

## Bundesgerichtshof, Az. XII ZR 84/09 vom 13. Juli 2011

### Tenor

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 11. Familiensenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 16. April 2009 aufgehoben.

Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Oberlandesgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

### Tatbestand

1

Die Parteien streiten um Abänderung eines gerichtlichen Vergleichs zum nahehelichen Unterhalt. Sie hatten im Oktober 1997 die Ehe geschlossen. Im Mai 1999 wurde der gemeinsame Sohn geboren. Nach der Trennung der Parteien im Februar 2004 wurde die Ehe im September 2005 rechtskräftig geschieden.

2

Im Juni 2006 schlossen die Parteien einen gerichtlichen Vergleich, worin sich der Kläger u.a. verpflichtete, an die Beklagte einen monatlichen nahehelichen Unterhalt in Höhe von 700 € zu zahlen.

3

Der Kläger, der den Wegfall seiner Unterhaltspflicht begehrt, bezieht inzwischen höhere Einkünfte, weil er zum Leiter des Qualitätsmanagements aufgestiegen ist und seine Erwerbstätigkeit vorübergehend von wöchentlich 35 Stunden auf 40 Stunden aufgestockt hatte. Er ist neben der Beklagten und dem gemeinsamen Sohn zwei weiteren im März 1993 und November 1997 geborenen Kindern unterhaltspflichtig.

4

Die Beklagte ist ausgebildete Bauzeichnerin. Sie war seit der Geburt des gemeinsamen Sohnes nur in geringfügigem Umfang erwerbstätig und widmete sich der Betreuung des Sohnes und ihrer Tochter aus einer früheren Beziehung. Nach der Trennung gab sie ihren Beruf auf. Von August 2006 bis August 2007 ließ sie sich zur Feng-Shui-Beraterin ausbilden. Als solche ist sie seit Januar 2008 selbständig. Jedenfalls seit dem Frühjahr 2004 bis November 2008 unterhielt sie eine auf Dauer angelegte Partnerschaft mit dem Zeugen K.

5

Das Amtsgericht hat der Abänderungsklage stattgegeben und der Beklagten für die Zeit ab Januar 2008 wegen ihrer verfestigten Lebensgemeinschaft weiteren Unterhalt versagt. Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht die Entscheidung abgeändert und den Wegfall des Unterhaltsanspruches auf die Zeit von April bis November 2008 begrenzt. Für die Zeit ab Dezember 2008 hat es den Unterhalt herabgesetzt und zwar auf 359 € für Dezember 2008 und auf monatlich 484 € für die Zeit ab Januar 2009. Zur Frage des "Wiederauflebens des Unterhaltsanspruches nach Beendigung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft" hat das Oberlandesgericht die Revision zugelassen. Gegen dieses Urteil richtet sich die Revision des Klägers, mit der er einen Wegfall seiner Unterhaltspflicht auch für die Zeit ab Dezember 2008 begehrt.

↑

[zum Seitenanfang](#)

### Entscheidungsgründe

6

Für das Verfahren ist gemäß [Art. 111 Abs. 1 FGG-RG](#) noch das bis Ende August 2009 geltende Prozessrecht anwendbar, weil der Rechtsstreit vor diesem Zeitpunkt

eingeleitet worden ist (vgl. Senatsbeschluss vom 3. November 2010 - XII ZB 179/10 - [FamRZ 2011, 100](#)).

7

Die Revision hat Erfolg und führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht.

I.

8

Das Oberlandesgericht hat für die hier noch relevante Zeit ab Dezember 2008 einen Wegfall des Anspruchs der Beklagten auf nachehelichen Unterhalt abgelehnt und ihren Unterhaltsanspruch lediglich zur Höhe reduziert. Dem Unterhaltsvergleich liege ein Nettoeinkommen des Klägers in Höhe von 2.359,34 € zugrunde, während sich für 2007 ein durchschnittliches Nettoeinkommen des Klägers in Höhe von 3.320,08 € errechne, von dem auszugehen sei. Zwar wolle das Unterhaltsrecht den geschiedenen Ehegatten nicht besser stellen, als er während der Ehe gestanden habe. Die Umstände, aus denen sich eine unerwartete berufliche Entwicklung nach der Trennung, zum Beispiel ein Karrieresprung, ergebe, seien aber von demjenigen darzulegen und zu beweisen, der sich darauf berufe. Weil der Kläger dazu nichts vorgetragen habe, könne nicht festgestellt werden, ob die nacheheliche Beförderung einen Karrieresprung darstelle oder ob und in welchem Umfang diese Entwicklung bereits während der Ehe angelegt gewesen sei. Die Ausweitung der Erwerbstätigkeit von monatlich 35 auf 40 Stunden, also um knapp 15 %, liege noch innerhalb des zu erwartenden Bereichs für eine verantwortliche Position. Auch wenn der Kläger die Mehrarbeit jederzeit einstellen dürfe, sei sein tatsächlich erzieltetes Einkommen in voller Höhe als unterhaltsrelevant anzusehen. Der Vortrag des Klägers in der Berufungsverhandlung, wonach der Arbeitgeber die Mehrarbeitsvereinbarung inzwischen gekündigt habe, sei streitig. Mangels vorliegender Einkommensabrechnungen könne noch nicht festgestellt werden, inwieweit sich das Durchschnittseinkommen dadurch vermindere. Der Kläger sei insoweit auf ein Abänderungsverfahren verwiesen.

9

Neben dem Einkommen könne der Kläger eine Steuerrückerstattung in Höhe von monatlich 300 € erwarten und müsse sich, wie bei Vergleichsschluss, einen Vorteil mietfreien Wohnens in Höhe von 200 € anrechnen lassen. Beiträge zur freiwilligen Kranken- und Pflegeversicherung seien weiterhin abzuziehen. Zusätzliche Beiträge für eine Direktversicherung und einen Rentenfonds seien hingegen nicht absetzbar, weil sie bereits bei Vergleichsschluss gezahlt, seinerzeit aber nicht berücksichtigt worden seien. Im Übrigen sei die vom Bundesgerichtshof für eine zusätzliche Altersvorsorge festgelegte Höchstgrenze von 4 % durch die Tilgung der Wohnhausfinanzierung aufgebraucht. Auch weitere Kreditkosten seien nicht absetzbar, weil sie nicht bei Abschluss des Unterhaltsvergleichs berücksichtigt worden seien bzw. einen Kredit beträfen, der eine finanzielle Erstattung an die Beklagte im Gegenzug gegen die Rückübertragung von Wohneigentum betreffe. Als Kindesunterhalt sei vom Einkommen des Klägers neben dem Zahlbetrag auch das hälftige Kindergeld abzusetzen.

10

Der Beklagten sei für die Zeit ab April 2008 ein Einkommen aus vollschichtiger Tätigkeit als Bauzeichnerin zuzurechnen. Im Hinblick auf die Neuregelung des Betreuungsunterhalts und die Möglichkeit einer Ganztagsbetreuung des gemeinsamen Sohnes in einer Kindertagesstätte sei der Beklagten nach einer dreimonatigen Übergangsfrist eine vollschichtige Erwerbstätigkeit zumutbar. Auf der Grundlage ihrer Berufsausbildung und der Berufspraxis als Bauzeichnerin sei eine Bewerbung in

diesem Beruf nicht von vornherein aussichtslos. Weil sie sich nicht ausreichend um eine solche Stelle bemüht habe, sei ihr ein entsprechendes Einkommen fiktiv zuzurechnen. Zinseinkünfte aus der Zuwendung ihrer Mutter in Höhe von 120.000 € seien der Beklagten nicht zuzurechnen, weil diese auch im Rahmen des abzuändernden Vergleichs keine Berücksichtigung gefunden hätten. Abzusetzen seien allerdings Kosten für die Kranken- und Pflegeversicherung, die Berufshaftpflichtversicherung und - für die Zeit ab 2008 - fiktive Kosten für eine Ganztagsbetreuung des gemeinsamen Kindes.

11

Daraus ergebe sich nach Abzug des jeweiligen Erwerbstätigenbonus für Dezember 2008 ein unterhaltsrelevantes Einkommen des Klägers in Höhe von 1.832,76 €, ein unterhaltsrelevantes Einkommen der Beklagten in Höhe von 1.115,01 € und somit ein rechnerischer Unterhaltsanspruch der Beklagten in Höhe von rund 359 €. Ab Januar 2009 ergebe sich ein monatliches unterhaltsrelevantes Einkommen des Klägers in Höhe von 2.080,26 €, ein solches der Beklagten in Höhe von 1.113,27 € und ein rechnerischer Unterhaltsanspruch in Höhe von rund 484 € monatlich.

12

Der Unterhaltsanspruch der Beklagten sei für die Zeit von Januar bis November 2008 zum überwiegenden Teil verwirkt. Die Beklagte habe im Frühjahr 2004 eine auf Dauer angelegte Partnerschaft mit dem Zeugen K. aufgenommen. Unter Berücksichtigung einer Ehedauer von unter acht Jahren und der wirtschaftlichen Verhältnisse der Parteien erscheine eine weitere Belastung des Klägers mit nachehelichem Unterhalt ab dem Jahre 2008 im Rahmen einer Gesamtschau unzumutbar. Bei der vorzunehmenden Billigkeitsprüfung seien jedoch vorrangig die Belange des gemeinsamen Kindes zu berücksichtigen, das davor bewahrt werden solle, infolge der Verwirkung von Unterhaltsansprüchen des betreuenden Elternteils in eine soziale Notlage zu geraten. Für die Zeit von Januar bis März 2008 sei die Beklagte nicht in der Lage, aus ihrer Tätigkeit als Feng-Shui-Beraterin ihren notwendigen Bedarf zu decken, so dass der Kläger trotz der Verwirkung zur Deckung des Fehlbedarfs in Höhe von rund 278 € verpflichtet sei.

13

Die Beziehung der Beklagten zum Zeugen K. sei allerdings seit November 2008 endgültig beendet. Ende eine verfestigte Lebensgemeinschaft, sei in einer weiteren umfassenden Abwägung aller Umstände zu überprüfen, inwieweit für den Unterhaltsschuldner durch ein Wiederaufleben der Unterhaltspflicht die Grenze des Zumutbaren überschritten werde. Dabei komme es neben den wirtschaftlichen Verhältnissen auf die Dauer der Ehe und die Dauer der objektiven Unzumutbarkeit an. Vorliegend sei von einer Ehedauer von unter acht Jahren auszugehen. Dem stehe eine objektive Unzumutbarkeit ab Anfang des Jahres 2008 bis zur Beendigung der Beziehung im November 2008 entgegen. Auf einen endgültigen Wegfall seiner Unterhaltspflicht habe der Kläger nicht vertrauen dürfen und er habe auch nicht dargetan, im Vertrauen darauf wirtschaftliche Dispositionen getroffen zu haben. Die Neufassung des [§ 1586 a Abs. 1 BGB](#), nach der ein geschiedener Ehegatte, der eine weitere Ehe eingegangen sei, nach Auflösung dieser Ehe von seinem früheren Ehegatten nur Betreuungsunterhalt nach [§ 1570 BGB](#), nicht jedoch Anschlussunterhalt nach anderen Unterhaltstatbeständen verlangen könne, führe zu keiner anderen Beurteilung. Denn die Wertung dieser Vorschrift könne auf den Fall einer beendeten nichtehelichen Lebensgemeinschaft nicht übertragen werden. Mit der Aufnahme und Fortführung einer Partnerschaft, die sich im Laufe der Zeit zu einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft verdichte, sei keine vergleichbare Aufgabe der nachehelichen

Solidarität verbunden. Der Schutz des Unterhaltspflichtigen sei hier durch die Befristungsmöglichkeit nach [§ 1578 b Abs. 2 BGB](#) gewährleistet.

14

Eine zeitliche Begrenzung des Unterhaltsanspruchs nach [§ 1578 b Abs. 2 BGB](#) sei nicht ausdrücklich geltend gemacht, jedoch anhand des Vortrags der Parteien von Amts wegen zu prüfen. Konkrete Umstände, die für eine Befristung des Unterhaltsanspruchs sprächen, habe der Kläger jedoch nicht angeführt. Aus dem allgemeinen Vortrag der Parteien ergebe sich, dass die Ehe weniger als acht Jahre gedauert habe, während der die Beklagte ihren Beruf als Bauzeichnerin überwiegend in einer Teilzeittätigkeit ausgeübt, im Übrigen den Haushalt geführt und die Tochter sowie den gemeinsamen Sohn betreut habe. Eine vollzeitige Erwerbspflicht sei der Beklagten erst mit der Neufassung des Unterhaltsrechts zum Januar 2008 erwachsen. Es sei davon auszugehen, dass die Beklagte als Bauzeichnerin ein Nettoeinkommen von rund 1.380 € erzielen könne, während der Kläger über ein Nettoeinkommen in Höhe von rund 3.320 € verfüge. Allerdings habe der Kläger erhebliche Zahlungsverpflichtungen und schulde insgesamt drei Kindern Unterhalt. Nach dem allgemeinen Vortrag der Parteien könne noch nicht davon ausgegangen werden, dass eine zeitlich unbegrenzte Belastung des Klägers mit einer Unterhaltsverpflichtung unbillig sei. Entscheidend sei vielmehr, inwieweit die Beklagte durch die Ehe berufliche Nachteile erlitten habe. Das Vorliegen solcher Nachteile sei naheliegend, nachdem die Beklagte während der Ehe auf eine Vollzeitstelle verzichtet habe, um den Haushalt zu versorgen und sich neben der Betreuung ihrer Tochter um die Betreuung des gemeinsamen Sohnes zu kümmern. Nach der Trennung habe sie die Ausübung ihres Berufes zugunsten der Kinderbetreuung ganz aufgegeben. Berufliche Nachteile seien auch nicht deswegen ausgeschlossen, weil die Beklagte eine Ausbildung zur Feng-Shui-Beraterin durchgeführt habe. Nachdem der darlegungs- und beweispflichtige Kläger zum Fehlen oder zur Begrenzung berufsbedingter Nachteile der Klägerin nichts vorgetragen habe, könne in der notwendigen Gesamtschau keine Unbilligkeit einer zeitlich unbefristeten Unterhaltsverpflichtung festgestellt werden.

II.

15

Diese Ausführungen des Berufungsgerichts halten den Angriffen der Revision nicht in allen Punkten stand.

16

1. Im Gegensatz zur Rechtsauffassung der Revisionserwiderung ist die Zulassung der Revision nicht auf die Problematik des [§ 1579 Nr. 2 BGB](#) beschränkt, sondern umfasst auch die Frage der Befristung nach [§ 1578 b BGB](#). Zwar kann das Berufungsgericht die Zulassung der Revision wirksam auf Teile des Rechtsstreits begrenzen. Das setzt allerdings voraus, dass es sich um einen hinreichend klar umrissenen abgrenzbaren Teil der Entscheidung handelt (Senatsurteile vom 4. Mai 2011 - [XII ZR 70/09](#) - [FamRZ 2011, 1041](#) Rn. 10 und vom 12. Juli 2000 - [XII ZR 159/98](#) - [NJW-RR 2001, 485, 486](#)). Eine solche wirksame Begrenzung liegt hier in der Zulassung der Revision auf Unterhaltsansprüche ab dem 1. Dezember 2008. Eine Beschränkung auf einzelne Rechtsfragen innerhalb dieses Streitgegenstandes, etwa die Anwendbarkeit des [§ 1579 Nr. 2 BGB](#), ist hingegen nicht zulässig ([BGH Beschluss vom 10. Februar 2011 - VII ZR 71/10](#) - [NJW 2011, 1228](#) Rn. 11 mwN).

17

2. Zu Recht hat das Berufungsgericht die Klage allerdings als Abänderungsklage behandelt, obwohl das Amtsgericht entsprechend dem Antrag des Klägers lediglich festgestellt hat, dass er in Abänderung des gemeinsamen Vergleichs ab Januar 2008

keinen nachehelichen Unterhalt an die Beklagte mehr schuldet. Eine bloße Feststellung des Wegfalls der Unterhaltspflicht wäre wegen des vorliegenden gerichtlichen Vergleichs schon deswegen unzulässig, weil dann der abweichende vollstreckbare Titel fortbestehen würde. Das Begehren des Klägers richtet sich vielmehr darauf, den gerichtlichen Vergleich als Vollstreckungstitel aufzuheben. Weil der Titel nur im Rahmen einer Abänderungsklage geändert werden kann, hat das Oberlandesgericht den Antrag des Klägers zutreffend als Abänderungsantrag im Sinne des [§ 323 ZPO aF](#) gewertet.

18

3. Im Ergebnis zutreffend hat das Oberlandesgericht die Änderung der Einkommensverhältnisse der Parteien seit Abschluss des Vergleichs bei der Abänderung des Unterhaltsvergleichs berücksichtigt.

19

a) Der gerichtliche Unterhaltsvergleich entfaltet als Vollstreckungstitel im Sinne des [§ 323 Abs. 4 ZPO aF](#) (vgl. jetzt [§ 323 a ZPO](#) und [§ 239 FamFG](#)) keine materielle Rechtskraft. Er unterliegt deswegen auch nicht den Beschränkungen des [§ 323 Abs. 2 und 3 ZPO](#) (vgl. jetzt [§ 238 Abs. 2 und 3 FamFG](#)), die auf der Rechtskraft eines abzuändernden Unterhaltstitels beruhen. Der Umfang der Abänderung einer Vereinbarung oder einer Urkunde im Sinne des [§ 323 Abs. 4 ZPO aF](#) richtet sich vielmehr allein nach materiellem Recht (vgl. jetzt [§ 323 a Abs. 2 ZPO](#) und [§ 239 Abs. 2 FamFG](#)). Auch danach sind Unterhaltsvereinbarungen allerdings nicht frei abänderbar; im Rahmen der Abänderung ist vielmehr stets der Inhalt der Vereinbarung der Parteien zu wahren. Eine Abänderung kommt nur dann nach [§ 313 BGB](#) in Betracht, wenn sie wegen nachträglicher Veränderungen der tatsächlichen Verhältnisse, des anwendbaren Rechts oder der höchstrichterlichen Rechtsprechung nach den Grundsätzen über den Wegfall oder die Änderung der Geschäftsgrundlage geboten ist (Senatsurteil vom 4. Mai 2011 - [XII ZR 70/09](#) - [FamRZ 2011, 1041](#) Rn. 23 mwN).

20

b) Zutreffend hat das Oberlandesgericht festgestellt, dass das Einkommen des Klägers seit Abschluss des gerichtlichen Vergleichs jedenfalls nicht gesunken ist. Der Kläger erzielt seit seiner Beförderung zum Leiter des Qualitätsmanagements sogar höhere Einkünfte als im Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Für die Zulässigkeit seiner Abänderungsklage kommt es deswegen nicht darauf an, ob die Beförderung auf eine außerordentliche nacheheliche Entwicklung zurückzuführen ist und deswegen bei der Bedarfsbemessung nach den ehelichen Lebensverhältnissen ([§ 1578 Abs. 1 Satz 1 BGB](#)) nicht zu berücksichtigen wäre. Im Rahmen der aus anderen Gründen zulässigen Abänderungsklage hat das Oberlandesgericht auf der Grundlage des Vortrags der Parteien einen Karrieresprung nicht feststellen können. Dagegen ist aus Rechtsgründen nichts zu erinnern. Auch die Revision greift dies nicht an. Der Umfang der Erwerbstätigkeit des Klägers übersteigt auch bei einer wöchentlichen Arbeitszeit von 40 Stunden nicht das im Berufsleben übliche Maß und ist deswegen entgegen der Auffassung des Oberlandesgerichts nicht überobligatorisch.

21

Allerdings hat das Oberlandesgericht nicht hinreichend beachtet, dass der Kläger vorgetragen hat, aus nicht von ihm zu vertretenden Gründen monatlich nur noch 35 Stunden zu arbeiten. Änderungen der Einkommensverhältnisse der Parteien sind grundsätzlich schon in einem Ausgangsverfahren zu berücksichtigen und - im Gegensatz zur Rechtsauffassung des Berufungsgerichts - nicht einem Abänderungsverfahren vorzubehalten (vgl. Wendl/Dose Das Unterhaltsrecht der

familienrichterlichen Praxis 8. Aufl. § 1 Rn. 24 ff.). Auch eine erst im Verlauf des Berufungsverfahrens eingetretene Reduzierung der Arbeitszeit wäre deswegen noch zu beachten (§§ 529 Abs. 1 Nr. 2, [531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO](#)) und vom Oberlandesgericht nach weiterer Aufklärung etwa im Wege des prozessualen Auskunftsrechts gemäß [§ 643 ZPO](#) (vgl. jetzt [§§ 235 f. FamFG](#)) in die Unterhaltsbemessung einzubeziehen.

22

Soweit das Oberlandesgericht vom Einkommen des Klägers neben den Zahlbeträgen auf den Kindesunterhalt zusätzlich das hälftige Kindergeld abgesetzt hat, entspricht dies ebenfalls nicht der nach Erlass des Berufungsurteils ergangenen Rechtsprechung des Senats. Danach kann bei der Bemessung des Ehegattenunterhalts vom unterhaltsrelevanten Einkommen sowohl im Rahmen der Bedarfsbemessung (Senatsurteil vom 27. Mai 2009 - [XII ZR 78/08](#) - [FamRZ 2009, 1300](#) Rn. 45 ff.) als auch im Rahmen der Leistungsfähigkeit (Senatsurteil vom 24. Juni 2009 - [XII ZR 161/08](#) - [FamRZ 2009, 1477](#) Rn. 21 ff.) nur der Zahlbetrag auf den Kindesunterhalt abgesetzt werden. Auch dies wird das Berufungsgericht zu berücksichtigen haben.

23

c) Keine rechtlichen Bedenken bestehen hingegen gegen die Zurechnung eines fiktiven Einkommens auf Seiten der Beklagten. Für die hier noch relevante Zeit ab Dezember 2008 ist das Oberlandesgericht zutreffend von der Neuregelung des Betreuungsunterhalts in [§ 1570 BGB](#) ausgegangen. Danach schuldet der Unterhaltspflichtige dem betreuenden Elternteil nachehelich einen Basisunterhalt bis zur Vollendung des dritten Lebensjahres des gemeinsamen Kindes, der nur aus individuellen kind- oder elternbezogenen Gründen verlängert werden kann. Der gemeinsame Sohn war zu diesem Zeitpunkt bereits über neuneinhalb Jahre alt. Entgegen der Rechtsauffassung der Revisionserwiderung stand nach den Feststellungen des Berufungsgerichts für ihn in erreichbarer Nähe die Möglichkeit einer Ganztagsbetreuung in einer Kindertagesstätte zur Verfügung. Wenn das Oberlandesgericht im Hinblick darauf und unter Berücksichtigung der sportlichen und musikalischen Aktivitäten des gemeinsamen Sohnes eine vollschichtige Erwerbstätigkeit der Beklagten für zumutbar erachtet hat, ist dies aus revisionsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden. Denn weitere individuelle Umstände, die einer solchen Erwerbstätigkeit entgegenstehen könnten, hat die Beklagte nicht vorgetragen. Auch gegen die Bemessung des von der Beklagten erzielbaren Einkommens bestehen keine rechtlichen Bedenken. Die Revision greift dies ebenfalls nicht an.

24

4. Soweit das Berufungsgericht der Beklagten für die hier noch relevante Zeit ab Dezember 2008 den vollen rechnerisch ermittelten Aufstockungsunterhalt zugesprochen und eine weitere Begrenzung nach [§ 1579 Nr. 2 BGB](#) abgelehnt hat, hält dies den Angriffen der Revision nicht stand.

25

a) Zutreffend ist das Oberlandesgericht allerdings davon ausgegangen, dass der Unterhaltsanspruch der Beklagten wegen ihrer verfestigten Lebensgemeinschaft in der Zeit von Januar bis November 2008 überwiegend entfallen war. Dies hält auch den Gegenrügen der Beklagten stand.

[26](#)

Schon nach ständiger Rechtsprechung des Senats zum früheren Recht konnte ein länger dauerndes Verhältnis des Unterhaltsberechtigten zu einem anderen Partner zur Annahme eines Härtegrundes im Rahmen des [§ 1579 Nr. 7 BGB](#) aF - mit der Folge der Unzumutbarkeit einer weiteren uneingeschränkten Unterhaltsbelastung für den

Unterhaltspflichtigen - führen, wenn sich die Beziehung in einem solchen Maße verfestigt hatte, dass sie als eheähnliches Zusammenleben anzusehen und gleichsam an die Stelle einer Ehe getreten war. Dabei setzte die Annahme einer verfestigten Lebensgemeinschaft nicht zwingend voraus, dass die Partner räumlich zusammenlebten und einen gemeinsamen Haushalt führten, auch wenn eine solche Form des Zusammenlebens in der Regel als ein typisches Anzeichen hierfür angesehen wurde. Unter welchen Umständen - nach einer gewissen Dauer, die im Allgemeinen zwischen zwei und drei Jahren lag - auf ein eheähnliches Zusammenleben geschlossen werden konnte, ließ sich nicht allgemein verbindlich festlegen. Letztlich oblag es der verantwortlichen Beurteilung des Tatrichters, ob er den Tatbestand des eheähnlichen Zusammenlebens aus tatsächlichen Gründen für gegeben erachtete oder nicht (Senatsurteile [BGHZ 176, 150](#) = [FamRZ 2008, 1414](#) Rn. 26; [BGHZ 157, 395](#) = [FamRZ 2004, 614, 616](#) und [BGHZ 150, 209](#) = [FamRZ 2002, 810, 811](#)).

27

Mit der zum 1. Januar 2008 in Kraft getretenen Neuregelung des [§ 1579 Nr. 2 BGB](#) ist die verfestigte Lebensgemeinschaft als eigenständiger Härtegrund in das Gesetz übernommen worden. Auch damit wird kein vorwerfbares Fehlverhalten des Unterhaltsberechtigten sanktioniert. Zweck der Vorschrift ist es vielmehr, rein objektive Gegebenheiten bzw. Veränderungen in den Lebensverhältnissen des bedürftigen Ehegatten zu erfassen, die eine dauerhafte Unterhaltsleistung unzumutbar erscheinen lassen. Auch die gesetzliche Neuregelung hat nicht festgelegt, ab wann von einer verfestigten Lebensgemeinschaft auszugehen ist, sondern ausdrücklich auf die hierzu ergangene Rechtsprechung Bezug genommen. Eine verfestigte Lebensgemeinschaft kann danach insbesondere angenommen werden, wenn objektive, nach außen tretende Umstände wie etwa ein über einen längeren Zeitraum hinweg geführter gemeinsamer Haushalt, das Erscheinungsbild in der Öffentlichkeit, größere gemeinsame Investitionen wie der Erwerb eines gemeinsamen Familienheims oder die Dauer der Verbindung den Schluss auf eine verfestigte Lebensgemeinschaft nahelegen. Entscheidend ist darauf abzustellen, dass der unterhaltsberechtigte frühere Ehegatte eine verfestigte neue Lebensgemeinschaft eingegangen ist, sich damit endgültig aus der ehelichen Solidarität herauslöst und zu erkennen gibt, dass er diese nicht mehr benötigt (BT-Drucks. 16/1830 S. 21; vgl. auch Senatsurteil vom 30. März 2011 - [XII ZR 3/09](#) - [FamRZ 2011, 791](#) Rn. 39). Kriterien wie die Leistungsfähigkeit des neuen Partners spielen hingegen keine Rolle. Die verfestigte Lebensgemeinschaft ist damit als Anwendungsfall der Unbilligkeit nach [§ 1579 BGB](#) zu begreifen und nicht als Fall der bloßen Bedarfsdeckung im Sinne von [§ 1577 Abs. 1 BGB](#). Die Belange eines gemeinsamen Kindes sind allerdings im Rahmen der Kinderschutzklausel im Einleitungssatz des [§ 1579 BGB](#) zu beachten.

28

Auf dieser rechtlichen Grundlage ist die Annahme einer verfestigten Lebensgemeinschaft durch das Oberlandesgericht aus revisionsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden. Zu Recht hat es dabei auch auf das Erscheinungsbild der neuen Lebensgemeinschaft der Beklagten in der Öffentlichkeit abgestellt. Dem Umstand, dass die Beklagte keinen gemeinsamen Haushalt mit ihrem Lebensgefährten unterhielt, hat es dadurch Rechnung getragen, dass es eine verfestigte Lebensgemeinschaft erst ab Januar 2008, also nach 3 <sup>3</sup>/<sub>4</sub> Jahren seit Aufnahme der neuen Partnerschaft, angenommen hat. Entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung liegt darin jedenfalls keine rechtswidrige Belastung der Beklagten.

29

b) Das Wiedererstarken des Anspruchs auf Aufstockungsunterhalt für die Zeit ab Dezember 2008 hat das Oberlandesgericht hingegen nicht rechtsfehlerfrei begründet.

30

aa) Zutreffend ist allerdings der Ansatz des Oberlandesgerichts, wonach ein nach [§ 1579 BGB](#) beschränkter oder versagter Unterhaltsanspruch bei Wegfall des Härtegrundes grundsätzlich wieder aufleben kann. Insoweit unterscheidet sich die Vorschrift von der früheren Regelung in § 66 EheG, die eine Verwirkung des Unterhaltsanspruchs vorsah. Ändern sich später die Gegebenheiten, die die Unzumutbarkeit der Inanspruchnahme des früheren Ehegatten auf Unterhalt begründet haben, bleiben diese Änderungen weder unberücksichtigt noch führen sie ohne Weiteres zur Wiederherstellung der unterhaltsrechtlichen Lage, die vor dem Eintritt der die Unzumutbarkeit begründenden Umstände bestanden hat. Erforderlich ist nach ständiger Rechtsprechung des Senats vielmehr eine neue umfassende Prüfung, ob die aus einer wiederauflebenden Unterhaltungspflicht erwachsenden Belastungen für den Unterhaltspflichtigen weiterhin die Zumutbarkeitsgrenze überschreiten (Senatsurteile vom 6. Mai 1987 - IV b ZR 61/86 - [FamRZ 1987, 689, 690](#) und vom 25. September 1985 - IV b ZR 49/84 - [FamRZ 1986, 443, 444](#)). In diese Prüfung sind grundsätzlich alle Umstände einzubeziehen, die die gebotene Billigkeitsabwägung beeinflussen können. Erhebliche Bedeutung kommt dabei zunächst dem Maß der nahehelichen Solidarität zu. Insbesondere in Fällen, in denen der unterhaltsberechtigten Ehegatte während der Ehezeit seine Erwerbstätigkeit aufgegeben hatte, um den gemeinsamen Haushalt zu führen oder die gemeinsamen Kinder zu betreuen, gewinnt auch die Ehedauer an Bedeutung (vgl. Senatsurteil vom 6. Oktober 2010 - [XII ZR 202/08](#) - [FamRZ 2010, 1971](#) Rn. 21 und vom 11. August 2010 - [XII ZR 102/09](#) - [FamRZ 2010, 1637](#) Rn. 48). Auf der anderen Seite ist auch zu berücksichtigen, wie lange die Verhältnisse gedauert haben, die eine Unterhaltsgewährung als objektiv unzumutbar erscheinen ließen ([OLG Celle FamRZ 2008, 1627](#) Rn. 42). Entsprechend wird in der Literatur einhellig die Auffassung vertreten, dass ein nach [§ 1579 Nr. 2 BGB](#) beschränkter oder versagter nahehelicher Unterhaltsanspruch grundsätzlich wiedererstarken kann, wobei es einer umfassenden Zumutbarkeitsprüfung unter Berücksichtigung aller Umstände bedarf (Wendl/Gerhardt Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis 8. Aufl. Rn. 1384; Scholz/Kleffmann/Motzer Praxishandbuch Familienrecht Stand: März 2011 Teil H Rn. 280; Johannsen/Henrich/Büttner Familienrecht 5. Aufl. § 1579 BGB Rn. 68 ff.; Hoppenz/Hülsmann Familiensachen 9. Aufl. § 1579 BGB Rn. 54 ff.; Borth Praxis des Unterhaltsrechts 2. Aufl. Rn. 414 und 476; Luthin/Koch Handbuch des Unterhaltsrechts 11. Aufl. Rn. 2244; Büttner/Niepmann/Schwamb Die Rechtsprechung zur Höhe des Unterhalts 11. Aufl. Rn. 1190; Ehinger/Griesche/Rasch Handbuch Unterhaltsrecht 6. Aufl. Rn. 535 d; Büte/Poppen/Menne Unterhaltsrecht 2. Aufl. § 1579 Rn. 50 und Weinreich/Klein Fachanwaltskommentar Familienrecht 4. Aufl. § 1579 Rn. 166 f.).

31

bb) Im Rahmen dieser notwendigen umfassenden Zumutbarkeitsprüfung sind auch solche Umstände zu berücksichtigen, die erst nach der Scheidung hinzugetreten sind. Zum einen ist deswegen die Kinderschutzklausel zu beachten, die im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ([BVerfGE 57, 361](#) = [FamRZ 1981, 745, 749](#) f.) durch das Unterhaltsrechtsänderungsgesetz vom 20. Februar 1986 (BGBl. I S. 301) Eingang in den Einleitungssatz des [§ 1579 BGB](#) gefunden hat. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass sich der Unterhaltsberechtigte durch die Aufnahme einer verfestigten neuen Lebensgemeinschaft aus der nahehelichen Solidarität der Ehegatten herausgelöst und zu erkennen gegeben hatte, dass er diese nicht mehr

benötigt (vgl. BT-Drucks. 16/1830 S. 21). Insoweit unterscheidet sich die Rechtslage nur unwesentlich von der Regelung des [§ 1586 a Abs. 1 BGB](#), wonach bei Auflösung einer Zweitehe gegenüber dem geschiedenen ersten Ehegatten lediglich der Betreuungsunterhalt wieder auflebt. Denn eine neue Ehe des Unterhaltsberechtigten führt stets zur endgültigen Auflösung der nahehelichen Solidarität, so dass es für ein Wiederaufleben anderer Tatbestände an einer Legitimation fehlt, während ein Wiederaufleben des Betreuungsunterhalts auf das schutzwürdige Interesse der gemeinsamen Kinder zurückzuführen ist (vgl. BT-Drucks. 16/1830 S. 22).

32

Das Oberlandesgericht weist zwar zutreffend darauf hin, dass die Eingehung einer verfestigten Lebensgemeinschaft nicht notwendig eine gleiche endgültige Wirkung beinhaltet wie die Eingehung einer neuen Ehe. Auch der Vorschrift des [§ 1579 Nr. 2 BGB](#) liegt allerdings die Überlegung zugrunde, dass ein widersprüchliches Verhalten des Unterhaltsberechtigten vorliegt, wenn er sich in eine neue verfestigte Lebensgemeinschaft begibt, aber gleichzeitig die naheheliche Solidarität aus der geschiedenen Ehe einfordert.

33

Nach diesen rechtlichen Maßstäben lebt auch ein nach [§ 1579 Nr. 2 BGB](#) versagter Unterhaltsanspruch regelmäßig nur im Interesse gemeinsamer Kinder als Betreuungsunterhalt wieder auf. Für andere Unterhaltstatbestände gilt dies nur ausnahmsweise, wenn trotz der für eine gewisse Zeit verfestigten neuen Lebensgemeinschaft noch ein Maß an nahehelicher Solidarität gefordert werden kann, das eine fortdauernde naheheliche Unterhaltspflicht rechtfertigen kann (so im Ergebnis auch Wendl/Gerhardt aaO Rn. 1384; Scholz/Kleffmann/Motzer/Kühner aaO Rn. 280; Luthin/Koch aaO Rn. 2244).

34

cc) Diesen Grundsätzen wird das angefochtene Urteil nicht gerecht.

35

Der Entscheidung des Oberlandesgerichts fehlt schon insoweit eine hinreichende Begründung, als es der Beklagten trotz der relativ kurzen Ehedauer und der zwischenzeitig verfestigten Lebensgemeinschaft der Beklagten für die Zeit ab Dezember 2008 den rechnerisch ermittelten ungekürzten Aufstockungsunterhalt zugesprochen hat. Hinzu kommt, dass es nicht alle relevanten Umstände rechtsfehlerfrei gewürdigt hat.

36

Zu Unrecht hat das Oberlandesgericht für die Bemessung der Ehedauer auf den Zeitpunkt der Rechtskraft der Scheidung und nicht, entsprechend der Rechtsprechung des Senats, auf die Zustellung des Scheidungsantrags abgestellt (vgl. Senatsurteile vom 20. Oktober 2010 - [XII ZR 53/09](#) - [FamRZ 2010, 2059](#) Rn. 36; vom 30. Juni 2010 - [XII ZR 9/09](#) - [FamRZ 2010, 1414](#) Rn. 30 und [BGHZ 179, 43](#) = [FamRZ 2009, 406](#) Rn. 35). Denn ab Zustellung des Scheidungsantrags konnte kein weiteres Vertrauen auf den Fortbestand der Ehe und insoweit auch keine weitere naheheliche Solidarität mehr entstehen. Der Ehedauer hat das Oberlandesgericht überdies lediglich eine Zeit der verfestigten Lebensgemeinschaft von Januar bis November 2008 gegenübergestellt. Dabei hat es unberücksichtigt gelassen, dass die Lebensgemeinschaft der Beklagten seit dem Frühjahr 2004 bestand und sich bereits im Laufe der ersten Jahre verfestigt hatte. Wenn das Oberlandesgericht die Zeit bis zur endgültigen Verfestigung der Lebensgemeinschaft unberücksichtigt lässt, muss es im Gegenzug aber auch berücksichtigen, dass mit der Verfestigung der

Lebensgemeinschaft ab Januar 2008 eine endgültige Aufgabe der nahehelichen Solidarität eingetreten war (vgl. BT-Drucks. 16/1830 S. 21).

37

Im Rahmen der Zumutbarkeitsabwägung hat das Oberlandesgericht auch nicht hinreichend berücksichtigt, dass sich die tatsächlichen Lebensverhältnisse der Parteien nicht wesentlich unterscheiden. Zwar hat das Oberlandesgericht für den Kläger ein unterhaltsrelevantes Einkommen errechnet, das sich nach Abzug des Kindesunterhalts auf monatlich 2.080 € beläuft, während es der Beklagten lediglich Einkünfte in Höhe von 1.113 € zugerechnet hat. Dabei hat es allerdings erhebliche weitere Kreditverbindlichkeiten des Klägers unberücksichtigt gelassen, weil diese zur Finanzierung seines Wohneigentums aufgebracht werden und den Umfang der vom Senat akzeptierten zusätzlichen Altersvorsorge übersteigen. Andererseits hat das Oberlandesgericht das der Beklagten von ihrer Mutter zugewendete Vermögen in Höhe von 120.000 € und insbesondere auch die daraus resultierenden Zinsen unberücksichtigt gelassen, weil die Parteien solche Einkünfte auch bei Abschluss ihres Vergleichs nicht berücksichtigt hatten. Im Rahmen der Billigkeitsabwägung nach [§ 1579 BGB](#) können diese Umstände allerdings nicht unberücksichtigt bleiben.

38

5. Die angefochtene Entscheidung kann deswegen keinen Bestand haben. Das Oberlandesgericht wird im Rahmen des [§ 1579 Nr. 2 BGB](#) eine erneute Zumutbarkeitsabwägung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles durchzuführen und dabei insbesondere das Maß der nach Beendigung einer verfestigten Lebensgemeinschaft regelmäßig nur noch sehr begrenzt zu erwartenden nahehelichen Solidarität zu berücksichtigen haben.

39

6. Ergänzend weist der Senat darauf hin, dass auch die Ausführungen des Berufungsgerichts zur zeitlichen Begrenzung des Unterhaltsanspruchs der Beklagten nach [§ 1578 b BGB](#) nicht frei von Rechtsfehlern sind.

40

Soweit das Oberlandesgericht im Rahmen der Prüfung einer zeitlichen Begrenzung des Unterhalts nach [§ 1578 b Abs. 2 BGB](#) von einem fortbestehenden ehebedingten Nachteil der Beklagten ausgegangen ist, widerspricht dies der Rechtsprechung des Senats. Die Beklagte ist ausgebildete Bauzeichnerin und hatte in diesem Beruf zunächst vollschichtig und ab der Geburt des gemeinsamen Sohnes im geringfügigen Umfang gearbeitet. Erst seit der Trennung der Parteien im Februar 2004 bis zur Aufnahme ihrer Ausbildung zur Feng-Shui-Beraterin im August 2006, also für zweieinhalb Jahre, war sie nicht erwerbstätig. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts wäre es ihr gleichwohl möglich, eine Vollzeittätigkeit als Bauzeichnerin zu finden. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts sprechen die zeitweilige Reduzierung des Umfangs der Erwerbstätigkeit und die zweieinhalbjährige Erwerbslosigkeit nicht zwingend für noch vorhandene Einkommenseinbußen. Der Wechsel der Erwerbstätigkeit mit Ausbildung zur Feng-Shui-Beraterin ist ohnehin nicht ehebedingt. Soweit die Beklagte sich trotz der Obliegenheit zur Aufnahme einer vollschichtigen Erwerbstätigkeit im erlernten Beruf auf einen fortdauernden ehebedingten Nachteil beruft, hätte sie dazu im Rahmen ihrer sekundären Darlegungslast substantiiert vortragen müssen (Senatsurteile vom 20. Oktober 2010 - [XII ZR 53/09](#) - [FamRZ 2010, 2059](#) Rn. 32 ff. und [BGHZ 185, 1 = FamRZ 2010, 875](#) Rn. 20 ff.). Erst ein solcher substantiiertes Vortragen versetzt den unterhaltspflichtigen Kläger in die Lage, einen fortdauernden ehebedingten Nachteil zu akzeptieren oder ebenso substantiiert zu bestreiten.

Hinzu kommt, dass das Oberlandesgericht trotz der sehr begrenzten nachehelichen Solidarität keine Herabsetzung des nachehelichen Unterhalts nach [§ 1578 b Abs. 1 BGB](#) geprüft hat, obwohl die dafür relevanten Umstände von den Parteien vorgetragen sind. Auch dies wird das Oberlandesgericht nachzuholen haben, falls es im Rahmen des [§ 1579 Nr. 2 BGB](#) zu einer Fortdauer des nachehelichen Unterhalts gelangt.

Hahne

Dose

Klinkhammer

Günter

Nedden-Boeger