



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XII ZR 157/09

Verkündet am:
29. Juni 2011
Küpperle,
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in der Familiensache

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB § 1578 Abs. 1 Satz 2, 3 aF, § 1578 b Abs. 1, 2; EGZPO § 36 Nr. 1

Zur Herabsetzung eines vor der Unterhaltsrechtsreform titulierten oder vereinbarten Unterhaltsanspruchs nach dem Eintritt des Unterhaltsberechtigten in das Rentenalter.

BGH, Urteil vom 29. Juni 2011 - XII ZR 157/09 - OLG Hamburg
AG Hamburg

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 29. Juni 2011 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Hahne, die Richterin Weber-Monecke und die Richter Dr. Klinkhammer, Schilling und Dr. Nedden-Boeger

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird unter Zurückweisung der Revision der Beklagten das Urteil des 2. Familiensenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg vom 3. September 2009 aufgehoben, soweit zum Nachteil des Klägers erkannt ist.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Parteien streiten um die Abänderung eines Vergleichs über naheheulichen Unterhalt. Der 1942 geborene Kläger (Ehemann) und die 1941 geborene Beklagte (Ehefrau) schlossen 1968 die Ehe, die kinderlos blieb. Der Ehemann war als Arzt, später als Chefarzt und Medizinaldirektor tätig. Seit 2004 befand er sich im Vorruhestand und ist seit September 2007 endgültig in Pension. Die Ehefrau hatte vor der Ehe eine Ausbildung zur milchwirtschaftlich-technischen Assistentin absolviert und war bis zum 15. Oktober 1970 berufstätig. In der Fol-

gezeit führte sie den kinderlosen Haushalt bis zur Trennung der Parteien im Jahre 1980. Von Juni 1981 bis Dezember 1983 war sie für 20 Wochenstunden als technische Assistentin nach der Vergütungsgruppe BAT V b beschäftigt. Im Oktober 1983 gebar sie eine Tochter, deren Ehelichkeit der Ehemann erfolgreich anfocht. Nach der Geburt war die Ehefrau nicht mehr berufstätig, sondern kümmerte sich um die Erziehung ihrer Tochter.

2 Das Familiengericht hat die Ehe durch Urteil vom 20. Juni 1985 rechtskräftig geschieden. Mit einem am selben Tag vor dem Familiengericht geschlossenen Vergleich verpflichtete sich der Ehemann, an die Ehefrau nachehelichen Unterhalt in Höhe von monatlich 3.500 DM (= 1.789,52 €) zu zahlen. Ferner erklärten sich die Parteien einig, dass bei einer Abänderungsklage gemäß § 323 ZPO aF eigenes Einkommen der Ehefrau für die Dauer von fünf Jahren nach Rechtskraft der Scheidung unberücksichtigt bleiben solle.

3 Die Ehefrau wohnt miet- und schuldendienstfrei in einer Eigentumswohnung, die sie im Wesentlichen aus Zugewinnausgleichsmitteln erwarb.

4 Eine vom Ehemann im Jahre 1992 erhobene Abänderungsklage und die von der Ehefrau erhobene Abänderungswiderklage hatte das Oberlandesgericht auf die mündliche Verhandlung vom 21. Juli 1994 abgewiesen und in den Entscheidungsgründen ausgeführt, dass es bei der bisherigen Unterhaltsverpflichtung von monatlich 3.500 DM verbleibe. Zu dem Zeitpunkt hatte der Ehemann ein um Renten- und Krankenversicherungsbeiträge bereinigtes Nettoeinkommen von monatlich 22.350 DM (= 11.427,12 €).

5 Seit dem 1. August 2006 bezieht die Ehefrau eine Altersrente von monatlich 941,85 € und seit April 2007 von monatlich 938,85 €.

6 Im September 2006 hat der Ehemann die vorliegende Abänderungsklage erhoben, zunächst mit dem Ziel einer Reduzierung seiner Unterhaltsverpflichtung auf 503 € ab August 2006. Die Klage ist vor dem Familiengericht erfolglos geblieben. Mit seiner Berufung hat der Ehemann eine Abänderung des Unterhaltsvergleichs dahin verfolgt, dass er seit August 2006 keinen Unterhalt mehr schulde, hilfsweise den Unterhalt bis Dezember 2007 zu befristen. Außerdem hat er in der Berufungsinstanz für den Fall seines Obsiegens mit dem Abänderungsverlangen Eventualklage auf Rückzahlung der seit August 2006 überzahlten Unterhaltsbeträge erhoben. Das Berufungsgericht hat den Unterhaltsvergleich dahin abgeändert, dass der Ehemann ab August 2006 noch einen monatlichen Unterhalt von 584 € zu zahlen habe, und die Ehefrau zur Rückzahlung der danach überzahlten Beträge in Höhe von 29.571,92 € nebst Zinsen an den Ehemann verurteilt. Hiergegen wenden sich beide Parteien mit der zugelassenen Revision, mit der der Ehemann sein Berufungsbegehren auf Wegfall der Unterhaltspflicht, hilfsweise eine Befristung weiterverfolgt und die Ehefrau eine Wiederherstellung des die Klage abweisenden Urteils begehrt.

Entscheidungsgründe:

7 Von den beiderseits zulässigen Revisionen hat nur diejenige des Ehemanns Erfolg.

I.

8 Das Oberlandesgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt: Der Ehemann könne eine Abänderung des am 20. Juni 1985 geschlossenen Unterhaltsvergleichs verlangen, da dieser an die nach

dem 21. Juli 1994 eingetretenen Umstände anzupassen sei. Das Abänderungsbegehren sei allerdings nur insoweit zulässig, als die Gründe, auf die es gestützt werde, nach der mündlichen Verhandlung im früheren Abänderungsverfahren entstanden seien (§ 323 Abs. 2 ZPO aF).

9 Ab August 2006 sei eine wesentliche Änderung der Verhältnisse dadurch eingetreten, dass der Ehefrau nunmehr ein höheres (Renten-)Einkommen von 941,85 € bzw. ab April 2007 von 938,85 € zuzurechnen sei anstelle von 656,76 €, die ihr in dem vorangegangenen Abänderungsverfahren fiktiv zugerechnet worden seien. Zusätzlich könne der Ehemann sein Abänderungsverlangen darauf stützen, dass der Ehefrau ein fiktives weiteres Einkommen von 265,92 € aus der gesetzlichen Rentenversicherung zuzurechnen sei, welches sie erworben hätte, wäre sie zuvor ihrer Erwerbsobliegenheit hinreichend nachgekommen, indem sie seit Beginn des Jahres 1993 - aus Anlass der Erhebung der ersten Abänderungsklage - eine Halbtagsstätigkeit begonnen und seit Beginn des Jahres 1999 - in dem ihre Tochter das 16. Lebensjahr erreichte - eine Vollzeittätigkeit als medizinisch-technische Assistentin in der Vergütungsgruppe VI b bis zum Eintritt in den Ruhestand am 1. August 2006 ausgeübt hätte. Ausreichende Bewerbungsbemühungen habe sie nicht vorgetragen. Ein weiteres fiktives Einkommen aus einer betrieblichen Altersvorsorge des öffentlichen Dienstes sei ihr jedoch nicht zuzurechnen, da keine Obliegenheit bestanden habe, im öffentlichen Dienst tätig zu werden. Auch sei nicht fiktiv dasjenige zuzurechnen, was sie an privater Altersvorsorge unter Aufwendung ihrer Unterhaltsmittel zu erwerben unterlassen habe. Schließlich sei der Wohnvorteil nicht zuzurechnen, da die Wohnsituation bereits zum Zeitpunkt des ersten Abänderungsverfahrens gegeben gewesen und deshalb präkludiert sei.

10 Eine weitere Veränderung der Verhältnisse sei durch die Rechtsprechungsänderung im April 2006 und auch durch die Änderungen der Unterhalts-

rechtsreform per 1. Januar 2008 gegeben. Eine danach mögliche Herabsetzung des Unterhalts aus Billigkeitsgründen sei nicht durch das vorangegangene Abänderungsverfahren präkludiert, weil solche Gründe seinerzeit weder geltend gemacht worden seien noch eindeutig vorgelegen hätten oder zuverlässig prognostizierbar gewesen seien. Daher sei die Herabsetzung des Unterhalts aus Billigkeitsgründen auf den angemessenen Bedarf ab dem 1. August 2006 gemäß § 1578 Abs. 1 Satz 2 BGB aF auszusprechen. Angemessen sei es, es bei dem Betrag als Gesamteinkommen zu belassen, der der Ehefrau mit dem bisher titulierten und gezahlten Unterhalt von gerundet 1.790 € bis zum Bezug der Altersrente tatsächlich zur Verfügung stand. Hierauf anzurechnen sei das eigene Renteneinkommen von 940 € und ein fiktives Renteneinkommen von weiteren 266 €, so dass vom Ehemann ab dem 1. August 2006 nur noch ein monatlicher Unterhalt von 584 € zu zahlen sei.

- 11 Eine Befristung des Unterhalts bis 31. Dezember 2007 sei nicht auszusprechen, da sich der Aufstockungsunterhalt mit dem Erreichen der Altersgrenze im August 2006 in einen Altersunterhalt umgewandelt und das bis zu dem Zeitpunkt geltende Unterhaltsrecht keine Befristungsmöglichkeit für diesen vorgesehen habe. Auch sei die Befristung nicht deshalb auszusprechen, weil zuvor schon der Aufstockungsunterhalt zu befristen gewesen wäre. Nach der früheren Rechtsprechung sei das schon wegen der 16jährigen Ehedauer und der langjährigen ehelichen Haushaltsführung durch die Ehefrau nicht in Betracht gekommen. Aber auch im Hinblick auf die seit dem 12. April 2006 geänderte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sei der Unterhalt nicht zu befristen, da der Ehemann die Abänderungsklage erst eingereicht habe, als sich der Aufstockungsunterhalt bereits in einen Altersunterhalt umgewandelt hatte und die Ehefrau nach den Grundsätzen des Vertrauensschutzes nicht mehr damit rechnen musste, dass es nachträglich zu einer Befristung komme.

12 Auch nach der am 1. Januar 2008 geänderten Rechtslage, die eine Befristung des Altersunterhalts grundsätzlich eröffne, sei der Unterhalt nicht zu befristen, da der Ehefrau dies unter Berücksichtigung ihres Vertrauens in die getroffene Regelung nicht mehr zuzumuten sei (§ 36 Nr. 1 EGZPO). Denn der Titel liege schon längere Zeit zurück, die Ehefrau könne keine Erwerbstätigkeit mehr ergreifen und habe mit der neuen Rechtslage nicht rechnen müssen. Eine kausale Verknüpfung mit ehebedingten Nachteilen sei insoweit nicht erforderlich. Billigkeitsmaßstab sei hier allein die fortwirkende Solidarität und Verantwortung im Lichte des Grundsatzes der Eigenverantwortung. Weiter sei von Bedeutung, dass die Klägerin nunmehr 68 Jahre alt sei, eine Erwerbstätigkeit ihrerseits ausscheide und sie außer ihrer Rente über keine anderen Mittel verfüge, aus denen sie ihren Lebensunterhalt oder einen Teil hiervon bestreiten könnte. Auf Seiten des Ehemanns seien hingegen keine Anhaltspunkte gegeben, die dazu führen könnten, dass seine finanzielle Belastung durch den Unterhalt als unerträglich anzusehen sei.

13 Auf die in der Berufungsinstanz zulässig erweiterte Klage sei die Ehefrau nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zur Rückzahlung des überzahlten Unterhalts verpflichtet. Auf ihre Entreichung könne sich die Ehefrau für den Zeitraum ab Rechtshängigkeit der Rückzahlungsklage wegen der in § 818 Abs. 4 BGB normierten Haftungsverhärfung nicht berufen. Für den davor liegenden Zeitraum habe sie nicht hinreichend dargelegt, dass sie den Unterhalt für ihre Lebensführung verbraucht habe. Die für untere und mittlere Einkommen bestehende Vermutung, dass der erhaltene Unterhalt zur Lebensführung verbraucht worden sei, gelte hier nicht, da die Ehefrau in der fraglichen Zeit seit dem 1. August 2006 von ihrem zusätzlich vereinnahmten Renteneinkommen habe leben können.

II.

14 Diese Ausführungen halten einer revisionsgerichtlichen Überprüfung
nicht in allen Punkten stand.

15 1. Zu Recht ist das Berufungsgericht von der Zulässigkeit der Abände-
rungsklage ausgegangen.

16 Auf das im Jahre 2006 eingeleitete Abänderungsverfahren ist wie auf das
Verfahren im Allgemeinen nach Art. 111 Abs. 1 Satz 1, 2 FGG-RG das vor dem
1. September 2009 geltende Recht anzuwenden. Die Zulässigkeit der Abände-
rungsklage ergibt sich bereits aus § 323 ZPO aF, ohne dass es eines Rückgriffs
auf die insoweit nur klarstellende Regelung in § 36 Nr. 1 EGZPO bedarf (vgl.
Senatsurteil BGHZ 183, 197 = FamRZ 2010, 111 Rn. 16).

17 Die Präklusionsvorschrift des § 323 Abs. 2 ZPO aF ist nach ständiger
Senatsrechtsprechung auf Vergleiche nicht anzuwenden (Senatsurteil vom
26. Mai 2010 - XII ZR 143/08 - FamRZ 2010, 1238 Rn. 12 mwN). § 323 Abs. 2
ZPO aF ist allerdings anwendbar, wenn ein Prozessvergleich bereits in einem
früheren Abänderungsverfahren durch Urteil abgeändert worden ist (Senatsur-
teil vom 27. Januar 1988 - IVb ZR 14/87 - FamRZ 1988, 493). Ob die Zeit-
schranke in gleicher Weise anwendbar ist, wenn ein Prozessvergleich zuvor
schon einmal Gegenstand einer Abänderungsklage war, diese aber abgewie-
sen wurde, hat der Senat bislang offen gelassen (vgl. Senatsurteil vom 23. No-
vember 1994 - XII ZR 168/93 - FamRZ 1995, 221, 223). Die Frage kann auch
hier dahinstehen, denn die Sachlage hat sich nach der ersten Abänderungskla-
ge jedenfalls durch den Eintritt der Ehefrau in das Rentenalter und durch den
damit einsetzenden Rentenbezug wesentlich verändert, außerdem durch die
seit dem 12. April 2006 geänderte Senatsrechtsprechung, die für sich genom-
men einen Abänderungsgrund darstellt (vgl. Senatsurteil vom 29. September

2010 - XII ZR 205/08 - FamRZ 2010, 1884 Rn. 16 mwN), sowie schließlich durch die am 1. Januar 2008 in Kraft getretenen Gesetzesänderungen.

18 2. Das Berufungsgericht hat den Unterhalt ab August 2006 im rechtlichen Ansatz zutreffend auf der Rechtsgrundlage des § 1578 Abs. 1 Satz 2 BGB in der bis zum 31. Dezember 2007 geltenden Fassung herabgesetzt.

19 Nach der Übergangsregelung des § 36 Nr. 7 EGZPO bleiben die vor dem 1. Januar 2008 fällig gewordenen Unterhaltsbeträge von den Vorschriften der Unterhaltsrechtsreform unberührt. Eine Herabsetzung auf den angemessenen Unterhalt kam daher für den Zeitraum ab August 2006 bis 31. Dezember 2007 nur auf der Grundlage der bis dahin bestehenden Rechtslage in Betracht und ab dem 1. Januar 2008 auf der Grundlage der durch die Unterhaltsrechtsreform geänderten Vorschriften (Art. 4 UÄndG).

20 Nach § 1578 Abs. 1 Satz 2 BGB aF kann die Bemessung des Unterhalts nach den ehelichen Lebensverhältnissen zeitlich begrenzt und danach auf den angemessenen Lebensbedarf abgestellt werden, soweit insbesondere unter Berücksichtigung der Dauer der Ehe sowie der Gestaltung von Haushaltsführung und Erwerbstätigkeit eine zeitlich unbegrenzte Bemessung nach den ehelichen Lebensverhältnissen unbillig wäre; dies gilt in der Regel nicht, wenn der Unterhaltsberechtigte nicht nur vorübergehend ein gemeinschaftliches Kind allein oder überwiegend betreut hat oder betreut. Die danach maßgeblichen Abwägungskriterien sind weitgehend deckungsgleich mit den in der Nachfolgevorschrift des § 1578 b Abs. 1 Satz 2 und 3 BGB spezifizierten Billigkeitsgesichtspunkten (vgl. bereits Schwab FamRZ 2005, 1417, 1419). Nach dieser Vorschrift ist der Unterhaltsanspruch eines geschiedenen Ehegatten auf den angemessenen Lebensbedarf herabzusetzen, wenn eine an den ehelichen Lebensverhältnissen orientierte Bemessung des Unterhaltsanspruchs auch unter Wahrung

der Belange eines dem Berechtigten zur Pflege oder Erziehung anvertrauten gemeinschaftlichen Kindes unbillig wäre.

21 3. Die Abwägung aller für die Billigkeitsentscheidung in Betracht kommenden Gesichtspunkte ist Aufgabe des Tatrichters. Sie kann vom Revisionsgericht nur darauf hin überprüft werden, ob dieser die im Rahmen der Billigkeitsprüfung maßgebenden Rechtsbegriffe verkannt oder für die Einordnung unter diese Begriffe wesentliche Umstände unberücksichtigt gelassen hat (Senatsurteile vom 14. November 2007 - XII ZR 16/07 - FamRZ 2008, 134 Rn. 23; vom 26. September 2007 - XII ZR 11/05 - FamRZ 2007, 2049 Rn. 25 und vom 28. Februar 2007 - XII ZR 37/05 - FamRZ 2007, 793 Rn. 66). Der revisionsrechtlichen Überprüfung unterliegt insbesondere, ob der Tatrichter sich mit dem Prozessstoff und den Beweisergebnissen umfassend und widerspruchsfrei auseinandergesetzt hat, seine Würdigung also vollständig und rechtlich möglich ist und nicht gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstößt (Senatsurteile vom 11. Februar 1987 - IVb ZR 23/86 - FamRZ 1987, 470, 471 und vom 14. Oktober 2009 - XII ZR 146/08 - FamRZ 2009, 1990 Rn. 19).

22 4. Nach diesem Prüfungsmaßstab tragen die vom Berufungsgericht angestellten Billigkeitserwägungen die Unterhaltsherabsetzung dem Grunde nach.

23 Anknüpfungspunkt dafür, dass eine fortwährende Unterhaltsgewährung nach den ehelichen Lebensverhältnissen unbillig wäre, ist das im Laufe der Jahre immer schwächer gewordene Band der nahehelichen Solidarität. Bei der Bemessung des Umfangs der nahehelichen Solidarität fällt den in § 1578 Abs. 1 Satz 2, 3 BGB aF und § 1578 b Abs. 1 Satz 3 BGB genannten Umständen, also der Dauer der Pflege oder Erziehung gemeinschaftlicher Kinder, der Gestaltung von Haushaltsführung und Erwerbstätigkeit während der Ehe sowie der mit zunehmender Ehedauer fortschreitenden wirtschaftlichen Verflechtung,

besondere Bedeutung zu (vgl. BT-Drucks. 16/1830 S. 19; Senatsurteil vom 2. März 2011 - XII ZR 44/09 - FamRZ 2011, 713 Rn. 21 f. mwN).

24 In dem hier vorliegenden Fall ist das Maß der - im Wesentlichen nur durch die rd. zehnjährige Haushaltsführung in der kinderlosen Ehe - begründeten nahehelichen Solidarität nach inzwischen rund 25jähriger Distanz zur Ehe und ebenso lang währender Unterhaltszahlung weithin verwirklicht. Auch hat die vorwiegend durch die Betreuung und Erziehung des außerehelich geborenen Kindes geprägte weitere Lebensgestaltung der Ehefrau eine zunehmende Distanz zu den ehelichen Zusammenhängen zum Ausdruck gebracht. Zuletzt hat das Erreichen der Altersgrenze, welche typischerweise mit finanziellen Einbußen verbunden ist, eine weitere Zäsur markiert, die es jedenfalls seitdem als unbillig erscheinen lässt, den ehelichen Lebensstandard der Unterhaltsberechtigten auf Kosten ihres geschiedenen Ehemannes weiterhin fortzuschreiben. Vielmehr ist - mit dem Oberlandesgericht - eine Herabsetzung des Unterhalts trotz fortbestehender Leistungsfähigkeit des Ehemanns und auch unter Ansehung der rund zehnjährigen Haushaltsführung durch die Ehefrau geboten.

25 Auch ein schützenswertes Vertrauen in den dauernden Fortbestand der titulierten Unterhaltsregelung bestand nicht. Zwar kann ein solches Vertrauen im Einzelfall zu berücksichtigen sein (Senatsurteil vom 20. Oktober 2010 - XII ZR 53/09 - FamRZ 2010, 2059 Rn. 37). Hier musste der Ehefrau jedoch gewahr sein, dass das Band der nahehelichen Solidarität mit zunehmender Distanz zur Ehe eine immer weniger tragfähige Grundlage für den Unterhaltsanspruch bieten konnte. Zwar durfte sich die Ehefrau durch die in den 1990er Jahren vom Ehemann angestregte und rechtskräftig abgewiesene Abänderungsklage einstweilen darin bestätigt fühlen, dass ihr der Unterhalt weiterhin zustehe. Jedoch durfte sie schon auf der Grundlage des früheren Rechts nicht davon ausgehen, dass der Ehemann eine ungeschmälerte Unterhaltszahlung lebenslang

hinnehmen wolle und nicht eine sich weiter bietende Gelegenheit ergreifen werde, von seiner Unterhaltspflicht loszukommen, selbst wenn er die zwischenzeitlich gegebene Möglichkeit verstreichen ließ, eine Vollerwerbsobliegenheit der Ehefrau einzufordern.

26 Dass die Ehefrau im berechtigten Vertrauen auf den Fortbestand des Unterhaltstitels Dispositionen getroffen hätte, die rückgängig zu machen ihr nicht oder nicht sogleich möglich oder zumutbar wären (vgl. Senatsurteil vom 8. Juni 2011 - XII ZR 17/09 - zur Veröffentlichung bestimmt), ist nicht festgestellt.

27 5. Allerdings ist das Berufungsgericht von einem unzutreffenden Begriff des angemessenen Bedarfs ausgegangen, bis zu dessen Untergrenze der Unterhalt herabgesetzt werden kann, indem es auf den zuvor titulierten Unterhalt als angemessenen Bedarf abgestellt hat. Herabsetzung auf den angemessenen Bedarf bedeutet vielmehr, wie der Senat nach Erlass des Berufungsurteils entschieden hat, dass nicht der an den ehelichen Lebensverhältnissen gemessene Unterhalt geleistet, sondern nur der Bedarf abgedeckt wird, den der Unterhaltspflichtige ohne die Ehe zum jetzigen Zeitpunkt aus eigenen Einkünften zur Verfügung hätte (Senatsurteil vom 20. Oktober 2010 - XII ZR 53/09 - FamRZ 2010, 2059 Rn. 22). Anzustellen ist somit ein Vergleich zwischen der jetzigen Lebenslage und der hypothetischen Lebenssituation ohne Eheschließung (Senatsurteil vom 4. August 2010 - XII ZR 7/09 - FamRZ 2010, 1633 Rn. 33), wobei eine Schätzung nach § 287 ZPO bei ausreichender Grundlage zulässig ist (Senatsurteil vom 4. August 2010 - XII ZR 7/09 - FamRZ 2010, 1633 Rn. 39).

28 Ist der Unterhaltsberechtigte erwerbsfähig, ist auf das Einkommen abzustellen, das er ohne die Unterbrechung der Erwerbstätigkeit durch die Ehe oder die Kindererziehung erzielen könnte (Senatsurteil vom 14. Oktober 2009 - XII ZR 146/08 - FamRZ 2009, 1990 Rn. 14). Hat der Unterhaltsberechtigte hinge-

gen - wie hier - das Rentenalter erreicht, kommt es darauf an, ob die erzielten Alterseinkünfte aus seiner früheren, nachehelich ausgeübten oder ihm zumutbaren Erwerbstätigkeit hinter demjenigen zurückbleiben, was er ohne die ehebedingte Einschränkung seiner Berufstätigkeit an Alterseinkommen hätte erwerben können.

29 Ein ehebedingter Nachteil ist nicht darin zu erblicken, dass die Ehefrau während der Ehezeit nicht erwerbstätig war, was zu einer geringeren Altersrente führen kann. Denn insoweit greift der zwischen den Parteien durchgeführte Versorgungsausgleich. Darauf, ob der Ausgleichsbetrag gemeinsam mit den eigenen ehezeitlichen Anwartschaften die Höhe der Anwartschaften erreicht, die die Ehefrau bei vollschichtiger Erwerbstätigkeit als milchwirtschaftlich-technische Assistentin während der Ehezeit selbst verdient hätte, kommt es nicht an. Denn durch den Versorgungsausgleich sind die gesamten ehezeitlich erworbenen Versorgungsanwartschaften der Parteien vollständig ausgeglichen. Insoweit können ehebedingte Nachteile keine Berücksichtigung mehr finden (Senatsurteile vom 16. April 2008 - XII ZR 107/06 - FamRZ 2008, 1325 Rn. 43; vom 6. Oktober 2010 - XII ZR 202/08 - FamRZ 2010, 1971 Rn. 27 und vom 2. März 2011 - XII ZR 44/09 - FamRZ 2011, 713 Rn. 30).

30 In Betracht kommen daher nur die nach der Ehezeit entstandenen ehebedingten Versorgungsnachteile. Solche bestehen jedoch nicht, wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat. Denn ein ehebedingter Nachteil ergibt sich in der Regel daraus, dass der unterhaltsberechtigten Ehegatte aufgrund der gewählten Rollenverteilung nachehelich nicht die Einkünfte erzielt, die er ohne die Ehe erzielen würde. Das ist hier nicht gegeben.

31 Vor der Ehe hatte die Ehefrau eine Ausbildung zur milchwirtschaftlich-technischen Assistentin absolviert und war in diesem Beruf bis zum 15. Oktober

1970 tätig. Nach der Trennung erlangte sie am 1. Juni 1981 eine Anstellung als technische Assistentin in Anlehnung an die Vergütungsgruppe BAT V b, was nach den getroffenen Feststellungen dem unter Berücksichtigung des Regelaufstiegs erreichbaren Endgehalt einer medizinisch-technischen Assistentin entspricht. Dass die Ehefrau ohne die ehebedingte Berufspause ein höheres Endgehalt in ihrem erlernten Beruf als milchwirtschaftlich-technische Assistentin hätte erreichen können, hat sie im Rahmen ihrer sekundären Darlegungslast (vgl. Senatsurteil vom 6. Oktober 2010 - XII ZR 202/08 - FamRZ 2010, 1971 Rn. 23 und BGHZ 185, 1 = FamRZ 2010, 875 Rn. 20 ff.) nicht substantiiert. Somit durfte das Berufungsgericht davon ausgehen, dass die Ehefrau bereits in der Trennungszeit wieder das Vergütungsniveau ihrer vorehelich angelegten beruflichen Möglichkeiten erreicht hatte, so dass ehebedingte Fortkommensnachteile bereits damals nicht mehr gegeben waren. Dass die Ehefrau aus ehebedingten Gründen dauerhaft daran gehindert gewesen wäre, die in der Trennungszeit ausgeübte Halbtags­tätigkeit alsbald in eine Vollzeittätigkeit - ggf. in einem anderen Anstellungsverhältnis - auszuweiten, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Auch liegt kein ehebedingter Nachteil darin, dass die Ehefrau sich nach der Geburt eines außerehelichen Kindes dessen Betreuung widmete, von weiterer Berufstätigkeit absah und nach Abschluss der Kindeserziehung altersbedingt auf dem Arbeitsmarkt keinen Platz mehr fand. Denn die dadurch entstandenen Versorgungsnachteile hat die Ehefrau nicht aufgrund der Ehe, sondern durch die Geburt eines nicht aus der Ehe hervorgegangenen Kindes erlitten. Durch dessen Betreuung und nicht durch ehebedingte Umstände wurde sie an der weiteren Erwerbstätigkeit gehindert. Daher kann nicht auf fiktiv erworbene Versorgungsanswartschaften abgestellt werden, welche sie als kinderlose hätte erzielen können (vgl. Senatsurteil vom 17. Februar 2010 - XII ZR 140/08 - FamRZ 2010, 629 Rn. 29). Das setzt sich fort, soweit sie im Anschluss an die Kinderbetreuung aus Altersgründen keinen Platz mehr auf dem Arbeits-

markt fand. Auch diese Einbuße ist nicht durch die Ehe, sondern durch das außereheliche Kind verursacht.

32 Da diese nicht im Zusammenhang mit der Ehe stehenden Nachteile unterhaltsrechtlich nicht zu Lasten des Ehemanns verwertet werden können, hat das Berufungsgericht der Ehefrau auch zutreffend ein fiktives Alterseinkommen von 226 € mit der Begründung zugerechnet, dass die Ehefrau für die Zeiträume ab 1993 (halbtags) und ab 1999 (Vollzeit) so zu behandeln sei, als habe sie eine ihren beruflichen Fähigkeiten entsprechende Erwerbstätigkeit gefunden und ausgeübt. Insoweit oblag ihr, nach ihren Möglichkeiten zum weiteren Aufbau einer eigenen Altersversorgung durch Berufstätigkeit beizutragen (§ 1569 BGB).

33 Die von der Revision des Ehemanns angegriffenen Zeitpunkte, ab denen das Berufungsgericht eine unterhaltsrechtliche Eigenverantwortung der Ehefrau für den Erwerb eigener Versorgungsanwartschaften angenommen hat, unterliegen nur der eingeschränkten revisionsgerichtlichen Kontrolle, da diese Erwägungen in Ausübung einer tatrichterlichen Billigkeitskorrektur getroffen sind, welche nur daraufhin überprüft werden kann, ob maßgebende Rechtsbegriffe verkannt oder wesentliche Umstände unberücksichtigt gelassen sind. Das ist hier nicht der Fall.

34 Da die Ehefrau somit keine ehebedingten Einbußen zu beklagen hat, ist ihr angemessener Lebensbedarf, auf den gemäß § 1578 Abs. 1 Satz 2 BGB aF herabgesetzt werden kann, bereits durch ihre tatsächlichen sowie fiktiv zuzurechnenden Renteneinkünfte gedeckt.

III.

35 Da das Berufungsgericht das nach dem angemessenen Lebensbedarf zu bestimmende Unterhaltsmaß und damit zugleich die Untergrenze verkannt hat, bis zu der der Unterhalt herabgesetzt werden kann, kann die angefochtene Entscheidung keinen Bestand haben.

36 Eine abschließende Sachentscheidung ist dem Senat allerdings verwehrt. Der Unterhalt nach dem angemessenen Bedarf stellt nämlich nur die gesetzliche Untergrenze dar, bis zu der der Unterhalt herabgesetzt werden kann. Auch bei feststehender Untergrenze ist eine Ausschöpfung des Spielraums bis zum angemessenen Lebensbedarf nicht zwingend, sondern unterliegt der tatrichterlichen Beurteilung des Einzelfalls (Senatsurteil vom 4. August 2010 - XII ZR 7/09 - FamRZ 2010, 1633 Rn. 40). Eine teilweise Herabsetzung des Unterhalts ist geboten, wenn dies der Billigkeit entspricht (Senatsurteil vom 6. Oktober 2010 - XII ZR 202/08 - FamRZ 2010, 1971 Rn. 35). Auch eine stufenweise Herabsetzung bis zum völligen Wegfall des Unterhaltsanspruchs ist rechtlich

möglich, so dass sich die Frage einer Befristung nach § 1578 b Abs. 2 BGB im Ergebnis nicht mehr stellen wird. Das erfordert eine erneute tatrichterliche Würdigung, die vom Revisionsgericht nicht ersetzt werden kann.

Hahne

Weber-Monecke

Klinkhammer

Schilling

Nedden-Boeger

Vorinstanzen:

AG Hamburg, Entscheidung vom 13.07.2007 - 285 F 258/06 -

OLG Hamburg, Entscheidung vom 03.09.2009 - 2 UF 90/07 -