ebenso wenig hält die Begründung des Berufungsurteils einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand, soweit das Berufungsgericht eine Abänderung der Unterhaltsverpflichtung im Hinblick auf das Gesamtgefüge des Ehevertrages ablehnt. Es fehlt schon an den hierfür erforderlichen Feststellungen. Nach den Ausführungen des Berufungsgerichts ist lediglich "zu vermuten (...), dass das Unterhaltsversprechen im Gegenseitigkeitsverhältnis mit der übrigen güter- und vermögensrechtlichen Auseinandersetzung stand und unter Umständen eine Kompensation für den Verzicht der Beklagten auf vermögensrechtlichen Ausgleich und Zugewinnausgleich darstellt". Im Übrigen spricht die Begründung des abzuändernden Urteils eher gegen eine ausgewogene vertragliche Regelung, die ein solches Gegenseitigkeitsverhältnis begründen könnte. Danach hat sich der Kläger (damaliger Beklagter) seinerzeit "auf eine für ihn insgesamt recht nachteilige Unterhaltsregelung eingelassen" (Urteil des Oberlandesgerichts vom 9. März 2005, Seite 11).

36 Nach alledem lässt sich nicht feststellen, dass die "lebenslange" Unterhaltsverpflichtung so mit den übrigen Regelungen des Vertrages verzahnt ist, dass sie unumstößlich ist.

37 (c) Schließlich steht auch die salvatorische Klausel des notariellen Ehevertrages einer Abänderung der Unterhaltsverpflichtung schon deshalb nicht entgegen, weil sie sich ausschließlich auf eine Unwirksamkeit vertraglicher Regelungen bezieht, die vorliegend aber nicht gegeben ist. Im Übrigen bedeutet die Klausel nach Ziffer XI. Satz 1 EV, dass es im Zweifel auch bei Fortfall einer vertraglichen Regelung bei der Wirksamkeit des Ehevertrages verbleiben kann (vgl. Senatsurteil vom 17. Dezember 2008 - XII ZR 57/07 - NZM 2009, 198 Rn. 20; s. auch Senatsurteil vom 25. Mai 2005 - XII ZR 296/01 - FamRZ 2005, 1444, 1447). Soweit Satz 2 der vorgenannten Klausel die Parteien verpflichtet, anstelle der unwirksamen Regelung eine neue Vereinbarung zu treffen, die die-

ser wirtschaftlich am nächsten kommt, dürfte diese Klausel im Ergebnis mit der Regelung des § 313 Abs. 1 BGB übereinstimmen, wonach eine Anpassung des Vertrages verlangt werden kann.

38 (2) Da die getroffenen Feststellungen und die mit ihnen einhergehende Auslegung des Vertrages eine Abänderbarkeit der Unterhaltsregelung mithin nicht ausschließen, hätte sich das Berufungsgericht mit der Frage befassen müssen, ob der Vertrag gemäß § 323 Abs. 1 ZPO aF iVm § 313 BGB abzuändern war.

39 (a) Soweit das Berufungsgericht ebenso wie die Revision eine Überprüfung des Ehevertrages am Maßstab der so genannten Ausübungskontrolle nach § 242 BGB erwogen und nicht auf § 313 BGB abgestellt haben, bestehen gegen diesen Ansatz Bedenken, mag er unter Umständen auch zum selben Ergebnis wie die Regeln über die Störung der Geschäftsgrundlage führen (vgl. dazu Senatsurteil vom 2. Februar 2011 - XII ZR 11/09 - FamRZ 2011, 1377 Rn. 16). Wenn ein Ehevertrag nach § 138 BGB Bestand hat, muss der Richter im Rahmen der Ausübungskontrolle prüfen, ob und inwieweit ein Ehegatte die ihm durch den Vertrag eingeräumte Rechtsmacht missbraucht, wenn er sich im Scheidungsfall gegenüber einer vom anderen Ehegatten begehrten gesetzlichen Scheidungsfolge darauf beruft, dass diese durch den Vertrag wirksam abbedungen sei (Senatsurteile vom 11. Februar 2004 - XII ZR 265/02 - FamRZ 2004, 601, 606 und vom 2. Februar 2011 - XII ZR 11/09 - FamRZ 2011, 1377 Rn. 16). So liegt der Fall hier aber nicht. Es geht nicht um den Ausschluss einer Scheidungsfolge; vielmehr begehrt der Kläger die Abänderung der durch den Vertrag modifizierten Unterhaltsregelung unter dem Gesichtspunkt der Störung der Geschäftsgrundlage.

40 (b) Selbst wenn man dem Berufungsgericht folgte und von einem selbständigen Schuldversprechen im Sinne eines Leibrentenversprechens nach § 759 BGB ausginge, wäre ebenfalls am Maßstab des § 313 BGB zu prüfen (vgl. Palandt/Sprau BGB 71. Aufl. § 759 Rn. 6), ob die 1996 geltende Rechtslage, wonach die Unterhaltsverpflichtung des Klägers (grundsätzlich) unbefristet galt, zur Geschäftsgrundlage des Vertrages geworden ist und die Änderung der Senatsrechtsprechung im Jahr 2006 damit zu einer Störung der Geschäftsgrundlage im Sinne des § 313 BGB geführt hat.

41 c) Unbegründet ist die Revision allerdings, soweit sie mit ihren Anträgen eine Abänderung des Urteils bereits für die Zeit vor dem 8. April 2008 begehrt. Denn nach den von der Revision unbeanstandeten Feststellungen des Berufungsgerichts ist die Abänderungsklage der Beklagten erst am 8. April 2008 zugestellt und damit gemäß § 253 Abs. 1 ZPO erhoben worden. Erst ab diesem Zeitpunkt konnte das Urteil gemäß § 323 Abs. 3 Satz 1 ZPO aF abgeändert werden.

II. Feststellungsklage

42 Die Revision ist zudem erfolgreich, soweit das Berufungsgericht die vom Kläger in der Berufungsinstanz hilfsweise erhobene Feststellungsklage abgewiesen hat. Die Abweisung der Klage ergibt sich zwar nicht aus dem Tenor, aber aus den Gründen des Berufungsurteils.

43 Revisionsrechtlich ist dabei zu beanstanden, dass das Berufungsurteil offengelassen hat, ob die Feststellungsklage zulässig ist.

44 Es ist grundsätzlich rechtsfehlerhaft, die Frage der Zulässigkeit einer Klage nicht zu beantworten und diese wegen feststehender Unbegründetheit

abzuweisen. Schon wegen der Auswirkung auf die Rechtskraft ergibt sich insoweit ein absoluter Vorrang der Zulässigkeits- vor der Begründetheitsprüfung (BGH Urteil vom 19. Juni 2000 - II ZR 319/98 - NJW 2000, 3718, 3719 f.).

45 Zwar werden hiervon im Fall der Feststellungsklage Ausnahmen zugelassen. Diese betreffen aber ausschließlich das etwaige Fehlen des Feststellungsinteresses, das in § 256 Abs. 1 ZPO als besondere Voraussetzung geregelt ist (BGH Urteile vom 9. Dezember 2003 - VI ZR 404/02 - NJW 2004, 766 und vom 14. März 1978 - VI ZR 68/76 - NJW 1978, 2031, 2032; krit. Thomas/Putzo ZPO 32. Aufl. § 256 Rn. 4).

46 Nach Auffassung des Berufungsgerichts bestanden gegen die Zulässigkeit mangels hinreichender Bestimmtheit durchgreifende Bedenken. Damit hat es nicht das Feststellungsinteresse, sondern eine allgemeine Zulässigkeitsvoraussetzung angesprochen, die es nicht ungeprüft hätte lassen dürfen.

III.

47 Nach alledem ist das Berufungsurteil aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

C.

48 Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin.

I.

49 Das Berufungsgericht hat eine Abänderung der Entscheidung im Hinblick auf eine mögliche Befristung von vornherein nicht in Betracht gezogen. Deshalb hat es - aus seiner Sicht folgerichtig - die weitere Prüfung, ob die Voraussetzungen für eine Befristung vorliegen, nicht durchgeführt. Die Aufhebung und Zurückverweisung wird dem Berufungsgericht Gelegenheit geben, die erforderlichen Feststellungen nachzuholen.

50 Ob der Aufstockungsunterhaltsanspruch nach Änderung der Senatsrechtsprechung im Jahr 2006 zu befristen ist, richtet sich im Wesentlichen danach, ob der Unterhaltsberechtigte ehebedingte Nachteile erlitten hat. Nach § 1578 b Abs. 1 Satz 2, 3 BGB, der der Rechtsprechung des Senats zu § 1573 Abs. 5 BGB aF entspricht (Senatsurteil vom 27. Januar 2010 - XII ZR 100/08 - FamRZ 2010, 538 Rn. 33 f.), ist bei der Billigkeitsabwägung für eine Herabsetzung oder Befristung des nachehelichen Unterhalts vorrangig zu berücksichtigen, inwieweit durch die Ehe Nachteile im Hinblick auf die Möglichkeit eingetreten sind, für den eigenen Unterhalt zu sorgen. Liegen ehebedingte Nachteile vor, scheidet eine Befristung des Unterhalts daher regelmäßig aus (Senatsurteil vom 27. Januar 2010 - XII ZR 100/08 - FamRZ 2010, 538 Rn. 36). Allerdings kann auch bei Fehlen ehebedingter Nachteile aus Gründen der nachehelichen Solidarität eine Befristung ausscheiden (Senatsurteil vom 2. März 2011 - XII ZR 44/09 - FamRZ 2011, 713 Rn. 20 ff.); für die Ermittlung der konkreten Ehedauer bedarf es noch der Feststellung, wann der Scheidungsantrag zugestellt worden ist (vgl. Senatsurteil vom 30. Juni 2010 - XII ZR 9/09 - FamRZ 2010, 1414 Rn. 30).

51 Im Rahmen der Prüfung des § 1578 b BGB wird das Berufungsgericht schließlich die Regelungen des notariellen Vertrages zu berücksichtigen und eine etwaige Abänderung hieran anzupassen haben.

II.

52 § 36 Nr. 1 EGZPO ist entgegen der Auffassung des Amtsgerichts hier nicht einschlägig. § 36 Nr. 1 EGZPO findet nur für den Fall Anwendung, dass im Rahmen der Abänderung von Unterhaltstiteln oder -vereinbarungen Umstände "durch das Gesetz zur Änderung des Unterhaltsrechts erheblich geworden sind" (Senatsurteile BGHZ 186, 1 = FamRZ 2010, 1238 Rn. 41 und vom 8. Juni 2011 - XII ZR 17/09 - FamRZ 2011, 1381 Rn. 20 ff.). § 36 Nr. 1, 2 EGZPO stellt in diesem Fall die Abänderung unter die einschränkende weitere Voraussetzung der Zumutbarkeit und enthält im Übrigen lediglich die Klarstellung, dass die Gesetzesänderung, soweit sie zu einer Änderung der wesentlichen Verhältnisse führt, einen Abänderungsgrund im Sinne von § 323 Abs. 1 ZPO darstellt. Im vorliegenden Fall hat sich indessen durch das Unterhaltsrechtsänderungsgesetz vom 21. Dezember 2007 keine Änderung ergeben. Im Hinblick auf den Aufstockungsunterhalt nach § 1573 Abs. 2 BGB war eine Befristung - nach der Änderung der Rechtsprechung zum Stellenwert der Ehedauer bei der Unterhaltsbefristung (Senatsurteil vom 12. April 2006 - XII ZR 240/03 - FamRZ 2006, 1006) - schon nach der zuvor bestehenden Gesetzeslage gemäß § 1573 Abs. 5 BGB aF zulässig. Auf die Änderung der Rechtsprechung findet § 36 Nr. 1 EGZPO indes keine Anwendung (Senatsurteil BGHZ 186, 1 = FamRZ 2010, 1238 Rn. 41).

III.

53 Hinsichtlich einer etwaigen Unterhaltsverpflichtung des Klägers gegenüber seiner jetzigen Ehefrau weist der Senat auf seine geänderte Rechtsprechung hin. Danach hat der Unterhaltsanspruch der nachfolgenden Ehefrau keine Auswirkung auf den Unterhaltsbedarf der früheren Ehefrau nach § 1578 BGB; dieser Anspruch ist allein im Rahmen der Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen nach § 1581 BGB zu berücksichtigen, wobei es maßgeblich auf die Rangverhältnisse ankommt (Senatsurteil vom 7. Dezember 2011 - XII ZR 151/09 - zur Veröffentlichung bestimmt - Rn. 38).

54 Insoweit wird das Berufungsgericht gegebenenfalls Feststellungen zu den Rangverhältnissen der hier beteiligten Ehefrauen zu treffen haben (vgl. zum Rang Senatsurteil vom 30. Juli 2008 - XII ZR 177/06 - FamRZ 2008, 1911 Rn. 65 f. iVm Rn. 58). Sollte das Berufungsgericht zu dem - nach den bisher getroffenen Feststellungen naheliegenden - Ergebnis gelangen, dass die jetzige

Ehefrau nachrangig ist, dürfte eine etwaig ihr gegenüber bestehende Unterhaltsverpflichtung den Unterhaltsanspruch der Beklagten nicht berühren (vgl. Senatsurteile vom 7. Dezember 2011 - XII ZR 151/09 - Rn. 49 und XII ZR 159/09 - Rn. 41 - jeweils zur Veröffentlichung bestimmt).

Hahne Weber-Monecke Klinkhammer

Schilling Nedden-Boeger

Vorinstanzen:
AG Kassel, Entscheidung vom 02.07.2008 - 511 F 938/08-UE- -
OLG Frankfurt am Main in Kassel, Entscheidung vom 29.07.2009 - 2 UF 208/08 -