



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

XII ZR 121/09

Verkündet am:  
21. September 2011  
Breskic,  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in der Familiensache

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ: nein  
BGHR: ja

BGB §§ 1573, 1578, 1578 b

- a) Die Anzahl der zum Unterhalt wegen Erwerbslosigkeit vom Anspruchsteller vorgetragene Bewerbungen ist nur ein Indiz für seine dem Grundsatz der Eigenverantwortung entsprechenden Arbeitsbemühungen, nicht aber deren alleiniges Merkmal. Für ausreichende Erwerbsbemühungen kommt es vielmehr wie für das Bestehen einer realistischen Erwerbschance vorwiegend auf die individuellen Verhältnisse und die Erwerbsbiografie des Anspruchstellers an, die vom Familiengericht aufgrund des - ggf. beweisbedürftigen - Parteivortrags und der offenkundigen Umstände umfassend zu würdigen sind (Fortführung der Senatsurteile vom 30. Juli 2008 - XII ZR 126/06 - FamRZ 2008, 2104 und vom 27. Januar 1993 - XII ZR 206/91 - FamRZ 1993, 789).
- b) Bei der Bedarfsermittlung aufgrund der beiderseitigen Einkommensverhältnisse ist es Aufgabe der Tatsacheninstanzen, unter den gegebenen Umständen des Einzelfalls eine geeignete Methode zur möglichst realitätsgerechten Ermittlung des Nettoeinkommens zu finden. Daher kann es im Einzelfall zulässig und geboten sein, die abzuziehende Einkommensteuer nicht nach dem sog. In-Prinzip, sondern nach dem Für-Prinzip zu ermitteln (Anschluss an Senatsurteil vom 2. Juni 2004 - XII ZR 217/01 - FamRZ 2004, 1177).
- c) Für eine Befristung des nachehelichen Aufstockungsunterhalts genügt auch bei fehlenden ehebedingten Nachteilen nicht der alleinige Hinweis auf die Dauer der Ehe, der Kinderbetreuung und der bisherigen Unterhaltszahlungen, wenn andere Umstände unstreitig sind, die für eine Verlängerung des Unterhalts sprechen. Die Entscheidung des Familiengerichts muss erkennen lassen, dass alle wesentlichen Faktoren berücksichtigt worden sind.

BGH, Urteil vom 21. September 2011 - XII ZR 121/09 - OLG Koblenz  
AG Worms

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. September 2011 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Hahne und die Richter Weber-Monecke, Dr. Klinkhammer, Dr. Günter und Dr. Nedden-Boeger

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 11. Zivilsenats - 3. Senat für Familiensachen - des Oberlandesgerichts Koblenz vom 23. Juni 2009 aufgehoben, soweit zum Nachteil der Klägerin erkannt worden 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 nachehelichen Unterhalt. Sie schlossen 1972 die Ehe. Aus der Ehe sind zwei Kinder hervorgegangen, die 1979 und 1987 geboren wurden. Die Ehe ist seit Januar 2001 rechtskräftig geschieden.
- 2 Die 1953 geborene Klägerin arbeitete von 1968 bis 1980 als Textilfachverkäuferin. Nach der Scheidung absolvierte sie eine Umschulung zur Büro-

kauffrau. Sie ist arbeitslos. Der Beklagte ist Diplom-Ingenieur und als IT-Berater selbstständig tätig.

3 In einem Scheidungsfolgenvergleich verpflichtete sich der Beklagte zu einem monatlichen Unterhalt von 2.166 DM. Im Jahr 2004 setzten die Parteien den Unterhalt wegen zwischenzeitlicher Erwerbslosigkeit des Beklagten auf monatlich 500 € herab. Mit der Abänderungsklage begehrt die Klägerin die Erhöhung des Unterhalts, weil der Beklagte seit 2006 wiederum eine selbstständige Tätigkeit ausübt. Der Beklagte hat Widerklage erhoben, mit der er die Befristung des Unterhalts geltend macht. Die Parteien streiten außerdem über die Einkommensermittlung auf Seiten des Beklagten. Das Amtsgericht hat den Unterhalt ab August 2007 auf 1.157 € und ab Januar 2008 auf 700 € festgesetzt. Das Berufungsgericht hat den Unterhalt auf zuletzt 1.548 € weitergehend erhöht, diesen aber bis zum 31. Dezember 2009 befristet.

4 Dagegen richtet sich die vom Berufungsgericht zugelassene Revision der Klägerin, mit welcher sie eine Erhöhung des Unterhalts auf monatlich 2.500 € und einen Wegfall der Befristung erstrebt.

#### Entscheidungsgründe:

5 Die Revision hat Erfolg.

6 Die Revision ist vom Berufungsgericht uneingeschränkt zugelassen worden. Aus der Begründung der Revisionszulassung ergibt sich entgegen der Auffassung des Beklagten keine Einschränkung. Von der Befristung und auch vom Steuerabzug bei der Einkommensermittlung, welche das Berufungsgericht als Grundsatzfragen angeführt hat, sind beide Parteien betroffen. Abgesehen davon, dass die Begründung eher die Motivation des Berufungsgerichts wieder-

geben sollte, handelt es sich jedenfalls um Rechtsfragen, die eine verlässliche Eingrenzung des Streitgegenstands nicht ermöglichen.

I.

7 Das Berufungsgericht hat den Unterhalt ausgehend vom Einkommen des Beklagten aus selbstständiger Tätigkeit errechnet. Hierbei hat es auf die Gewinn- und Verlustrechnung für das Jahr 2007 abgestellt. Hinsichtlich der Einkommensteuer hat es vom Gewinn 2007 die im Jahr 2008 für 2007 festgesetzte Jahressteuer abgezogen. Die vom Beklagten in 2007 für die Zeit ab 1998 geleistete Steuernachzahlung hat es entgegen dem "Grundsatz, dass Steuernachzahlungen bzw. Steuererstattungen in dem Jahr zu berücksichtigen sind, in dem sie anfallen" unberücksichtigt gelassen. Diese Steuernachzahlung wäre nur dann zu berücksichtigen, wenn die Klägerin in den betreffenden Jahren Unterhalt nach Maßgabe des Einkommens ohne die Steuerbelastung bezogen hätte, was der Beklagte nicht vorgetragen habe.

8 Die Klägerin habe sich nicht hinreichend um eine Arbeitsstelle beworben. Aus den vorgelegten Unterlagen ergäben sich für 2007 46 Bewerbungen und für 2008 43 Bewerbungen. Im Hinblick auf die unzureichende Zahl der Bewerbungen müsse von einem fiktiven Einkommen der Klägerin von netto monatlich 1.100 € ausgegangen werden.

9 Für die Begrenzung des Unterhaltsanspruchs bis zum 31. Dezember 2009 hat das Berufungsgericht angeführt, dass der Beklagte seit Rechtskraft der Scheidung im Januar 2001 Unterhalt in wechselnder Höhe gezahlt habe. Ehebedingte Nachteile seien der Klägerin nicht entstanden. Eine Ausbildung zur Einzelhandelskauffrau habe sie nicht. Ihr Vortrag, dass sie aufgrund von

Weiterbildungsmaßnahmen höher dotierte Stellen habe erhalten können, sei nicht konkretisiert worden. Nach ihrer Darstellung habe sie in ihrem früheren Beruf aufgrund orthopädischer Erkrankungen ohnehin nicht mehr arbeiten können. Selbst wenn man von der Richtigkeit des Vortrags der Klägerin ausgehen würde, dass sie sich nachhaltig auf alle ihr möglichen Arbeitsstellen beworben habe, wäre die Verwirklichung des Arbeitsmarktrisikos nicht ehebedingt und könne nicht zu Lasten des Beklagten gehen. Der Klägerin sei ohnehin ein fiktives Einkommen zuzurechnen. Mit einer Unterhaltszahlung von neun Jahren sei der Ehedauer von 28 Jahren und der von der Klägerin während der Ehe geleisteten Kinderbetreuung Rechnung getragen.

## II.

10 Das hält einer rechtlichen Überprüfung nicht stand.

11 1. a) Abweichend vom Amtsgericht hat das Berufungsgericht - wenngleich ohne den konkreten Unterhaltstatbestand zu benennen - in der Sache keinen Unterhaltsanspruch wegen Erwerbslosigkeit (§ 1573 Abs. 1 BGB) angenommen, sondern ist auf Seiten der Klägerin von einem erzielbaren Einkommen aus vollschichtiger Tätigkeit ausgegangen und hat somit lediglich einen Anspruch auf Aufstockungsunterhalt (§ 1573 Abs. 2 BGB) bejaht.

12 Das Berufungsgericht hat die von der Klägerin vorgetragene Bemühungen um eine Arbeitsstelle als nicht ausreichend betrachtet. Das hält den Angriffen der Revision nicht stand.

13 b) Nach der Rechtsprechung des Senats ist Voraussetzung des Anspruchs aus § 1573 Abs. 1 BGB, dass sich der Ehegatte unter Einsatz aller zumutbaren und möglichen Mittel nachhaltig bemüht haben muss, eine angemessene

sene Tätigkeit zu finden, wozu die bloße Meldung beim Arbeitsamt nicht genügt. Er trägt im Verfahren zudem die uneingeschränkte Darlegungs- und Beweislast für seine Bemühungen und muss in nachprüfbarer Weise vortragen, welche Schritte in welchem zeitlichen Abstand er im Einzelnen in dieser Richtung unternommen hat. Die Beweiserleichterung nach § 287 Abs. 2 ZPO kommt ihm nicht zugute (Senatsurteile vom 30. Juli 2008 - XII ZR 126/06 - FamRZ 2008, 2104 Rn. 18 und vom 27. Januar 1993 - XII ZR 206/91 - FamRZ 1993, 789, 791).

14 Die unzureichende Arbeitssuche führt indessen noch nicht notwendig zur Versagung des Anspruchs aus § 1573 Abs. 1 BGB. Die mangelhafte Arbeitssuche muss vielmehr für die Arbeitslosigkeit auch ursächlich sein. Eine Ursächlichkeit besteht nicht, wenn nach den tatsächlichen Gegebenheiten des Arbeitsmarktes sowie den persönlichen Eigenschaften und Fähigkeiten des Unterhalt begehrenden Ehegatten für ihn keine reale Beschäftigungschance bestanden hat (Senatsurteile vom 30. Juli 2008 - XII ZR 126/06 - FamRZ 2008, 2104 Rn. 22 und vom 27. Januar 1993 - XII ZR 206/91 - FamRZ 1993, 789, 791).

15 c) Die Anzahl der vom Anspruchsteller vorgetragenen Bewerbungen ist nur ein Indiz für seine dem Grundsatz der Eigenverantwortung entsprechenden Arbeitsbemühungen, nicht aber deren alleiniges Merkmal. Vielmehr kann auch bei nachgewiesenen Bewerbungen in großer Zahl die Arbeitsmotivation nur eine vorgeschobene sein, während andererseits bei realistischer Einschätzung der Arbeitsmarktlage auch Bewerbungen in geringerer Zahl ausreichend sein können, wenn etwa nur geringe Chancen für einen Wiedereintritt in das betreffende Berufsfeld bestehen (vgl. OLG Hamm FamRZ 2010, 1914 für eine Textilverkäuferin). Allerdings kann allein durch einen Rückgriff auf das Lebensalter des Unterhalt Begehrenden von über 50 Jahren ebenfalls nicht generell belegt

werden, dass für ihn keine realistische Erwerbschance bestehe (vgl. dazu Kaiser/Dahm NZA 2010, 473 mwN). Vielmehr kommt es auch insofern vorwiegend auf die individuellen Verhältnisse an, die vom Familiengericht aufgrund des - ggf. beweisbedürftigen - Parteivortrags und der offenkundigen Umstände umfassend zu würdigen sind (vgl. auch Senatsurteil vom 15. November 1995 - XII ZR 231/91 - FamRZ 1996, 345, 346 mwN zur entsprechenden Lage beim Unterhaltspflichtigen).

16           d) Diesen Anforderungen wird das Berufungsurteil nicht gerecht. In seiner Begründung hat das Berufungsgericht allein auf die Zahl der Bewerbungen abgestellt. Weil diese unzureichend sei, müsse von einem fiktiven Einkommen der Klägerin ausgegangen werden. Abgesehen davon, dass - wie ausgeführt - die Zahl der Bewerbungen nur begrenzt aussagekräftig ist, ist das Berufungsgericht aber nicht auf die Ursächlichkeit der - unterstellt - unzureichenden Bewerbungen für die durch Erwerbslosigkeit bedingte Unterhaltsbedürftigkeit der Klägerin eingegangen. Aufgrund des Vortrags der Klägerin scheint es aber zumindest naheliegend, dass die im Jahr 2007 53jährige Klägerin nach einer Erwerbsabstinenz von über 25 Jahren und bei - unstreitigen - gesundheitlichen Einschränkungen jedenfalls nicht sogleich eine Vollzeitstelle finden kann. Anders als in jenem Fall, der dem Senatsurteil vom 30. Juli 2008 (XII ZR 126/06 - FamRZ 2008, 2104 Rn. 23) zugrunde lag, traf die Klägerin auch nicht schon seit längerer Zeit eine Erwerbsobliegenheit, sondern waren die Parteien in dem abzuändernden Vergleich aus dem Jahr 2004 offenbar noch davon ausgegangen, dass der Klägerin - drei Jahre nach der Scheidung - kein eigenes Erwerbseinkommen anzurechnen ist.

17           Demnach hätte sich das Berufungsgericht zumindest mit dem Vortrag der Klägerin auseinandersetzen müssen, dass ihr aufgrund ihres Alters, ihrer langen Berufsabstinenz und ihrer gesundheitlichen Einschränkungen aktuell

jedenfalls eine Vollzeitstelle als Bürokauffrau oder Textilverkäuferin nicht offenstehe. Aufgrund der von ihm getroffenen Feststellungen lässt sich ein Unterhaltsanspruch der Klägerin wegen Erwerbslosigkeit nach § 1573 Abs. 1 BGB demnach nicht verneinen.

18            2. Die Bedarfsbemessung des Berufungsgerichts nach § 1578 Abs. 1 BGB ist ebenfalls zu beanstanden.

19            a) Grundsätzlich nicht zu beanstanden ist es, dass das Berufungsgericht die vom Beklagten zu leistende Steuernachzahlung für die Zeit ab 1998 nicht berücksichtigt hat, sondern das Für-Prinzip angewendet hat und von dem zugrunde gelegten Gewinn aus dem Jahr 2007 nur die hierfür in 2008 festgesetzte Einkommensteuer abgezogen hat. Der Senat hat bereits aus anderem Anlass betont, dass die geläufigen Methoden zur Ermittlung des Durchschnittseinkommens und zum Steuerabzug bei der Einkommensermittlung für Selbstständige nicht als Dogma missverstanden werden dürfen (Senatsurteil vom 2. Juni 2004 - XII ZR 217/01 - FamRZ 2004, 1177, 1178). Es ist vielmehr Aufgabe der Tatsacheninstanzen, unter den gegebenen Umständen des Einzelfalls eine geeignete Methode zur möglichst realitätsgerechten Ermittlung des Nettoeinkommens als Grundlage der Unterhaltsbemessung nach den ehelichen Lebensverhältnissen zu finden. Da im vorliegenden Fall die Steuernachzahlung aus einem längeren Zeitraum (seit 1998) erwachsen ist, konnte mangels gegenteiliger Darlegung des Beklagten als Unterhaltsschuldner, dass etwa die zusätzliche Liquidität der Klägerin als Unterhaltsberechtigter anderweitig zugute gekommen ist, von einer Berücksichtigung der Steuernachzahlung in zulässiger Weise abgesehen werden. Ebenso wenig ist zu beanstanden, dass das Berufungsgericht hinsichtlich der Gewinnermittlung nur auf das Jahr 2007 abgestellt hat, da es sich um das einzige abgeschlossene Geschäftsjahr handelt.



20           b) Entsprechend seiner Auffassung zum Unterhaltstatbestand ist das Berufungsgericht auf Seiten der Klägerin von einem erzielbaren Einkommen aus vollschichtiger Tätigkeit ausgegangen. Dies kann aus den bereits ausgeführten Gründen keinen Bestand haben. Überdies lässt das Berufungsurteil aber auch eine nähere Begründung dazu vermissen, wie sich das der Klägerin unterstellte Nettoeinkommen von 1.100 € errechnen soll. Ein solches Einkommen, das allenfalls aufgrund einer qualifizierten Vollzeitstätigkeit als Bürokauffrau erzielbar wäre, dürfte auch hier jedenfalls nicht ohne nähere Begründung als mindestens erzielbar unterstellt werden.

21           3. Die vom Berufungsgericht ausgesprochene Befristung des Unterhalts nach § 1578 b Abs. 2, Abs. 1 BGB kann ebenfalls keinen Bestand haben, was zum Teil mit den bereits oben aufgeführten Beanstandungen zusammenhängt.

22           a) Für die Herabsetzung und Befristung des Unterhalts nach § 1578 b BGB ist nach ständiger Senatsrechtsprechung zunächst zu prüfen, ob auf Seiten des Unterhaltsberechtigten ehebedingte Nachteile eingetreten sind (vgl. Senatsurteil vom 17. Februar 2010 - XII ZR 140/08 - FamRZ 2010, 629 Rn. 23 mwN). Der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, die Klägerin könne eine Vollzeitstelle als Bürokauffrau erlangen, die ihr ein monatliches Nettoeinkommen von 1.100 € ermöglicht, kann - wie oben ausgeführt - keinen Bestand haben. Demnach ist aber auch nicht ausgeschlossen, dass der Klägerin ehebedingte Nachteile entstanden sind, wenn und soweit sie aufgrund ihrer Berufspause während der Ehe nunmehr schlechtere Erwerbschancen hat (zur Darlegungs- und Beweislast s. Senatsurteil BGHZ 185, 1 = FamRZ 2010, 875).

23           b) Die bei der Befristung und Herabsetzung des Unterhalts anzustellende Billigkeitsabwägung beschränkt sich überdies nicht auf den Ausgleich ehebedingter Nachteile, sondern hat darüber hinaus die vom Gesetz geforderte nach-

eheliche Solidarität zu berücksichtigen. Das gilt nicht nur für die Unterhaltstatbestände, die - wie der Alters- oder Krankheitsunterhalt nach §§ 1571, 1572 BGB - bereits ihre Begründung in der nahehelichen Solidarität finden, sondern auch für den Aufstockungsunterhalt nach § 1573 Abs. 2 BGB (Senatsurteil vom 8. Juni 2011 - XII ZR 17/09 - FamRZ 2011, 1381 Rn. 34).

24 In dieser Hinsicht hat das Berufungsgericht lediglich die Dauer der Ehe, die Kindererziehung (und Haushaltsführung) sowie die Dauer der Unterhaltzahlungen einbezogen. Das erscheint nicht ausreichend. Eine umfassende Würdigung hat vielmehr auch zu berücksichtigen, dass der Beklagte - wie für das Revisionsverfahren zu unterstellen ist - seine während der Ehe durchgeführte berufliche Fortbildung und sein heute erzieltetes Einkommen jedenfalls auch der Unterstützung durch die Klägerin zu verdanken hat. Nicht berücksichtigt ist auch, dass die Klägerin während der Arbeitslosigkeit des Beklagten nur einen reduzierten Unterhalt bezogen hat. Dieser Umstand rechtfertigt es, dass sie auch an einem später verbesserten Einkommen länger teilhaben kann. Zudem offenbarte der Beklagte seine wiederum erlangte Tätigkeit als IT-Berater erst mit erheblicher Verzögerung, was seine Unterhaltsbelastung vermindert hat. Es erscheint demnach naheliegend, dass das Berufungsgericht bei einer vollständigen Berücksichtigung der vorstehenden Aspekte selbst bei - unterstellt - fehlenden ehebedingten Nachteilen zu einer längeren als der von ihm angenommenen Unterhaltsdauer gelangt wäre.

III.

25 Das Berufungsurteil ist demnach aufzuheben. Dem Senat ist eine abschließende Sachentscheidung verwehrt, weil noch weitere tatrichterliche Feststellungen zu treffen sind.

26 Für das weitere Verfahren weist der Senat darauf hin, dass bei der abermaligen Prüfung der Unterhaltsbegrenzung nach § 1578 b BGB zunächst eine Herabsetzung bis auf den eigenen angemessenen Bedarf nach § 1578 b Abs. 1 BGB zu prüfen ist (vgl. Senatsurteil vom 17. Februar 2010 - XII ZR 140/08 - FamRZ 2010, 629, 633).

Hahne

Weber-Monecke

Klinkhammer

Günter

Nedden-Boeger

Vorinstanzen:

AG Worms, Entscheidung vom 21.11.2008 - 6 F 126/07 -

OLG Koblenz, Entscheidung vom 23.06.2009 - 11 UF 773/08 -