



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XII ZR 133/11

Verkündet am:
26. Juni 2013
Küpferle,
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in der Familiensache

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB §§ 242 D, 1578, 1578 b, 1581, 1613; ZPO §§ 308, 559 Abs. 1; HUÜ 73 Art. 8; HUP Art. 2, 3 Abs. 1, 5, 18; EuUnthVO Art. 15, 76

- a) Das Begehren eines Ehegatten, die Auflösung des Scheidungsverbundes vor einer abschließenden Entscheidung über eine Folgesache in der Rechtsmittelinstanz zu verhindern, vermag die für ein Rechtsmittel gegen den Scheidungsausspruch erforderliche Beschwerde nicht zu begründen (im Anschluss an Senatsurteil vom 26. November 1986 - IVb ZR 92/85 - FamRZ 1987, 264).
- b) Die erstmals in der Revisionsinstanz erhobene Einrede nach Art. 5 HUP ist vom Revisionsgericht zu berücksichtigen, wenn die Anwendung des Haager Unterhaltsprotokolls und des danach berufenen Sachrechts auf einem Verfahrensfehler beruht, die der Einrede zugrundeliegenden Tatsachen unstreitig sind und auch die weiteren Voraussetzungen vorliegen, die eine ausnahmsweise Berücksichtigung neuer Tatsachen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in der Revisionsinstanz zulassen (im Anschluss an Senatsurteile vom 14. Oktober 2009 - XII ZR 146/08 - FamRZ 2009, 1990 Rn. 27 und vom 21. November 2001 - XII ZR 162/99 - FamRZ 2002, 318, 319 mwN).
- c) Gibt der aus dem Ausland stammende Unterhaltsberechtigte ehebedingt seine Erwerbstätigkeit auf und wird er später erwerbsunfähig, so ist die fiktive Rente wegen Erwerbsunfähigkeit nach Rückkehr in sein Heimatland so zu bemessen, als hätte er dort bis zum Eintritt der Erwerbsunfähigkeit durchgehend gearbeitet und einen entsprechenden Rentenanspruch erworben (im Anschluss an Senatsurteil vom 16. Januar 2013 - XII ZR 39/10 - FamRZ 2013, 534 Rn. 24).
- d) Bei der Prüfung der Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen nach § 1581 BGB ist ein Erwerbstätigkeitsbonus nicht zu berücksichtigen.

BGH, Urteil vom 26. Juni 2013 - XII ZR 133/11 - OLG Stuttgart
AG Nürtingen

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 15. Mai 2013 durch den Vorsitzenden Richter Dose, die Richterin Weber-Monecke und die Richter Dr. Klinkhammer, Schilling und Dr. Nedden-Boeger

für Recht erkannt:

Die Revision der Antragsgegnerin gegen den Scheidungsauspruch (Ziffer I 1 des Tenors) des Urteils des 17. Familiensenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 22. November 2011 wird verworfen.

Auf die Revisionen der Parteien wird das vorgenannte Urteil unter Zurückweisung der weitergehenden Rechtsmittel im folgenden Umfang aufgehoben:

- auf die Revision der Antragsgegnerin im Tenor zu Ziffer I 3, soweit darin zu ihrem Nachteil erkannt worden ist und
- auf die Revision des Antragstellers im Tenor zu Ziffer I 4, soweit darin zu seinem Nachteil erkannt worden ist.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Antragsgegnerin begehrt von dem Antragsteller in einem Scheidungsverbundverfahren nachehelichen Unterhalt sowie einen vermögensrechtlichen Ausgleich.

2 Der Antragsteller ist deutscher Staatsangehöriger; die Antragsgegnerin ist Staatsangehörige der Schweiz. Die Parteien heirateten am 29. Juni 1990. Zwei Tage zuvor schlossen sie einen notariellen Ehevertrag. Dieser hat unter anderem folgenden Inhalt:

"§ 1

Gütertrennung

Wir wollen in Gütertrennung leben und schließen deshalb den gesetzlichen Güterstand für unsere Ehe aus (...).

Der Ehegatte, der den Haushalt versorgt, die Kinder betreut oder dem anderen im Beruf oder Gewerbe hilft, hat Anspruch darauf, dass der andere ihm regelmäßig einen angemessenen Betrag zur freien Verfügung stellt. Hat ein Ehegatte im Beruf oder Gewerbe des anderen erheblich mehr mitgearbeitet, als sein Beitrag an den Unterhalt der Familie verlangt, so hat er dafür Anspruch auf angemessene Entschädigung, sofern diese Entschädigung nicht im Rahmen eines Arbeits- oder Gesellschaftsvertrages separat geleistet wird.

§ 2

Nachehelicher Unterhalt

2.1 Wir verzichten gegenseitig auf jeglichen Unterhalt nach der Scheidung. Dieser Verzicht gilt jedoch nur, wenn beide Ehegatten bis zum Zeitpunkt des Getrenntlebens berufstätig waren und keine gemeinsamen natürlichen oder adoptierten minderjährigen Kinder vorhanden sind.

2.2 Hat ein Ehegatte wegen Kindererziehung seinen Beruf zeitweise nicht ausgeübt, so ist ihm Unterhalt zu zahlen, der sich nach den ehelichen Lebensverhältnissen bemisst, wenn er durch die Erziehung der Kinder bedingt in seinem Beruf noch nicht oder nicht voll tätig ist. Dieser Unterhalt ist so lange zu zahlen, bis sich der Ehegatte ohne Gefährdung der Kindererziehung und des Kindeswohls selbst unterhalten kann. Sollte sich diese Vereinbarung anlässlich der Ehescheidung als unwirksam erweisen, so verpflichten sich die Ehegatten, eine entsprechende angemessene Scheidungsvereinbarung unter Berücksichtigung vorgenannter und der Grundsätze von Treu und Glauben zu treffen (...).

(...)"

3 Die Parteien lebten bis zu ihrer Trennung im Oktober 2005 gemeinsam in Deutschland. Anschließend verzog die Antragsgegnerin in die Schweiz. Aus der Ehe ist ein im Dezember 1990 geborener Sohn hervorgegangen, der bei der Antragsgegnerin lebt.

4 Die Antragsgegnerin arbeitete bis zur Eheschließung in der Schweiz als Personalberaterin und erzielte zuletzt einen Bruttolohn von 6.400 Schweizer Franken (CHF). Nach der Heirat war sie im Unternehmen des Antragstellers als geringfügig Beschäftigte angestellt. Der Antragsteller zahlte ihr ab Oktober 1990 neben Lohn und Haushaltsgeld monatliche Beträge in Höhe von 256 € bis

350 €, die mit dem Verwendungszeck "zur freien Verfügung" bezeichnet waren. Die Antragsgegnerin übernahm die Betreuung des gemeinsamen Kindes und die Haushaltsführung. Sie ist erwerbsunfähig.

5 Der Antragsteller ist Geschäftsführer und zu 49 % Gesellschafter der E. GmbH. Er ist seit Januar 2005 Präsident der Handwerkskammer S. . Zudem ist er Mitglied des Aufsichtsrats der Landesmesse S. und der S. I. Gruppe.

6 Das Amtsgericht hat die Ehe mit Zustimmung der Antragsgegnerin geschieden. Ferner hat es den öffentlich-rechtlichen Versorgungsausgleich durchgeführt und dabei auf das Versicherungskonto der Antragsgegnerin Rentenanwartschaften von monatlich 61 € bezogen auf den 31. Dezember 2005 übertragen. Zudem hat es den Antragsteller unter Anwendung deutschen Rechts zur Zahlung monatlichen nachehelichen Unterhalts in Höhe von 2.903 € bis einschließlich Mai 2012 sowie ab Juni 2012 in Höhe von dann noch 2.056 € verurteilt. Ferner hat es den Antragsteller verurteilt, an die Antragsgegnerin einen einmaligen Betrag von 51.366 € zuzüglich Zinsen zu zahlen. Auf die Berufungen der Parteien hat das Oberlandesgericht den Ehegattenunterhalt auf monatlich 3.081 € (davon 549 € als Alters- und 556 € als Kranken- und Pflegevorsorgeunterhalt) heraufgesetzt und die Einmalzahlung auf 46.261 € zuzüglich Zinsen reduziert. Im Übrigen hat es den Scheidungsausspruch und die Entscheidung zum Versorgungsausgleich bestätigt.

7 Hiergegen wenden sich die Parteien mit ihren vom Berufungsgericht zugelassenen Revisionen. Dabei wendet sich der Antragsteller gegen die Verurteilung zur Zahlung nachehelichen Unterhalts und des Ausgleichsbetrags von 46.261 €. Die Antragsgegnerin wendet sich gegen den Ausspruch der Ehe-

scheidung. Sie begehrt zudem die Zahlung höheren nachehelichen Unterhalts, ausgerechnet in Schweizer Franken.

Entscheidungsgründe:

8 Die Revision des Antragstellers ist zulässig und teilweise begründet. Die
Revision der Antragsgegnerin ist teilweise unzulässig und - soweit sie zulässig
ist - ebenfalls nur teilweise begründet.

9 Auf das Verfahren ist gemäß Art. 111 Abs. 1 FGG-RG noch das bis zum
31. August 2009 geltende Prozessrecht anzuwenden, weil das Verfahren vor
diesem Zeitpunkt eingeleitet worden ist (vgl. Senatsbeschluss vom 3. Novem-
ber 2010 - XII ZB 197/10 - FamRZ 2011, 100 Rn. 10).

A.

10 Die Revision der Antragsgegnerin gegen den Scheidungsausspruch ist
unzulässig, weil die Antragsgegnerin insoweit nicht beschwert ist.

11 1. Zwar ist ein zum Zwecke der Aufrechterhaltung der Ehe eingelegtes
Rechtsmittel auch ohne formelle Beschwer des Rechtsmittelführers zulässig.
Aus dem Ausnahmecharakter dieses Grundsatzes folgt jedoch, dass der
Rechtsmittelführer in diesem Fall das Ziel der Aufrechterhaltung der Ehe ein-
deutig und vorbehaltlos verfolgen muss (Senatsurteil vom 26. November 1986
- IVb ZR 92/85 - FamRZ 1987, 264, 265).

12 Diese Voraussetzung ist hier nicht erfüllt. Die Antragsgegnerin möchte
sich im Rahmen einer Eventual-Anschlussrevision die Rücknahme ihrer Zu-

stimmung zur Scheidung bzw. ihres eigenen Scheidungsantrags für den Fall vorbehalten, dass im Revisionsverfahren Folgesachen zu ihrem Nachteil entschieden würden. Damit fehlt es an einem vorbehaltlosen Festhalten an der bestehenden Ehe. Deshalb kann dahinstehen, ob insoweit schon die Berufung unzulässig war.

13 2. Soweit die Antragsgegnerin rügt, die Formulierung des Scheidungsausspruchs lasse nicht erkennen, auf wessen Antrag die Scheidung erfolgt sei, fehlt es ebenfalls an einer Rechtsbeeinträchtigung.

14 Die Rechtsordnung knüpft keine Folgen daran, ob die Scheidung auf den Antrag des einen oder des anderen Ehegatten ausgesprochen wird (Senatsurteil vom 26. November 1986 - IVb ZR 92/85 - FamRZ 1987, 264, 265). Es ist weder substantiiert dargetan noch sonst ersichtlich, dass die fehlende Angabe im Tenor, auf wessen Antrag die Ehe geschieden worden ist bzw. die Bezugnahme des Oberlandesgerichts auf die Begründung des Scheidungsausspruchs im amtsgerichtlichen Urteil i.S.v. § 629 a i.V.m. § 540 ZPO, einer möglichen Anerkennung des Scheidungsurteils entgegenstehen könnte.

15 3. Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin vermag schließlich auch ihr Wunsch, die Auflösung des Scheidungsverbundes vor einer abschließenden Entscheidung über die Folgesachen zu verhindern, eine für die Revision erforderliche Beschwer nicht zu begründen.

16 Zwar soll mit dem Scheidungsverbund erreicht werden, dass die Scheidung erst dann ausgesprochen wird, wenn die mit ihr zusammenhängenden Folgefragen geklärt sind (vgl. § 623 Abs. 1 ZPO, s. jetzt §§ 137 Abs. 1, 142 Abs. 1 FamFG). Dieser Grundsatz gilt aber nur für die erste Instanz. Denn gemäß § 629 a Abs. 2 ZPO können Folgesachen isoliert angefochten werden. Sind mehrere Folgesachen angefochten, gilt der Scheidungsverbund nur noch

für diese Folgesachen entsprechend § 623 Abs. 1 ZPO fort (vgl. Zöller/Philippi ZPO 27. Aufl. § 629 a Rn. 6).

B.

17 Die Revisionen der Parteien haben in der Sache jeweils nur teilweise Erfolg, die Revision des Antragstellers, soweit er sich gegen die Ausgleichszahlung wendet, und die Revision der Antragsgegnerin, soweit sie einen höheren Unterhalt begehrt.

I.

18 Das Berufungsgericht hat den Unterhaltsanspruch auf § 2 des Ehevertrages i.V.m. Art. 125 Schweizer ZGB gestützt. Das hält rechtlicher Überprüfung nicht stand. Allerdings ist der vom Oberlandesgericht zugesprochene Unterhalt nach dem hier anzuwendenden deutschen Sachrecht mindestens in der ausgeteilten Höhe gerechtfertigt.

19 1. Die vom Berufungsgericht vorgenommene Auslegung des Ehevertrages, nach der der von der Antragsgegnerin geltend gemachte Krankheitsunterhalt nicht ausgeschlossen ist, ist entgegen der Auffassung des Antragstellers revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

20 a) Das Berufungsgericht hat hierzu ausgeführt, nach dem Wortlaut von § 2 Ziffer 2.1 Satz 1 verzichteten die Vertragspartner zwar gegenseitig auf jeglichen Unterhalt nach der Scheidung. Dieser zunächst unbedingte Verzicht werde aber im Satz 2 stark eingeschränkt, nämlich auf den Fall, dass beide Ehegatten bis zum Zeitpunkt des Getrenntlebens berufstätig gewesen und keine

gemeinsamen minderjährigen Kinder vorhanden seien. Damit seien schon nach dem Wortlaut Unterhaltsansprüche jedenfalls dann nicht mehr ausgeschlossen, wenn ein Ehegatte nicht bis zum Zeitpunkt des Getrenntlebens berufstätig habe sein können. Sei in diesem Zeitpunkt - wie hier - auch noch ein minderjähriges Kind vorhanden, gelte dies erst recht.

21 Die Gesamtumstände des Vertragsabschlusses zeigten vielmehr, dass die Eheleute den Fall der Unterhaltsbedürftigkeit wegen Krankheit gar nicht bedacht hätten. Da dem Vertrag hierzu keine bestimmte Regelung zu entnehmen sei, sei der Vertrag ergänzend dahin auszulegen, dass die Antragsgegnerin dem Grunde nach einen Anspruch auf Krankheitsunterhalt habe. Eine solche Auslegung sei auch angesichts des Umstandes, dass eine Krankheit regelmäßig schicksalsbedingt sei, nicht unbillig. Sie werde den Interessen beider Parteien gerecht, wenn die Ehegestaltung mit der Erziehung des gemeinsamen Kindes und der Aufgabe der gut dotierten Arbeitsstelle durch die Antragsgegnerin bedacht werde.

22 b) Diese Auslegung hält den Angriffen der Revision des Antragstellers stand.

23 aa) Die Auslegung von Verträgen ist grundsätzlich dem Tatrichter vorbehalten. Seine Auslegung kann vom Revisionsgericht nur darauf überprüft werden, ob der Auslegungstoff 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 (Senatsurteile vom 25. Januar 2012 - XII ZR 139/09 - FamRZ 2012, 525 Rn. 30 und BGHZ 186, 1 = FamRZ 2010, 1238 Rn. 15 mwN).

24 bb) Gemessen hieran ist die vom Oberlandesgericht vorgenommene Auslegung aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Entgegen der Rüge der Revision ist die vertragliche Unterhaltsregelung bei dieser Auslegung auch nicht "sinnlos". Denn mit der Regelung in § 2 Ziffer 2.1 haben die Parteien einen Anspruch auf eine Unterhaltsbemessung nach § 1578 Abs. 1 Satz 1 BGB bei fort-dauernder Berufstätigkeit beider Ehegatten ausgeschlossen. Ohne diese Rege-lung müsste derjenige Ehegatte mit dem höheren Einkommen dem anderen Differenzunterhalt nach den ehelichen Lebensverhältnissen leisten.

25 2. Das Berufungsgericht hat den Unterhaltsanspruch allerdings zu Un-recht auf Schweizer Sachrecht gestützt.

26 a) Das Berufungsgericht hat hierzu ausgeführt, auf den Unterhaltsan-spruch sei nach Art. 2 des Haager Protokolls über das auf Unterhaltungspflichten anzuwendende Recht vom 23. November 2007 (ABl. EU 2009 Nr. L 331, S. 19 im Folgenden: Haager Unterhaltsprotokoll/HUP) Schweizer Recht (Art. 125 Schweizer ZGB) in Verbindung mit dem Ehevertrag anzuwenden. Im Übrigen ergäbe sich kein anderes Ergebnis, wenn deutsches Recht anzuwenden wäre. Daher sei ein weiterer Hinweis entbehrlich gewesen.

27 Die Ehe sei nach deutschem Recht geschieden worden, Art. 17 Abs. 1 Satz 2, Art. 14 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB. Gemäß Art. 8 Haager Übereinkommen über das auf Unterhaltungspflichten anwendbare Recht vom 2. Oktober 1973 (BGBl. 1986 II 837, im Folgenden: Haager Unterhaltsübereinkommen 1973/HUÜ 73) richte sich der nacheheliche Unterhalt nach dem auf die Eheschei-dung angewandten Recht. Das wäre hier deutsches Recht. Durch Beschluss des Rates der Europäischen Union vom 30. November 2009 sei das Haager Unterhaltsprotokoll gebilligt und festgelegt worden, dass dieses ab 18. Juni 2011 innerhalb der Gemeinschaft anzuwenden sei, selbst wenn es zu diesem

Zeitpunkt noch nicht in Kraft getreten sei. Nach Art. 3 Abs. 1 HUP sei für Unterhaltspflichten das Recht des Staates des gewöhnlichen Aufenthalts der unterhaltsberechtigten Person maßgebend. Das sei hier die Schweiz, da die Antragsgegnerin seit der Trennung der Parteien am 19. Oktober 2005 dort lebe.

28 Der Anwendbarkeit des Protokolls stehe nicht entgegen, dass das Verfahren schon vor dem 18. Juni 2011 eingeleitet worden sei. In einem solchen Fall sei der Zeitraum maßgeblich, für den Unterhalt verlangt werde.

29 Unschädlich sei auch, dass die Schweiz dem Protokoll bisher nicht beigetreten sei. Nach Art. 2 HUP sei es auch dann anzuwenden, wenn das darin bezeichnete Recht dasjenige eines Nichtvertragsstaats sei. Da die Schweiz allerdings zu den Staaten gehöre, die dem Haager Unterhaltsübereinkommen 1973 beigetreten seien, werde mit Hinweis auf Art. 18 des Protokolls die Auffassung vertreten, dass gegenüber diesen Staaten weiterhin die Bestimmungen jenes Übereinkommens anzuwenden seien. Dieser Auffassung, die zu einer Einführung der Gegenseitigkeit führe, sei aber nicht zu folgen.

30 b) Diese Ausführungen halten den Angriffen der Revision des Antragstellers im Ergebnis nicht stand.

31 Auf den geltend gemachten Unterhaltsanspruch ist deutsches Recht anzuwenden. Dabei kann dahinstehen, ob das Haager Unterhaltsprotokoll im Verhältnis zur Schweiz dem Grunde nach bzw. bezogen auf die entsprechenden Übergangsvorschriften auf den vorliegenden Fall grundsätzlich unanwendbar ist und deshalb nach dem Haager Unterhaltsübereinkommen 1973 deutsches Recht Anwendung findet. Denn jedenfalls hätte sich der Antragsteller für den Fall einer etwaigen Anwendung des Haager Unterhaltsprotokolls erfolgreich auf Art. 5 HUP berufen, womit ohnehin deutsches Sachrecht berufen wäre.

32 aa) Es ist umstritten, ob das Haager Unterhaltsprotokoll gegenüber der Schweiz überhaupt zur Anwendung gelangt, weil die Schweiz diesem Abkommen (bislang) nicht beigetreten ist.

33 Gemäß Art. 15 der Verordnung (EG) Nr. 4/2009 des Rates über die Zuständigkeit, das anwendbare Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Zusammenarbeit in Unterhaltssachen vom 18. Dezember 2008 (ABl. EU 2009 Nr. L 7, S. 1 - im Folgenden: EuUnthVO) bestimmt sich das auf Unterhaltspflichten anwendbare Recht für die Mitgliedsstaaten, die durch das Haager Unterhaltsprotokoll gebunden sind, nach jenem Protokoll. Die EuUnthVO ist gemäß Art. 76 Abs. 3 seit dem 18. Juni 2011 anwendbar. Der Beschluss des Rates vom 30. November 2009 über den Beitritt zum Haager Unterhaltsprotokoll (Art. 4, ABl. EU Nr. L 331, S. 17) sieht die innergemeinschaftliche Billigung des Haager Unterhaltsprotokolls, die Ermächtigung zu seiner rechtsverbindlichen Unterzeichnung, die vorläufige Anwendung ab dem 18. Juni 2011 sowie eine intertemporale Überleitungsregelung in Abweichung zum Haager Unterhaltsprotokoll vor (Andrae GPR 2010, 196). Ausweislich Art. 18 HUP ersetzt dieses Protokoll im Verhältnis zwischen den Vertragsstaaten das Haager Unterhaltsübereinkommen 1973.

34 Da das Haager Unterhaltsprotokoll einerseits auch im Verhältnis zu Nichtvertragsstaaten anwendbar ist (Art. 2 HUP), die Schweiz aber andererseits - anders als beim Haager Unterhaltsübereinkommen 1973 - nicht beigetreten ist, ist streitig, ob das Haager Unterhaltsprotokoll gleichwohl auf die Schweiz anwendbar ist.

35 Die herrschende Meinung in der Literatur stellt maßgeblich auf Art. 18 HUP ab und lehnt deswegen eine Anwendung im Verhältnis zur Schweiz ab (Ring FPR 2013, 16; Henrich Internationales Scheidungsrecht 3. Aufl. Rn. 136;

Erman/Hohloch BGB 13. Aufl. Art. 18 EGBGB aF/UnthProt Rn. 1; Özen/Odendahl FamRBint 2012, 11, 13; Meyer FPR 2013, 83, 87; Andrae GPR 2010, 196, 200; Palandt/Thorn BGB 72. Aufl. Art. 18 HUntProt Rn. 53).

36 Die Gegenmeinung stellt maßgeblich auf Art. 2 HUP ab, wonach das von dem Übereinkommen bestimmte Recht unabhängig vom Erfordernis der Gegenseitigkeit anzuwenden ist, auch wenn es das Recht eines Nichtvertragsstaates ist (vgl. Conti/Bißmaier FamRBint 2011, 62, 63; s. auch BT-Drucks. 17/4887 S. 53).

37 Der Senat ist zu einer abschließenden Beantwortung dieser Streitfrage nicht berufen. Mit der Ratifikation durch die EU ist das Haager Unterhaltsprotokoll Teil der Gemeinschaftsrechtsordnung geworden. Auslegungsfragen, die vor mitgliedstaatlichen Gerichten entstehen, sind daher dem Europäischen Gerichtshof gemäß Art. 267 des Vertrages über die Arbeitsweise der europäischen Union (AEUV) vorzulegen (vgl. dazu Rauscher/Pabst GPR 2011, 41, 47 und Wendl/Dose Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis 8. Aufl. § 9 Rn. 2). Letztlich kann die Frage aber aus den unten zu cc) dargestellten Gründen dahinstehen.

38 bb) Auch kann die - ebenfalls streitige - Frage dahinstehen, ob das Protokoll nach den entsprechenden Übergangsregelungen auf Unterhaltsverfahren Anwendung finden kann, die - wie hier - vor Anwendbarkeit der EuUnthVO, also vor dem 18. Juni 2011, eingeleitet worden sind (gegen eine Anwendung des Haager Unterhaltsprotokolls in Fällen, in denen das Verfahren vor dem 18. Juni 2011 eingeleitet worden ist, sprechen sich aus: Dimmler/Bißmaier FPR 2013, 11, 12; Erman/Hohloch BGB 13. Aufl. Art. 18 EGBGB aF/UnthProt Rn. 1; Coester-Waltjen IPRax 2012, 528, 529; aA OLG Köln FamRZ 2012, 1509, 1510; Rauscher/Andrae Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht [Bear-

beutung 2010] Einleitung HUntStProt Rn. 14; Conti/Bißmaier FamRBint 2011, 62, 64).

39 cc) Unabhängig von den genannten umstrittenen Rechtsfragen ist vorliegend im Ergebnis ohnehin deutsches Recht anzuwenden.

40 Lehnte man eine Anwendung des Haager Unterhaltsprotokolls ab, wäre nach Art. 8 HUÜ 73 für die Unterhaltspflicht zwischen geschiedenen Ehegatten das auf die Scheidung angewandte Recht maßgebend. Das ist - wie das Amtsgericht für den vorliegenden Fall zutreffend ausgeführt hat - gemäß Art. 17 Abs. 1 Satz 1 EGBGB i.V.m. Art. 14 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB deutsches Recht.

41 Bei unterstellter Anwendung des Haager Unterhaltsprotokolls ist im Ergebnis ebenfalls deutsches Sachrecht auf den Unterhaltsanspruch anzuwenden. Nach Art. 5 HUP findet Art. 3 HUP, der für Unterhaltspflichten das Recht des Staates des gewöhnlichen Aufenthalts der berechtigten Person als maßgeblich anordnet, keine Anwendung, wenn eine der Parteien sich dagegen wendet und das Recht eines anderen Staates, insbesondere des Staates ihres letzten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts, zu der betreffenden Ehe eine engere Verbindung aufweist.

42 Der Antragsteller hat sich auf Art. 5 HUP berufen. Dieser erstmals in der Revisionsinstanz geltend gemachte Einwand ist vom Senat deswegen zu berücksichtigen, weil die Anwendung des Haager Unterhaltsprotokolls und damit des Schweizer Sachrechts auf einem Verfahrensfehler beruht und auch die weiteren Voraussetzungen vorliegen, die eine Berücksichtigung neuer Tatsachen in der Revisionsinstanz zulassen.

43 (1) Der Antragsteller hat in der Revisionsinstanz ausdrücklich erklärt, dass er sich nach Art. 5 HUP gegen die Anwendung Schweizer Rechts wende.

44 Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin sind die Voraussetzungen des Art. 5 HUP nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen erfüllt. Maßgeblich hierfür ist, dass das Recht eines anderen Staates, insbesondere des Staates des letzten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts der Eheleute, zu der betreffenden Ehe eine engere Verbindung aufweist. In diesem Fall ist das Recht dieses anderen Staates anzuwenden. Hintergrund der als Einrede zu qualifizierenden Regelung des Art. 5 HUP (vgl. zum Begriff OLG Köln FamRZ 2012, 1509, 1510; Palandt/Thorn BGB 72. Aufl. Art. 5 HUntProt Rn. 21; Andrae GPR 2010, 196, 202 "kollisionsrechtliche Einrede") ist das Vertrauen eines Ehegatten in diejenige Rechtsordnung, der sich beide Eheleute während des Bestehens der Ehe unterstellt haben (Dimmler/Bißmaier FPR 2013,11, 14).

45 Danach ist deutsches Recht berufen. Die Eheleute haben 1990 in Deutschland geheiratet und bis zur Einleitung des Scheidungsverfahrens im Herbst 2005 in Deutschland gelebt. Der Antragsteller besitzt die deutsche Staatsangehörigkeit; das gemeinsame Kind hat die deutsche Staatsangehörigkeit mit seiner Geburt erworben (vgl. § 4 Abs. 1 StAG). Da die Parteien ihre Ehe 15 Jahre lang in Deutschland gelebt haben, weist das deutsche Recht zu ihrer Ehe eine deutlich engere Verbindung auf als das Schweizer Recht. Daran ändert auch nichts, dass die Antragsgegnerin mittlerweile rund siebeneinhalb Jahre mit dem Kind in der Schweiz lebt. Im Hinblick auf die eindeutige Sachlage bedarf es entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin keiner Vorlage an den Europäischen Gerichtshof nach Art. 267 AEUV.

46 (2) Die erst in der Revisionsinstanz erhobene Einrede ist unter Berücksichtigung der hier vorliegenden Besonderheiten zu beachten.

47 (a) Zwar ist gemäß § 559 Abs. 1 ZPO neues Tatsachenvorbringen in der Revisionsinstanz grundsätzlich unbeachtlich. Nach ständiger Rechtsprechung

des Bundesgerichtshofs ist § 559 Abs. 1 Satz 1 ZPO allerdings einschränkend dahin auszulegen, dass in bestimmtem Umfang auch Tatsachen, die sich erst während der Revisionsinstanz ereignen, in die Urteilsfindung einfließen können, soweit sie unstreitig sind oder ihr Vorliegen in der Revisionsinstanz ohnehin von Amts wegen zu beachten ist und schützenswerte Belange der Gegenseite nicht entgegenstehen. Der Gedanke der Konzentration der Revisionsinstanz auf die rechtliche Bewertung eines festgestellten Sachverhalts verliert nämlich an Gewicht, wenn die Berücksichtigung von neuen tatsächlichen Umständen keine nennenswerte Mehrarbeit verursacht und die Belange des Prozessgegners gewahrt bleiben. Dann kann es aus prozessökonomischen Gründen nicht zu verantworten sein, die vom Tatsachenausschluss betroffene Partei auf einen weiteren, gegebenenfalls durch mehrere Instanzen zu führenden Prozess zu verweisen. In einem solchen Fall ist vielmehr durch die Zulassung neuen Vorbringens im Revisionsverfahren eine rasche und endgültige Streitbereinigung herbeizuführen (Senatsurteile vom 14. Oktober 2009 - XII ZR 146/08 - FamRZ 2009, 1990 Rn. 27 und vom 21. November 2001 - XII ZR 162/99 - FamRZ 2002, 318, 319 mwN - hinsichtlich der Einrede der Verjährung offengelassen in BGHZ 139, 214 = NJW 1998, 2972, 2974).

48 (b) Gemessen hieran kann sich der Antragsteller in der Revisionsinstanz ausnahmsweise auf die Anwendung des Art. 5 HUP berufen.

49 (aa) Zwar hätte der Antragsteller die Einrede bereits im instanzgerichtlichen Verfahren erheben können; bei den ihr zugrunde liegenden Tatsachen handelt es sich also nicht um solche, "die sich erst während der Revisionsinstanz ereignen". Dass der Antragsteller die Einrede nicht früher erhoben hat, beruht jedoch auf einem Verfahrensfehler des Berufungsgerichts. Das Berufungsgericht hat nicht darauf hingewiesen, dass es seiner Entscheidung zum

Unterhaltsrecht das Haager Unterhaltsprotokoll und damit Schweizer Sachrecht zugrunde legen werde. Damit liegt ein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG vor.

50 Ein Verstoß gegen die Hinweispflicht aus § 139 ZPO liegt vor, wenn das Berufungsgericht - wie hier - überraschend ausländisches Recht anwendet, die Parteien ihren Ausführungen dagegen ausschließlich deutsches Recht zugrunde gelegt haben und das Revisionsgericht an die Entscheidung des Berufungsgerichts über Bestehen und Inhalt des ausländischen Rechts gebunden ist (BGH Urteil vom 19. Dezember 1975 - I ZR 99/74 - NJW 1976, 474). Entsprechendes muss gelten, wenn das der Anwendung ausländischen Rechts vorgeschaltete Kollisionsrecht den Parteien die Möglichkeit einräumt, die Anwendung der entsprechenden Kollisionsnorm mittels einer Einrede zu verhindern.

51 Gemessen hieran hätte das Berufungsgericht auf die beabsichtigte Anwendung des Haager Unterhaltsprotokolls und damit des Schweizer Rechts hinweisen müssen. Nachdem das Amtsgericht den Unterhaltsanspruch nach deutschem Recht beurteilt hatte, hat das Berufungsgericht in seinem der angefochtenen Entscheidung vorangegangenen Hinweisbeschluss den Parteien mitgeteilt, den Unterhaltsrechtsstreit nach der ehevertraglichen Regelung in Verbindung mit § 1572 BGB und damit nach deutschem Recht entscheiden zu wollen, was die Parteien - soweit ersichtlich - nicht anders gesehen haben. Deshalb konnten sie nicht damit rechnen, dass das Berufungsgericht Schweizer Recht anwenden würde. Der Antragsteller hat in seiner Revision zudem dargetan, dass er bei entsprechendem Hinweis die Einrede aus Art. 5 HUP erhoben hätte.

52 (bb) Verwehrte man dem Antragsteller in einem Fall wie dem vorliegenden die Möglichkeit, in der Revisionsinstanz eine entsprechende Einrede zu erheben, wäre dies für ihn letztlich nicht hinnehmbar. Berücksichtigte der Senat die Einrede des Antragstellers im Revisionsverfahren nicht, müsste er die Fra-

ge, welches Recht anzuwenden ist, dem Europäischen Gerichtshof vorlegen. Käme dieser zu dem Ergebnis, dass das Haager Unterhaltsprotokoll nicht anzuwenden ist, wäre über Art. 8 HUÜ 73 das auf die Scheidung angewandte Recht, also deutsches Recht maßgebend. Würde der Europäische Gerichtshof entscheiden, dass das Haager Unterhaltsprotokoll vorliegend anzuwenden sei, ist - jedenfalls im Revisionsverfahren - davon auszugehen, dass sich der Antragsteller im anschließenden Instanzverfahren auf Art. 5 HUP berufen würde mit der Folge, dass ebenfalls deutsches Recht anzuwenden wäre. Dies würde das Verfahren unnötig in die Länge ziehen und weitere Kosten verursachen, obgleich die der Einrede zugrunde liegenden Tatsachen unstreitig sind und vom Senat ohne weiteres seiner Entscheidung zugrunde gelegt werden können.

53 3. Der vom Berufungsgericht aufgrund der getroffenen Feststellungen zugesprochene Krankheitsunterhalt ist entgegen der Auffassung des Antragstellers mindestens in der ausgerichteten Höhe auch nach deutschem Recht gerechtfertigt, und zwar aus § 1572 BGB i.V.m. dem Ehevertrag. Zu Recht rügt die Antragsgegnerin indes, dass hiernach auch ein höherer Unterhalt als zugesprochen möglich ist, weshalb ihre Revision - anders als die des Antragstellers - insoweit Erfolg hat.

54 a) Zum Unterhalt hat das Berufungsgericht ausgeführt, unter Berücksichtigung der Wertung in § 2 Ziffer 2.1 (kein Unterhalt bei voller Berufstätigkeit) und des Umstandes, dass beide Parteien bei Eheschließung in Ausbildungsberufen gearbeitet hätten, sei der Vertrag so auszulegen, dass sich der Ehegatte selbst unterhalten könne, wenn er wieder ohne Nachteil den eigenen oder einen gleichwertigen Beruf ausüben könne. Dann bilde die Fähigkeit, sich aus dem erlernten Beruf zu unterhalten, sowie das daraus erwirtschaftete Gehalt die Grenze und das Maß eines Unterhaltsanspruchs.

- 55 Da der kranke Ehegatte aber regelmäßig auch ohne Ehe krank geworden wäre, sei der Anspruch auf dasjenige beschränkt, was dieser Ehegatte wegen der Kindererziehung bis zur Erkrankung nicht habe erwirtschaften können und was ihm heute deshalb an Rente wegen (voller) Erwerbsminderung fehle. Das begründe einen Anspruch der Antragsgegnerin auf einen nachehelichen Unterhalt in Höhe der Differenz aus ihren tatsächlichen Rentenansprüchen wegen voller Erwerbsminderung und denjenigen, die sie ohne die Eheschließung - bei fiktiver voller Erwerbstätigkeit bis zum Eintritt ihrer Erwerbsunfähigkeit - hätte. Denn nach allen vorliegenden Anhaltspunkten wäre die Antragsgegnerin ohne Eheschließung in der Schweiz geblieben und hätte dort weiterhin gearbeitet. Sie habe aufgrund der Aufgabe ihrer Erwerbstätigkeit und der damit verbundenen Einstellung der Zahlung von Beiträgen an die schweizerische Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHV) gegenwärtig keine Rentenansprüche in der Schweiz.
- 56 Bei Fortführung der Erwerbstätigkeit bei der A. in der Schweiz hätte die Antragsgegnerin dagegen einen Rentenanspruch aus Betriebsrente sowie aus der staatlichen Invalidenrente in Höhe von umgerechnet mindestens 3.790 € netto. Rentenansprüche könne die Antragsgegnerin erst mit Erreichen des Rentenalters von 64 Jahren geltend machen. Da sie in der Bundesrepublik Deutschland nie erwerbstätig gewesen sei, habe sie auch hier keinen Anspruch auf Rente wegen geminderter Erwerbsfähigkeit (§ 43 Abs. 2 Nr. 2, 3 SGB VI).
- 57 Der Umstand, dass die Antragsgegnerin sich vor Eintritt der Erwerbsunfähigkeit nicht wieder in das Arbeitsleben integriert habe, sei nicht maßgeblich, weil die Ehe tatsächlich über den Bestand des Zusammenlebens, also 15 Jahre lang, so gelebt worden sei. Es sei nicht ersichtlich, dass die unterlassene Vorsorge für den eingetretenen Fall der krankheitsbedingten Erwerbsunfähigkeit seitens der Antragsgegnerin allein in deren Verantwortungsbereich falle.

- 58 Der Antragsteller sei für den Bedarf der Antragsgegnerin nicht in vollem Umfang leistungsfähig. Ihm müsste im Wesentlichen die Hälfte seiner bereinigten Einkünfte verbleiben. Als Einkommen des Antragstellers sei das Gehalt aus seiner Geschäftsführertätigkeit bei der N. GmbH, hälftig die Einkünfte aus der ehrenamtlichen Tätigkeit als Präsident der Handwerkskammer und als Aufsichtsrat der Landesmesse, Einkünfte aus Kapitalanlagen sowie Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung aus den Immobilien B. zugrunde zu legen.
- 59 Die Einkünfte als Präsident der Handwerkskammer seien als überobligatorische Tätigkeit nur zur Hälfte zu berücksichtigen (= 21.976 €). Das Amt sei neben der vollschichtigen Tätigkeit als Geschäftsführer des Familienbetriebs überobligatorisch. Es erfordere insbesondere im Herbst und im Frühjahr einen nicht zu vernachlässigenden Arbeitsaufwand von bis zu zwei Tagen pro Woche. Gleiches gelte für die Einkünfte aus der Aufsichtsrats­tätigkeit bei der Landesmesse. Die Einkünfte aus der Aufsichtsrats­­tätigkeit für die S. I. Gruppe, die der Antragsteller erst seit Mitte des Jahres 2008 ausübe, seien dagegen nicht anrechenbar. Diese Tätigkeit beruhe auf dem persönlichen Engagement des Antragstellers. Anrechenbar seien die Mieteinkünfte aus den Immobilien in der B. .
- 60 Die Kranken- und Pflegeversicherungsbeiträge der Antragsgegnerin einschließlich des Selbstbehalts seien vom Antragsteller zu bezahlen, da die Antragsgegnerin mindestens in dieser Höhe Krankenversicherungsbeiträge auch in der Schweiz zahlen müsste, um angemessen versichert zu sein. Es sei zudem angemessen, dem Antragsteller einen Betrag in Höhe von 10 % aus Erwerbstätigkeit zu belassen.

61 Unter Berücksichtigung eines Altersvorsorgeunterhalts von 548,65 € hat das Berufungsgericht ein verbleibendes bereinigtes Einkommen des Antragstellers von 3.835,78 € ermittelt, davon 10 % in Abzug gebracht und von dem verbleibenden Betrag von 3.452,20 € die Hälfte als (restlichen) Unterhaltsanspruch der Antragsgegnerin ermittelt, das bedeutet: Elementarunterhalt (1.726,10 €), zuzüglich Altersvorsorgeunterhalt (548,65 €), zuzüglich Krankenversicherung für die Antragsgegnerin (525,69 €), zuzüglich Pflegeversicherung für die Antragsgegnerin (30,51 €), zuzüglich von der Antragsgegnerin in der Schweiz zu zahlenden Steuern (125 €) und schließlich zuzüglich Selbstbehalt für die Krankenversicherung der Antragsgegnerin (125 €). Daraus hat das Berufungsgericht einen Gesamtunterhaltsanspruch von 3.080,95 € errechnet.

62 Der Unterhaltsanspruch sei gegenwärtig nicht zu begrenzen. Nach Schweizer Recht sei die Ehedauer mit 15 Jahren lang und lebensprägend gewesen. Die Antragsgegnerin habe über die gesamte Zeit das gemeinsame Kind großgezogen und ihre Verdienstmöglichkeiten aufgegeben. Sie könne aufgrund ihrer Krankheit nicht mehr für sich selbst aufkommen. Auch die lange Trennungszeit führe nicht zu einer Begrenzung.

63 Eine Herabsetzung nach deutschem Recht schiede aus, weil sich der Unterhaltsanspruch bereits am angemessenen Lebensstandard orientiere, den die Antragsgegnerin im Falle einer vollen Erwerbsminderung seit 1995 in der Schweiz - also ohne die Ehe - erworben hätte.

64 Ebenso wenig käme derzeit eine Befristung nach deutschem Recht gemäß § 1578 b Abs. 2 BGB in Betracht. Als Zeitpunkt einer möglichen Herabsetzung oder zeitlichen Begrenzung des Unterhalts komme das Erreichen des gesetzlichen Rentenalters der Antragsgegnerin mit 64 Jahren (in der Schweiz) in

Betracht. Dann zu erwartende Einkünfte seien heute nicht hinreichend bekannt und hingen auch nicht bloß vom Zeitablauf ab.

65 b) Dies hält den Angriffen der Revisionen nicht in allen Punkten stand.

66 aa) Der Revision des Antragstellers bleibt insoweit allerdings der Erfolg versagt.

67 (1) Nicht zu beanstanden ist, dass das Berufungsgericht der Antragsgegnerin, die nach revisionsrechtlich nicht zu beanstandenden und von dem Antragsteller auch nicht angegriffenen Feststellungen erwerbsunfähig ist, einen Krankheitsunterhaltsanspruch i.S.d. § 1572 Nr. 1 BGB i.V.m. dem Ehevertrag zuerkannt hat.

68 (2) Soweit das Berufungsgericht den Bedarf der Antragsgegnerin nicht nach den ehelichen Lebensverhältnissen gemäß § 1578 Abs. 1 Satz 1 BGB, sondern im Ergebnis nach ihrem angemessenen Lebensbedarf bemessen hat, ist die entsprechende Auslegung des Ehevertrages weder von den Parteien gerügt noch revisionsrechtlich zu beanstanden.

69 Danach bemisst sich ihr Bedarf nach den Einkünften, die sie ohne Ehe und Kindererziehung hätte. Nach den vom Berufungsgericht in tatrichterlicher Verantwortung getroffenen und von keiner der Parteien beanstandeten Feststellungen bezöge die Antragsgegnerin in der Schweiz eine Invalidenrente von umgerechnet jedenfalls 3.790 € netto monatlich, wenn sie bis zum Eintritt der Erwerbsunfähigkeit erwerbstätig geblieben wäre.

70 Dabei ist das Berufungsgericht unter Berücksichtigung des vorehelich erzielten Einkommens der Antragsgegnerin von dem Höchstbetrag der Invalidenrente von 27.360 CHF im Jahr ausgegangen. Dieser Rente hat es eine fiktive betriebliche Rente hinzugerechnet. Auch die betragsmäßige Ermittlung der Be-

triebsrente ist von den Revisionen weder angegriffen noch sonst revisionsrechtlich zu beanstanden.

71 Allerdings ist die Steuerlast für die (fiktiven) Renteneinkünfte nach dem für Alleinstehende maßgeblichen Grundtarif zu berechnen. Da es allein um die Frage geht, welches Einkommen die Antragsgegnerin ohne Ehe und Kindererziehung erzielte, ist fiktiv auf den für Alleinstehende zutreffenden Steuertarif abzustellen (vgl. Senatsbeschluss vom 5. Dezember 2012 - XII ZB 670/10 - FamRZ 2013, 274 Rn. 32 zur Anwendung der Steuerklasse I ohne Kinderfreibetrag). Dann verbleiben der Antragsgegnerin nach den Feststellungen des Berufungsgerichts 3.790 € monatlich. Dass das Berufungsgericht die Frage nach dem maßgeblichen Steuertarif offengelassen hat, vermag der Revision des Antragstellers indes nicht zum Erfolg zu verhelfen, weil das Berufungsgericht wegen der nach seiner Auffassung nur eingeschränkten Leistungsfähigkeit des Antragstellers ohnehin nur einen deutlich unter diesem Bedarf liegenden Unterhalt zugesprochen hat.

72 (3) Die Rügen des Antragstellers, das Berufungsgericht hätte im Rahmen der Leistungsfähigkeit die Einkünfte aus seiner ehrenamtlichen Tätigkeit als Präsident der Handwerkskammer, seiner Aufsichtsrats­tätigkeit bei der Landesmesse und den Mieteinkünften aus den Immobilien B. nicht berücksichtigen dürfen, weil diese auf einem in der Ehe nicht angelegten Karriere­sprung beruhten bzw. die Immobilien erst nach gescheiterter Ehe angeschafft worden seien, gehen fehl.

73 Die Revision verkennt, dass es für die Frage der Leistungsfähigkeit - anders als im Rahmen der Bedarfsbemessung nach § 1578 Abs. 1 Satz 1 BGB (vgl. hierzu Wendl/Gerhardt Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis 8. Aufl. § 4 Rn. 477) - nicht darauf ankommt, was in der Ehe ange-

legt ist. Maßgeblich für die Beurteilung sind vielmehr alle eheprägenden und nicht prägenden Einkünfte (Wendl/Gutdeutsch Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis 8. Aufl. § 4 Rn. 969; vgl. zur Berücksichtigung von Einkünften aus einem nahehelichen Karrieresprung Senatsurteil BGHZ 192, 45 = FamRZ 2012, 281 Rn. 47).

74 (4) Das Berufungsurteil hält den Angriffen der Revision des Antragstellers auch insoweit stand, als das Berufungsgericht zum gegenwärtigen Zeitpunkt eine Begrenzung des Unterhalts nach § 1578 b BGB abgelehnt hat.

75 (a) Eine Herabsetzung des Unterhaltsanspruchs auf den angemessenen Lebensbedarf scheidet schon deshalb aus, weil sich der Unterhaltsanspruch bereits nach diesem Bedarf bemisst. Nach ständiger Rechtsprechung des Senats besteht der Maßstab des angemessenen Lebensbedarfs, der nach § 1578 b BGB regelmäßig die Grenze für die Herabsetzung des nahehelichen Unterhalts bildet, in dem Einkommen, das der unterhaltsberechtigte Ehegatte ohne die Ehe und Kindererziehung aus eigenen Einkünften zur Verfügung hätte (s. etwa Senatsurteil vom 4. August 2010 - XII ZR 7/09 - FamRZ 2010, 1633 Rn. 32). Maßgeblich ist danach die (fiktive) Invalidenrente, die die Antragsgegnerin bei fortdauernder Beschäftigung in der Schweiz erzielen würde.

76 (b) Eine Befristung kommt entgegen der Auffassung der Revision des Antragstellers vor allem deshalb nicht in Betracht, weil der vom Berufungsgericht zugesprochene Unterhalt lediglich den ehebedingten Nachteil widerspiegelt, der darin besteht, dass die Antragsgegnerin infolge der Rollenverteilung in der Ehe ihre Erwerbstätigkeit aufgegeben hat.

77 (aa) Nach der Rechtsprechung des Senats (Senatsurteil vom 2. März 2011 - XII ZR 44/09 - FamRZ 2011, 713 Rn. 20) kann sich ein ehebedingter Nachteil wegen Aufgabe der Erwerbstätigkeit infolge der Kindererziehung und

der Haushaltstätigkeit etwa dann ergeben, wenn deswegen die Voraussetzungen für eine Rente wegen voller Erwerbsminderung nicht erfüllt sind.

78 So liegt der Fall auch hier. Nach den revisionsrechtlich nicht zu beanstandenden und von der Revision im Übrigen auch nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts hat die Antragsgegnerin infolge der ehebedingten Aufgabe ihrer Erwerbstätigkeit derzeit keinen Anspruch auf Invalidenrente. Dabei braucht sich die Antragsgegnerin nicht auf einen Rentenbezug in Deutschland verweisen zu lassen, da sie nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ohne Eheschließung und Kinderbetreuung in der Schweiz verblieben wäre (vgl. Senatsurteil vom 16. Januar 2013 - XII ZR 39/10 - FamRZ 2013, 534 Rn. 24).

79 (bb) Zwar entfällt der sich hieraus ergebende ehebedingte Nachteil regelmäßig mit dem Beginn der Altersrente (vgl. Senatsurteil vom 2. März 2011 - XII ZR 44/09 - FamRZ 2011, 713 Rn. 20). Allerdings gilt diese Einschränkung nur für den Fall, dass durch den Versorgungsausgleich die von dem Unterhaltsberechtigten aufgrund der ehelichen Rollenverteilung erlittene Einbuße bei ihrer Altersvorsorge vollständig ausgeglichen worden ist (vgl. Senatsurteil vom 4. August 2010 - XII ZR 7/09 - FamRZ 2010, 1633 Rn. 25).

80 Im vorliegenden Fall hat die Antragsgegnerin durch den Versorgungsausgleich indes nur Rentenanwartschaften von 61 € übertragen bekommen. Dies folgt daraus, dass die Altersvorsorge des Antragstellers als Selbständiger im Wesentlichen nicht dem Versorgungsausgleich unterfiel. Damit ist deutlich, dass der Antragsgegnerin auch hinsichtlich ihrer Altersversorgung erhebliche ehebedingte Nachteile verblieben sind (vgl. auch Senatsurteil vom 4. August 2010 - XII ZR 7/09 - FamRZ 2010, 1633 Rn. 25).

81 (cc) Entgegen der Auffassung der Revision des Antragstellers kommt es für die Feststellung eines ehebedingten Nachteils auf seinen Vortrag, wonach die Antragsgegnerin jetzt einen Anspruch auf Erwerbsunfähigkeitsrente hätte, wenn sie absprachegemäß nach der "Kleinkindbetreuung" wieder in das Erwerbsleben eingetreten wäre, nicht an.

82 Gemäß § 1578 b BGB ist auf die tatsächliche Gestaltung von Kinderbetreuung und Haushaltsführung abzustellen. Bei den dort aufgeführten Kriterien handelt es sich um objektive Umstände, denen kein Unwerturteil und keine subjektive Vorwerfbarkeit anhaften, weshalb im Rahmen der Abwägung nach § 1578 b BGB nicht etwa eine Aufarbeitung ehelichen Fehlverhaltens stattfindet. Daher kann der unterhaltspflichtige Ehegatte nicht einwenden, dass er den Unterhaltsberechtigten während der Ehe zur Berufstätigkeit angehalten habe (Senatsurteile vom 16. Februar 2011 - XII ZR 108/09 - FamRZ 2011, 628 Rn. 20 und vom 20. Oktober 2010 - XII ZR 53/09 - FamRZ 2010, 2059 Rn. 27).

83 (dd) Ebenso geht der Einwand der Revision fehl, die Antragsgegnerin habe die ihr nach dem Ehevertrag überlassenen Barmittel zum Aufbau einer entsprechenden Altersvorsorge einsetzen müssen.

84 Unbeschadet der rechtlichen Einordnung der Regelung in § 1 Abs. 2 des Ehevertrages und der vom Berufungsgericht bejahten Frage, ob die hieraus getätigten Zahlungen durch den Antragsteller unzulänglich waren, ergibt sich aus dem Vertrag eindeutig, dass der jeweilige Barbetrag der Antragsgegnerin zur freien Verfügung bzw. als Entschädigung zu leisten ist. Demgemäß hat der Antragsteller in seiner Revision selbst ausgeführt, dem Begriff der "freien Verfügung" wohne eine völlige Dispositionsfreiheit inne; er schließe eine Pflicht zur Rechenschaft gerade aus. Damit fehlt es aber an einer Obliegenheit der An-

tragsgegnerin, diese Zahlungen für eine angemessene Altersversorgung einzusetzen.

85 (ee) Bei fortbestehenden ehebedingten Nachteilen ist eine Befristung des nahehelichen Unterhalts regelmäßig nicht auszusprechen. Eine Befristung kommt dann nur unter außergewöhnlichen Umständen in Betracht (Senatsurteil vom 16. Februar 2011 - XII ZR 108/09 - FamRZ 2011, 628 Rn. 24), wofür nach den von den Vorinstanzen getroffenen Feststellungen nichts ersichtlich ist.

86 bb) Demgegenüber hat die Revision der Antragsgegnerin teilweise Erfolg.

87 (1) Gemäß § 1581 BGB darf der eigene angemessene Unterhalt des Unterhaltspflichtigen nicht geringer sein als der an den Unterhaltsberechtigten zu leistende Betrag (vgl. Senatsurteil BGHZ 192, 45 = FamRZ 2012, 281 Rn. 33 mwN). Allerdings ist bei der Prüfung der Leistungsfähigkeit - anders als beim Bedarf - kein Erwerbstätigkeitsbonus in Abzug zu bringen (vgl. auch Kleffmann in Scholz/Kleffmann/Motzer Praxishandbuch Familienrecht [Stand Januar 2013] H 132 f.; aA Eschenbruch/Schürmann Der Unterhaltsprozess 5. Aufl. Kap. 1 Rn. 1104 ff., 1106 unter Hinweis auf OLG Düsseldorf FamRZ 1990, 1364, 1365). Bei der Billigkeitsabwägung nach § 1581 BGB ist das gesamte unterhaltsrelevante Einkommen namentlich des Unterhaltspflichtigen einzubeziehen. Das schließt auch Einkünfte aus einem nahehelichen Karriere-sprung ein (vgl. Senatsurteil BGHZ 192, 45 = FamRZ 2012, 281 Rn. 47 mwN).

88 Ob eine Tätigkeit des Unterhaltspflichtigen hingegen als überobligatorisch zu qualifizieren ist, richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls (vgl. hierzu Wendl/Gerhardt Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis 8. Aufl. § 1 Rn. 828, 831 mwN). Ob und gegebenenfalls in welchem Umfang das Einkommen aus überobligatorischer Tätigkeit für den Unterhalt heranzuzie-

hen ist, ist nach den Grundsätzen von Treu und Glauben (§ 242 BGB) aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls zu beurteilen (Senatsurteile vom 31. Oktober 2012 - XII ZR 30/10 - FamRZ 2013, 191 und BGHZ 188, 50 = FamRZ 2011, 454 Rn. 23 ff. mwN).

89 (2) Diesen Grundsätzen zur Leistungsfähigkeit wird das Berufungsurteil nicht in jeder Hinsicht gerecht.

90 (a) Zutreffend hat das Berufungsgericht zwar erkannt, dass der eigene angemessene Unterhalt des Unterhaltspflichtigen nicht geringer sein darf als der an den Unterhaltsberechtigten zu leistende Betrag.

91 (b) Allerdings vermag das Berufungsurteil die Nichtberücksichtigung der Einkünfte des Antragstellers aus seiner Aufsichtsratsstätigkeit bei der S. I. Gruppe nicht zu rechtfertigen. Entgegen der Auffassung des Antragstellers kommt es dabei nicht auf den Umstand an, dass er diese Tätigkeit erst nach der Trennung aufgenommen hat. Denn bei der Leistungsfähigkeit geht es nicht um die Frage, ob es sich um eheprägende Einkünfte handelt. Vielmehr sind hier grundsätzlich alle Einkünfte zu berücksichtigen. Deshalb ist es auch unerheblich, dass die Tätigkeit nach den getroffenen Feststellungen auf dem persönlichen Engagement des Antragstellers beruht. Eine (teilweise) Nichtberücksichtigung dieser Einkünfte ließe sich allenfalls aus dem Gesichtspunkt einer überobligatorischen Tätigkeit herleiten. Hierzu fehlt es indes an den erforderlichen Feststellungen.

92 (c) Soweit das Berufungsgericht in Einklang mit dem Amtsgericht von den Einkünften des Antragstellers aus seinem Amt als Präsident der Handwerkskammer und seiner Tätigkeit im Aufsichtsrat der Landesmesse unter dem Gesichtspunkt einer überobligatorischen Tätigkeit jeweils nur die Hälfte zugrunde gelegt hat, unterliegt diese Entscheidung dem tatrichterlichen Ermessen. Sie

ist vor dem Hintergrund der getroffenen Feststellungen vertretbar. Danach erfordere die Nebentätigkeit insbesondere im Herbst und Frühjahr einen nicht zu vernachlässigenden Arbeitsaufwand von zwei Tagen pro Woche neben der Vollzeittätigkeit in seiner Funktion als Geschäftsführer. Diese Erwägungen sind - wie der Antragsteller in seiner Revisionserwiderung zu Recht ausführt - aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

93 (d) Allerdings hat das Berufungsgericht zu Lasten der Antragsgegnerin einen auf Seiten des Antragstellers bestehenden Wohnvorteil unberücksichtigt gelassen.

94 Nach den von dem Berufungsgericht in Bezug genommenen Feststellungen des Amtsgerichts bewohnt der Antragsteller seit Januar 2009 ein in seinem hälftigen Miteigentumsanteil stehendes Haus. Der Vorteil des mietfreien Wohnens im eigenen Haus ist nach ständiger Rechtsprechung des Senats grundsätzlich als Gebrauchsvorteil unterhaltsrechtlich zu berücksichtigen (vgl. Senatsurteile vom 18. Januar 2012 - XII ZR 177/09 - FamRZ 2012, 514 Rn. 29 und vom 5. März 2008 - XII ZR 22/06 - FamRZ 2008, 963 Rn. 11 ff. jew. mwN). Auf die Frage, ob der Wohnvorteil Eheprägend war, kommt es nach dem oben Gesagten nicht an.

95 (3) Soweit die Antragsgegnerin mit ihrer Revision die Tenorierung der Unterhaltsverpflichtung in Schweizer Franken begehrt, hat sie indes keinen Erfolg.

96 (a) Grundsätzlich kann der Unterhaltspflichtige allerdings aus Gründen der gegenseitigen Rücksichtspflicht verlangen, dass er die Geldrente in der betreffenden Fremdwährung entrichten darf (Senatsbeschluss vom 9. Mai 1990 - XII ZB 133/88 - FamRZ 1990, 992, 993; Wendl/Dose Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis 8. Aufl. § 9 Rn. 94).

97 (b) Zutreffend weist die Revisionserwiderung des Antragstellers allerdings darauf hin, dass einer Verurteilung in Schweizer Franken bereits § 308 Abs. 1 ZPO entgegensteht.

98 Unstreitig hat die Antragsgegnerin beantragt, ihr den Unterhalt in Euro auszuzahlen. Dass es sich hierbei um einen - von Amts wegen zu berichtigenen - Schreibfehler handeln könnte, erscheint nicht zuletzt vor dem Hintergrund, dass die Antragsgegnerin bereits beim Amtsgericht beantragt hatte, den Unterhalt in Euro zu tenorieren, fernliegend.

99 Nach der Rechtsprechung des Senats sind die in ausländischer Währung ausgedrückte Geldschuld (Valutaschuld) und eine auf die inländische Währung lautende Geldschuld nicht gleichartig. Dementsprechend darf, wenn der Klageantrag auf Zahlung in ausländischer Währung gerichtet ist, das Gericht nicht zur Zahlung in inländischer Währung verurteilen (vgl. BGH Urteil vom 7. April 1992 - X ZR 119/90 - IPRax 1994, 366). Entsprechendes gilt für den umgekehrten Fall, wenn - wie hier - der Klageantrag auf inländische Währung (Euro) gerichtet ist, im Ergebnis aber eine Verurteilung in ausländischer Währung gewünscht wird (s. auch Wendl/Dose Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis 8. Aufl. § 9 Rn. 94).

II.

100 Soweit das Berufungsgericht der Antragsgegnerin einen Vermögensausgleich zugesprochen hat, hält das Berufungsurteil den Angriffen der Revision des Antragstellers nicht stand.

101 1. Das Berufungsgericht hat hierzu ausgeführt, der Antragsgegnerin stehe ein solcher Anspruch aus § 1 Abs. 2 des Ehevertrages zu. Die Situation der

Eheleute bei Vertragsschluss spreche dafür, dass mit dieser Regelung dem Ehegatten, der aufgrund der Kindererziehung eigenes Vermögen nicht in dem Maße aufbauen könne, wie der arbeitende Ehegatte, jedenfalls auch eine Ausgleichszahlung zum Zwecke der Vermögensbildung habe zugesichert werden sollen. Die Regelung in § 1 Abs. 2 sei allerdings dahin auszulegen, dass in dem Betrag auch Taschengeld enthalten gewesen sei. Der Betrag "zur freien Verfügung" lege begrifflich nahe, dass die Antragsgegnerin hierüber keine Rechenschaft abzulegen habe. Die Verortung des Betrages unter der Überschrift "Gütertrennung" hindere die Auslegung (auch) als Teil des Familienunterhaltsanspruchs angesichts der fehlenden Klarheit und Zweckbestimmung durch die Parteien nicht.

102 Als Maßstab für die Angemessenheit des Betrags sei die Lebensversicherung des Antragstellers heranzuziehen. Es sei von der Hälfte der hierfür eingezahlten Beträge auszugehen. Demgegenüber sei entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin nicht auf den Auszahlungsbetrag zur Fälligkeit der Lebensversicherung abzustellen. Die Antragsgegnerin begründe ihre Forderung damit, dass die Lebensversicherung die Altersversorgung und ihre Absicherung dargestellt habe. Nach ihrem Vortrag sei eine konkludent einverständliche Abkehr vom Ehevertrag und die Errichtung einer Ersatzvereinbarung erfolgt. Dagegen spreche aber der Umstand, dass der Antragsteller auch nach Abschluss der Lebensversicherung weiterhin monatliche Beträge "zur freien Verfügung" gezahlt habe. Es sei auch nicht auf den bis zur Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags angesparten Betrag abzustellen, wie das Amtsgericht es getan habe. Die Auffassung des Amtsgerichts folge aus dem Umstand, dass es die gesamten Beträge zur freien Verfügung als Taschengeld klassifiziert habe. Dem sei nicht zu folgen.

103 Zur Berechnung des Zahlungsanspruchs sei von dem "zur freien Verfügung" gezahlten Betrag der jeweils errechnete Taschengeldanspruch abzuziehen. Die Differenz sei wiederum vom hälftigen Lebensversicherungsbeitrag abzuziehen. Das Ergebnis stelle den Betrag dar, den der Antragsteller nicht geleistet habe und noch zahlen müsse, um insgesamt seiner Verpflichtung aus § 1 Abs. 2 des Ehevertrages zu genügen.

104 In der Summe ergebe dies einen nicht verzinsten Betrag von gerundet 38.753 €. Werde das anwachsende Kapital kontinuierlich mit durchschnittlichen 3 % verzinst, ergebe sich der zugesprochene Betrag von gerundet 46.261 €.

105 2. Diese Ausführungen halten den Angriffen der Revision des Antragstellers nicht stand.

106 a) Frei von Rechtsfehlern und von der Revision zugestanden ist die vom Berufungsgericht vorgenommene Auslegung der Regelung in § 1 Abs. 2 des Ehevertrages, wonach die dort vom Antragsteller übernommene Verpflichtung, der Antragsgegnerin "regelmäßig einen angemessenen Betrag zur freien Verfügung" zu stellen, jedenfalls auch laufende Zahlungen zur Vermögensbildung beinhaltet. Ebenso wenig ist es revisionsrechtlich zu beanstanden, dass das Berufungsgericht das Bestehen einer - konkludent geschlossenen und über die Regelung des Ehevertrages hinausgehende - Ersatzvereinbarung abgelehnt hat, woraus die Antragsgegnerin im Ergebnis einen güterrechtlichen Ausgleichsanspruch in Form einer einmaligen Kapitalzahlung hätte verlangen können.

107 b) Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht jedoch im Nachhinein einen Betrag bestimmt, der seiner Auffassung nach "angemessen" i.S.d. ehevertraglichen Regelung sein soll, und unter Berücksichtigung geleisteter Zahlungen Rückstände errechnet, diese addiert und der Antragsgegnerin als Gesamtsum-

me zuerkannt. Dabei hat das Berufungsgericht verkannt, dass nach den von ihm getroffenen Feststellungen - worauf die Revision zutreffend hinweist - davon auszugehen ist, dass der Antragsteller die Zahlungspflicht aus § 1 Abs. 2 Satz 1 des Ehevertrages gemäß § 362 Abs. 1 BGB tatsächlich erfüllt hat. Er hat der Antragsgegnerin danach monatlich Haushaltsgeld, Lohn und einen Betrag zur freien Verfügung gezahlt. Das Geld hat die Antragsgegnerin jeweils entgegengenommen und verbraucht. Dies entsprach der langjährigen Übung der Parteien in der Ehe, weshalb davon auszugehen ist, dass sie die gezahlten Beträge als angemessen und damit vertragsgemäß angesehen haben. Dass sich die Antragsgegnerin bei der Entgegennahme der Zahlungen vorbehalten hätte, die Leistung sei nur unvollständig und deshalb nicht vertragsgemäß erbracht worden, ist nicht festgestellt (§ 363 BGB).

108 Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kann die Angemessenheit der während der Ehe geleisteten Zahlungen nicht nachträglich abweichend von den Vorstellungen der Parteien beurteilt werden. Dass die Eheleute keinen festen Betrag vereinbart haben, spricht dafür, dass sie die Zahlungen der Höhe nach ihrer jeweils aktuellen Situation anpassen wollten. Hätten die Parteien eine andere Regelung treffen wollen, wäre es ihnen unbenommen geblieben, etwa durch eine Bezifferung einen - dann jedenfalls am Beginn der Ehezeit - angemessenen Betrag zu bestimmen. Alternativ hierzu hätten sie auch vereinbaren können, dass am Ende der Ehe ein angemessener (Einmal-) Betrag zu leisten wäre. Weil die Parteien dies nicht vereinbart haben, kann eine solche Abrede auch nicht Grundlage des begehrten Ausgleichsanspruchs sein.

III.

109 Gemäß § 562 Abs. 1 ZPO ist das Berufungsurteil in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang aufzuheben. Insoweit ist die Sache nach § 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO an das Berufungsgericht zur erneuten Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen. Der Senat vermag in der Sache nicht abschließend zu entscheiden, da sie nicht entscheidungsreif ist, § 563 Abs. 3 ZPO.

110 Das gilt auch für den Antrag auf Zahlung eines Vermögensausgleichs. Die Antragsgegnerin hat mit ihrer hierzu erhobenen Gegenrüge den Ausschluss des Zugewinnausgleichs angegriffen. Das Berufungsgericht wird demgemäß jedenfalls zu überprüfen haben, ob dieser angesichts der tatsächlichen Ausgestaltung der regelmäßigen Zahlungen nach § 1 Abs. 2 Satz 1 des Ehevertrages und des Eintritts der krankheitsbedingten Erwerbsunfähigkeit der Ausübungskontrolle standhält. Dabei wird es auch Gelegenheit haben, sich auf der Grundlage der Rechtsprechung des Senats mit der Frage zu befassen, wie sich die

hier gegebene Funktionsäquivalenz zwischen Versorgungsausgleich und Zugewinnausgleich auf die Frage der Ausübungskontrolle auswirkt (vgl. Senatsurteil vom 21. November 2012 - XII ZR 48/11 - FamRZ 2013, 269 Rn. 35 f.).

Dose

Weber-Monecke

Klinkhammer

Schilling

Nedden-Boeger

Vorinstanzen:

AG Nürtingen, Entscheidung vom 26.04.2010 - 17 F 873/05 -

OLG Stuttgart, Entscheidung vom 22.11.2011 - 17 UF 133/10 -