



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

XII ZR 117/09

Verkündet am:  
5. Oktober 2011  
Breskic,  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in der Familiensache

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ: nein  
BGHR: ja

BGB § 1579 Nr. 2

- a) Mit der zum 1. Januar 2008 in Kraft getretenen Neuregelung des § 1579 Nr. 2 BGB ist die verfestigte Lebensgemeinschaft als eigenständiger Härtegrund in das Gesetz übernommen worden. Eine Änderung der Rechtslage ist damit allerdings nicht verbunden.
- b) Zweck der gesetzlichen Neuregelung in § 1579 Nr. 2 BGB ist es, rein objektive Gegebenheiten bzw. Veränderungen in den Lebensverhältnissen des bedürftigen Ehegatten zu erfassen, die eine dauerhafte Unterhaltsleistung unzumutbar erscheinen lassen. Entscheidend ist deswegen darauf abzustellen, dass der unterhaltsberechtigten frühere Ehegatte eine verfestigte neue Lebensgemeinschaft eingegangen ist, sich damit endgültig aus der ehelichen Solidarität herauslöst und zu erkennen gibt, dass er diese nicht mehr benötigt. Kriterien wie die Leistungsfähigkeit des neuen Partners spielen hingegen keine Rolle.
- c) Wurde in einem vorangegangenen Abänderungsverfahren eine verfestigte Lebensgemeinschaft des Unterhaltsberechtigten rechtskräftig verneint, steht dies einer späteren Beschränkung oder Versagung des Unterhalts wegen grober Unbilligkeit nach § 1579 Nr. 2 BGB nicht entgegen, die auf neue Umstände gestützt ist. Als solche kommen insbesondere Indiztatsachen für das Erscheinungsbild der Lebensgemeinschaft in der Öffentlichkeit und ein längerer Zeitablauf in Betracht.

BGH, Urteil vom 5. Oktober 2011 - XII ZR 117/09 - OLG Düsseldorf  
AG Mönchengladbach

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 5. Oktober 2011 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Hahne und die Richter Dose, Dr. Klinkhammer, Dr. Günter und Dr. Nedden-Boeger

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 5. Senats für Familiensachen des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 17. Juni 2009 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Parteien streiten um Abänderung eines gerichtlichen Vergleichs zum nachehelichen Unterhalt. Sie hatten im Juli 1979 die Ehe geschlossen. 1981, 1987 und 1989 wurden die drei gemeinsamen Kinder geboren, deren Betreuung und Erziehung die Klägerin übernahm. Nach der Trennung im Juni 1998 wurde die Ehe auf den im Oktober 1999 zugestellten Scheidungsantrag im März 2002 rechtskräftig geschieden.
- 2 Im Scheidungsverbundverfahren schlossen die Parteien einen Unterhaltsvergleich, in dem sich der Beklagte verpflichtete, an die Klägerin nachehelichen Unterhalt in Höhe von monatlich 422 € zu zahlen.

3 Mit Urteil vom 25. Mai 2005 wurde eine Abänderungsklage des Beklagten, mit der er einen Wegfall seiner Unterhaltspflicht wegen einer verfestigten Lebensgemeinschaft der Klägerin begehrte, rechtskräftig abgewiesen. Im vorliegenden Rechtsstreit begehrt die Klägerin wegen veränderter wirtschaftlicher Verhältnisse einen erhöhten nachehelichen Unterhalt, während der Beklagte im Wege der Widerklage wegen der noch andauernden verfestigten Lebensgemeinschaft der Klägerin aus Billigkeitsgründen einen Wegfall seiner Unterhaltspflicht für die Zeit ab Januar 2008 beantragt.

4 Das Amtsgericht hat den Beklagten zur Zahlung weiteren rückständigen Unterhalts verurteilt, die Unterhaltspflicht auf die Widerklage des Beklagten aber auf die Zeit bis Ende 2007 befristet. Auf die Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht das Urteil teilweise abgeändert und den Beklagten zu weiterem monatlichen Unterhalt verurteilt, und zwar in Höhe von 783,99 € für die Zeit von Januar 2008 bis Dezember 2009, in Höhe von 422 € für die Zeit von Januar 2010 bis Dezember 2011 und in Höhe von 200 € für die Zeit von Januar 2012 bis Dezember 2012. Für die Folgezeit ab Januar 2013 hat es der Klägerin nachehelichen Unterhalt versagt. Mit der vom Oberlandesgericht zugelassenen Revision wendet sich der Beklagte gegen seine Unterhaltspflicht für die Zeit von Januar 2008 bis Dezember 2012.

Entscheidungsgründe:

5 Für das Verfahren ist gemäß Art. 111 Abs. 1 FGG-RG noch das bis Ende August 2009 geltende Prozessrecht anwendbar, weil der Rechtsstreit vor diesem Zeitpunkt eingeleitet worden ist (vgl. Senatsbeschluss vom 3. November 2010 - XII ZB 179/10 - FamRZ 2011, 100 Rn. 10).

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

I.

7 Das Oberlandesgericht hat den Unterhaltsvergleich abgeändert und den Beklagten auch für die Zeit ab Januar 2008 zu erhöhtem Unterhalt verurteilt, weil seit Abschluss des Vergleichs eine wesentliche Änderung der Einkommensverhältnisse der Parteien eingetreten sei. Der Unterhaltsanspruch der Klägerin entfalle nicht nach § 1579 Nr. 2 BGB, sei allerdings nach § 1578 b BGB zu begrenzen bzw. zu befristen.

8 Dem Vergleich liege ein bereinigtes Einkommen des Beklagten von 2.372,85 € und eine Unterhaltspflicht für zwei gemeinsame Kinder in Höhe von je 382 € zugrunde. Auf Seiten der Klägerin seien die Parteien von einer uneingeschränkten Erwerbsfähigkeit und einem neben der Kinderbetreuung erzielbaren Einkommen aus teilschichtiger Erwerbstätigkeit in Höhe von 501 € monatlich sowie einem weiteren Entgelt für die Versorgung des Lebensgefährten der Klägerin ausgegangen. Der Beklagte sei seit April 2004 neu verheiratet und erziele unterhaltsrelevante Einkünfte, die sich auf der Grundlage einer Steuerpflicht nach der Grundtabelle und nach Abzug des Kindesunterhalts auf monatlich 2.793,46 € beliefen. Demgegenüber seien bei der Klägerin Einkünfte aus ihrer Rente wegen voller Erwerbsminderung sowie ein Entgelt für die Versorgung ihres Bekannten in Höhe von 90 € monatlich zu berücksichtigen. Im Wege der Differenzmethode ergebe sich daraus eine Unterhaltspflicht des Beklagten, die jedenfalls den von der Klägerin begehrten Unterhalt von monatlich 783,99 € erreiche. Selbst wenn die Klägerin als erwerbspflichtig behandelt und ein Nettoeinkommen in Höhe von 1.500 € berücksichtigt werde, ergebe sich im Wege

der Differenzmethode ein Unterhaltsanspruch in dieser Höhe. Im Rahmen der Unterhaltsberechnung sei deswegen keine Entscheidung über eine Erwerbspflicht der Klägerin erforderlich. Für die Zeit ab 2009 gelte dies erst recht, weil der Beklagte für diese Zeit nur noch geringeren Kindesunterhalt schulde. Unterhaltsansprüche der neuen Ehefrau des Beklagten seien nicht zu berücksichtigen, weil der Beklagte solche Ansprüche nicht nachprüfbar dargelegt und belegt habe. Es fehle bereits an einem konkreten Vortrag zu den Einkünften der neuen Ehefrau im Jahre 2008 und zu einem eventuellen Wohnvorteil. Ob die neue Ehefrau im Verhältnis zur Klägerin eine Erwerbsobliegenheit treffe, könne deswegen dahinstehen.

9 Unterhaltsansprüche der Klägerin seien entgegen der Auffassung des Amtsgerichts nicht nach § 1579 BGB "verwirkt". Es könne dahinstehen, ob zwischen der Klägerin und dem Zeugen eine verfestigte Lebensgemeinschaft bestehe, weil der Beklagte mit diesem Einwand aufgrund des rechtskräftigen Urteils vom 25. Mai 2005 ausgeschlossen sei. Zwar habe das Amtsgericht seinerzeit eine "Verwirkung" verneint, weil es keine eheähnliche Wirtschaftsgemeinschaft feststellen konnte. Die maßgeblichen Umstände, auf die der Beklagte nun erneut seinen Verwirkungseinwand stütze, hätten aber schon damals vorgelegen. Der Beklagte sei schon seinerzeit von einer verfestigten Lebensgemeinschaft ausgegangen. Maßgebliche Änderungen im Verhältnis der Klägerin zu dem Zeugen habe er in diesem Verfahren nicht vorgetragen. Eine neue Beurteilung der Rechtslage sei auch nach § 36 EGZPO nicht erforderlich. Zwar sei durch die zum 1. Januar 2008 in Kraft getretene Reform des Unterhaltsrechts der Härtegrund des dauerhaften Zusammenlebens des Unterhaltsberechtigten mit einem neuen Partner als eigenständiger Ausschlussstatbestand eingeführt worden. Dabei handle es sich allerdings um keinen neuen "Verwirkungstatbestand". Zweck der Regelung sei die Zusammenfassung der zu § 1579 Nr. 7 BGB aF entwickelten Rechtsprechung zur Unzumutbarkeit von Unterhaltsleis-

tungen bei einer neuen Lebensgemeinschaft des Unterhaltsberechtigten. Auch nach der früheren Rechtsprechung sei es bei Vorliegen einer dauerhaften und verfestigten eheersetzenden Verbindung des Unterhaltsberechtigten nicht auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des neuen Partners angekommen. Durch die Unterhaltsreform sei keine Änderung der bis Ende 2007 maßgeblichen Rechtslage eingetreten.

10           Der Unterhaltsanspruch der Klägerin sei allerdings nach § 1578 b BGB herabzusetzen und zeitlich zu begrenzen. Mit diesem Einwand sei der Beklagte nicht präkludiert, obwohl eine Begrenzung schon nach früherem Recht gemäß § 1573 Abs. 5 BGB aF möglich gewesen sei. Nach dieser Rechtslage sei eine Begrenzung wegen der hier vorliegenden langen Ehedauer aber nicht in Betracht gekommen. Dies habe sich erst durch die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs geändert, nach der die Ehedauer nur ein Abwägungskriterium neben anderen darstelle. Sowohl der Unterhaltsvergleich als auch das erste Abänderungsverfahren seien noch vor dieser Rechtsprechungsänderung abgeschlossen gewesen. Nach § 1578 b BGB könne nun auch der Krankheitsunterhalt herabgesetzt und zeitlich begrenzt werden, falls ein zeitlich unbegrenzter Unterhalt nach den ehelichen Lebensverhältnissen unbillig sei. Dabei sei vor allem auf das Vorliegen ehebedingter Nachteile abzustellen. Solche Nachteile seien hier nicht gegeben. Eine von der Klägerin behauptete Erkrankung sei nicht ehebedingt. Selbst wenn ihre Erwerbsunfähigkeitsrente infolge der Gestaltung von Haushaltsführung und Erwerbstätigkeit während der Ehe und der Kindererziehung geringer ausfalle, als sie ohne Unterbrechung der Erwerbstätigkeit bestünde, wäre der Nachteil mit der Durchführung des Versorgungsausgleichs in Höhe von monatlich 259,18 € zwischen den Parteien ausgeglichen. Selbst im Falle eines Aufstockungsunterhalts bei fortbestehender Erwerbspflicht der Klägerin liege kein ehebedingter Nachteil vor. Sie sei gelernte Einzelhandelskauffrau und habe nichts dazu vorgetragen, als solche nicht mehr erwerbsfähig zu

sein. Nach der Scheidung sei sie von 2002 bis 2004 als Sachbearbeiterin für den Zeugen erwerbstätig gewesen. Krankengeld habe sie erst ab Januar 2004 und Erwerbsminderungsrente erst seit April 2005 bezogen. Ihr Alter von "jetzt 53 Jahren" spreche ebenfalls nicht gegen eine Erwerbsfähigkeit.

11           Andererseits sei § 1578 b BGB nicht auf die Kompensation ehebedingter Nachteile beschränkt und berücksichtige auch die naheheliche Solidarität. In soweit seien die 20jährige Ehefrau und die Betreuung der drei gemeinsamen Kinder zu berücksichtigen. Der Beklagte lebe in guten wirtschaftlichen Verhältnissen und ihm verbleibe trotz der Unterhaltspflicht ein die Einkünfte der Klägerin nicht unerheblich übersteigendes Einkommen. Bei Anwendung des § 1578 b BGB sei nicht zuletzt auch das der Klägerin zuzubilligende Vertrauen in die bisherige Unterhaltsregelung zu berücksichtigen (§ 36 Ziff. 1 EGZPO). Ihre persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse habe die Klägerin zumindest auf den bislang titulierten Unterhalt von monatlich 422 € einstellen dürfen. Insgesamt sei unter Abwägung dieser Umstände eine stufenweise Abschmelzung des Unterhalts bis zu dessen Befristung angezeigt. Innerhalb der Übergangszeit sei die Klägerin in der Lage, ihre persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse auf den Wegfall der Unterhaltsleistung einzustellen.

12           Das Oberlandesgericht hat die Revision zu der Frage zugelassen, ob durch die Einfügung des § 1579 Nr. 2 BGB durch das Unterhaltsrechtsänderungsgesetz eine inhaltliche Neuregelung der bisherigen Rechtsprechung zur verfestigten Lebensgemeinschaft erfolgt ist und der Beklagte hierdurch entgegen der vom Oberlandesgericht vertretenen Auffassung mit seinem Vortrag zur "Verwirkung" des nahehelichen Unterhalts nicht ausgeschlossen sei.

II.

13 Die Ausführungen des Berufungsgerichts halten den Angriffen der Revi-  
sion nicht in allen Punkten stand.

14 1. Weil das Oberlandesgericht insoweit keine Feststellungen getroffen  
hat, ist zugunsten des Beklagten im Revisionsverfahren davon auszugehen,  
dass der Klägerin lediglich ein Anspruch auf Aufstockungsunterhalt nach § 1573  
Abs. 2 BGB zusteht. Feststellungen, die einen Anspruch auf Krankheitsunter-  
halt nach § 1572 BGB rechtfertigen können, hat das Oberlandesgericht nicht  
getroffen. Bei Abschluss des gerichtlichen Vergleichs im Jahre 2005 waren die  
Parteien auf der Grundlage eines Sachverständigengutachtens von einer un-  
eingeschränkten Erwerbsfähigkeit der Klägerin ausgegangen und hatten ihr  
neben der seinerzeit noch andauernden Kinderbetreuung ein Einkommen aus  
teilschichtiger Erwerbstätigkeit zugerechnet. Unterhalt schuldete der Beklagte in  
der Folgezeit zunächst nach den §§ 1570, 1573 Abs. 2 BGB und ab Eintritt der  
vollsichtigen Erwerbspflicht der Klägerin als Aufstockungsunterhalt allein  
nach § 1573 Abs. 2 BGB (vgl. insoweit Senatsurteil vom 14. April 2010  
- XII ZR 89/08 - FamRZ 2010, 869 Rn. 14 ff.). Selbst wenn damit die Einsatz-  
zeitpunkte für einen späteren Krankheitsunterhalt nach § 1572 Nr. 2 und 4 BGB  
gewahrt sein sollten (vgl. Wendl/Bömelburg Das Unterhaltsrecht in der familien-  
richterlichen Praxis 8. Aufl. § 4 Rn. 254, 256), kann im Revisionsverfahren nicht  
von einem solchen Unterhaltsanspruch ausgegangen werden, weil es dafür an  
den erforderlichen Feststellungen des Oberlandesgerichts fehlt.

15 2. Unabhängig von dem hier gegebenen Unterhaltstatbestand ist das  
Oberlandesgericht allerdings im Ergebnis zutreffend von einem Unterhaltsbe-  
darf der Klägerin ausgegangen, der den von ihr begehrten Unterhalt von  
783,99 € erreicht.

- 16 Nach seinen Feststellungen ist seit Abschluss des gerichtlichen Vergleichs sowohl im Einkommen des Beklagten als auch hinsichtlich der Einkünfte der Klägerin eine wesentliche Änderung eingetreten. Die wegen dieser Änderung der Geschäftsgrundlage des gerichtlichen Vergleichs nach § 313 BGB gebotene Anpassung (vgl. Senatsurteile vom 4. Mai 2011 - XII ZR 70/09 - FamRZ 2011, 1041 Rn. 23 und BGHZ 175, 182 = FamRZ 2008, 968 Rn. 26) führt rechnerisch zu einem Unterhaltsanspruch der Klägerin nach den ehelichen Lebensverhältnissen, der jedenfalls den von ihr begehrten Unterhalt erreicht. Dies greift die Revision auch nicht an.
- 17 Zwar entsteht ein Anspruch auf Anschlussunterhalt nach § 1572 Nr. 4 BGB nach ständiger Rechtsprechung des Senats nur als solcher auf Teilunterhalt, wenn schon der entfallene frühere Unterhaltsanspruch nur auf einen Teil des vollen Unterhaltsbedarfs gerichtet war (Senatsurteile vom 27. Juni 2001 - XII ZR 135/99 - FamRZ 2001, 1291, 1294 und vom 17. September 2003 - XII ZR 184/01 - FamRZ 2003, 1734, 1736; OLG Koblenz NJW-RR 2006, 151 Rn. 19). Das Oberlandesgericht hat in seiner Hilfsbegründung allerdings von der Revision unangefochten ausgeführt, dass der Klägerin auch auf der Grundlage eines aus voller Erwerbstätigkeit allenfalls erzielbaren eigenen Nettoeinkommens in Höhe von 1.500 € ein Aufstockungsunterhalt verbliebe, der ihren restlichen Unterhaltsbedarf nach den ehelichen Lebensverhältnissen in Höhe des begehrten Unterhalts deckt. Ein später an dessen Stelle getretener Krankheitsunterhalt könnte danach ebenfalls den von der Klägerin begehrten Unterhalt erreichen.
- 18 3. Soweit das Oberlandesgericht eine Beschränkung oder Versagung des Unterhalts wegen grober Unbilligkeit nach § 1579 Nr. 2 BGB abgelehnt hat, hält dies den Angriffen der Revision allerdings nicht stand. Der Beklagte ist mit

diesen Einwendungen auch im Hinblick auf das rechtskräftige Urteil vom 25. Mai 2005 nicht präkludiert.

19 a) Schon nach ständiger Rechtsprechung des Senats zum früheren Recht konnte ein länger dauerndes Verhältnis des Unterhaltsberechtigten zu einem anderen Partner zur Annahme eines Härtegrundes im Rahmen des § 1579 Nr. 7 BGB aF führen, wenn sich die Beziehung in einem solchen Maße verfestigt hatte, dass sie als eheähnliches Zusammenleben anzusehen und gleichsam an die Stelle einer Ehe getreten war. Dabei setzte die Annahme einer verfestigten Lebensgemeinschaft nicht zwingend voraus, dass die Partner räumlich zusammenlebten und einen gemeinsamen Haushalt führten, auch wenn eine solche Form des Zusammenlebens in der Regel als ein typisches Anzeichen hierfür angesehen wurde. Unter welchen Umständen - nach einer gewissen Dauer, die im Allgemeinen zwischen zwei und drei Jahren lag - auf ein eheähnliches Zusammenleben geschlossen werden konnte, ließ sich nicht allgemein verbindlich festlegen. Letztlich oblag es der verantwortlichen Beurteilung des Tatrichters, ob er den Tatbestand des eheähnlichen Zusammenlebens aus tatsächlichen Gründen für gegeben erachtete oder nicht (Senatsurteile vom 13. Juli 2011 - XII ZR 84/09 - FamRZ 2011, 1498 Rn. 26 mit Anm. Maurer; BGHZ 176, 150 = FamRZ 2008, 1414 Rn. 26; BGHZ 157, 395 = FamRZ 2004, 614, 616 und BGHZ 150, 209 = FamRZ 2002, 810, 811).

20 Mit der zum 1. Januar 2008 in Kraft getretenen Neuregelung des § 1579 Nr. 2 BGB ist die verfestigte Lebensgemeinschaft als eigenständiger Härtegrund in das Gesetz übernommen worden. Auch damit wird kein vorwerfbares Fehlverhalten des Unterhaltsberechtigten sanktioniert. Zweck der Vorschrift ist es vielmehr, rein objektive Gegebenheiten bzw. Veränderungen in den Lebensverhältnissen des bedürftigen Ehegatten zu erfassen, die eine dauerhafte Unterhaltsleistung unzumutbar erscheinen lassen. Auch die gesetzliche Neurege-

lung hat nicht festgelegt, ab wann von einer verfestigten Lebensgemeinschaft auszugehen ist, sondern ausdrücklich auf die hierzu ergangene Rechtsprechung Bezug genommen. Eine verfestigte Lebensgemeinschaft kann danach insbesondere angenommen werden, wenn objektive, nach außen tretende Umstände wie etwa ein über einen längeren Zeitraum hinweg geführter gemeinsamer Haushalt, das Erscheinungsbild in der Öffentlichkeit, größere gemeinsame Investitionen wie der Erwerb eines gemeinsamen Familienheims oder die Dauer der Verbindung den Schluss auf eine verfestigte Lebensgemeinschaft nahelegen. Entscheidend ist darauf abzustellen, dass der unterhaltsberechtigte frühere Ehegatte eine verfestigte neue Lebensgemeinschaft eingegangen ist, sich damit endgültig aus der ehelichen Solidarität herauslöst und zu erkennen gibt, dass er diese nicht mehr benötigt (BT-Drucks. 16/1830 S. 21; vgl. auch Senatsurteile vom 13. Juli 2011 - XII ZR 84/09 - FamRZ 2011, 1498 Rn. 27 und vom 30. März 2011 - XII ZR 3/09 - FamRZ 2011, 791 Rn. 39; Wendl/Gerhardt aaO § 4 Rn. 1267; Schnitzler FF 2011, 290 f.). Weitere Kriterien wie etwa die Leistungsfähigkeit des neuen Partners spielen hingegen keine Rolle. Die verfestigte Lebensgemeinschaft ist damit kein Fall der bloßen Bedarfsdeckung im Sinne von § 1577 Abs. 1 BGB. Die Belange eines gemeinschaftlichen Kindes sind allerdings im Rahmen der Kinderschutzklausel im Einleitungssatz des § 1579 BGB zu beachten.

21 Zutreffend ist das Oberlandesgericht in der Vorlagefrage somit davon ausgegangen, dass durch das Unterhaltsrechtsreformgesetz zur Frage der Beschränkung oder Versagung des nahehelichen Unterhalts wegen grober Unbilligkeit nach § 1579 BGB keine grundlegende Rechtsänderung eingetreten ist, die allein zu einer Abänderung des früheren Unterhaltstitels berechtigen würde (vgl. Senatsurteil vom 29. September 2010 - XII ZR 205/08 - FamRZ 2010, 1884 Rn. 16).

- 22            b) Soweit das Berufungsgericht allerdings davon ausgegangen ist, dass schon nach dem Vortrag des Beklagten seit der Abweisung der früheren Abänderungsklage mit Urteil vom 25. Mai 2005 keine Änderung der unterhaltsrelevanten Tatsachen vorliegt, hält dies den Angriffen der Revision nicht stand.
- 23            Nach ständiger Rechtsprechung des Senats setzt eine verfestigte Lebensgemeinschaft im Sinne des § 1579 Nr. 2 BGB eine gewisse Dauer der neuen Verbindung voraus, die allerdings von anderen, für eine besondere Nähe der Partner sprechenden objektiven Umständen beeinflusst wird (vgl. auch Schnitzler FF 2011, 290, 292). Die Dauer bis zur Annahme einer verfestigten Lebensgemeinschaft wird durch objektive, nach außen tretende Umstände, wie etwa einen über einen längeren Zeitraum hinweg geführten gemeinsamen Haushalt, das Erscheinungsbild in der Öffentlichkeit oder größere gemeinsame Investitionen wie den Erwerb eines gemeinsamen Familienheims beeinflusst. Ein allein intimes Verhältnis reicht dafür nicht aus (Senatsurteil vom 13. Juli 2011 - XII ZR 84/09 - FamRZ 2011, 1498 Rn. 27).
- 24            aa) Auf dieser rechtlichen Grundlage hatte das Amtsgericht in dem Vorverfahren mit Urteil vom 25. Mai 2005 die Voraussetzungen für eine Beschränkung oder Versagung des Unterhalts wegen grober Unbilligkeit nach § 1579 BGB verneint. Obwohl der Beklagte schon in dem früheren Verfahren vorgetragen hatte, die Klägerin unterhalte zu ihrem Bekannten eine verfestigte Lebensgemeinschaft, hatte das Amtsgericht eine solche Feststellung nicht getroffen. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme war es vielmehr davon ausgegangen, dass die Klägerin und ihr Bekannter zwar im gleichen Haus, aber in getrennten Wohnungen lebten und eigene Haushalte unterhielten. Trotz der seit Ende 2000 bestehenden Freundschaft und intimen Beziehung sei keine eheähnliche Wirtschaftsgemeinschaft bewiesen. Dabei hatte das Amtsgericht entscheidend darauf abgestellt, dass die Beziehung bewusst auf Distanz gehalten werde, wobei

die Distanz auch nach außen zum Ausdruck komme (vgl. insoweit auch Senatsurteil vom 30. März 2011 - XII ZR 3/09 - FamRZ 2011, 791 Rn. 39). Für die Voraussetzungen des "Verwirkungstatbestandes" sei der Beklagte somit beweisfällig geblieben.

25           bb) Im Gegensatz zur Auffassung des Oberlandesgerichts hat der Beklagte im vorliegenden Rechtsstreit nicht lediglich die seinerzeit vorgetragene Umstände wiederholt, sondern weitere Umstände für eine nunmehr verfestigte Lebensgemeinschaft vorgetragen. Dabei ist bereits zu berücksichtigen, dass die Klägerin jetzt mit dem Zeugen nicht nur - wie seinerzeit - viereinhalb Jahre, sondern mehr als zehn Jahre eine intime Beziehung unterhält. Wenngleich die Dauer nicht das allein entscheidende Kriterium für die Verfestigung einer Lebensgemeinschaft ist, kann sie bei der Würdigung aber nicht völlig unberücksichtigt bleiben. Hinzu kommt, dass der Beklagte unter Bezug auf einen Zeitungsbericht zu den gemeinsamen Tanzsportaktivitäten der Klägerin und ihres Bekannten weitere Umstände vorgetragen hat, die das seinerzeit noch vermissende Erscheinungsbild einer verfestigten Lebensgemeinschaft in der Öffentlichkeit zusätzlich stützen.

26           Für den Tatbestand des § 1579 Nr. 2 BGB, der für die Feststellung einer verfestigten Lebensgemeinschaft regelmäßig verschiedene Indiztatsachen erfordert, ist der neue Vortrag des Beklagten deswegen nicht unerheblich. Das Oberlandesgericht durfte den Einwand des Beklagten nicht als präkludiert ansehen, weil eine verfestigte Lebensgemeinschaft ohne diese neu hinzugetretenen Umstände in einem vorangegangenen Verfahren rechtskräftig abgelehnt worden war. Im Gegensatz zur Rechtsauffassung des Oberlandesgerichts führt dies nicht zu einer im Abänderungsverfahren unzulässigen Fehlerkorrektur (vgl. insoweit Senatsurteil BGHZ 185, 322 = FamRZ 2010, 1150 Rn. 17 ff.). Die Widerklage des Beklagten ist darauf gerichtet, die Zukunftsprognose für den künf-

tigen Unterhaltsanspruch der Klägerin durch neu hinzugetretene Tatsachen zu erschüttern. Dies ist ihm im Abänderungsverfahren nach § 323 ZPO aF nicht verwehrt. Davon unabhängig könnte eine Präklusion ohnehin nicht gegenüber der für eine Übergangszeit zugesprochenen Erhöhung des Unterhalts eingreifen (Senatsurteil BGHZ 98, 353 = FamRZ 1987, 259, 262; Wendl/Schmitz Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis 8. Aufl. § 10 Rn. 193).

27           c) Das angefochtene Urteil kann deswegen keinen Bestand haben und ist auf die Revision des Beklagten aufzuheben. Das Verfahren ist nach § 563 Abs. 1 ZPO zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Oberlandesgericht zurückzuverweisen, weil dem Senat eine abschließende Entscheidung verwehrt ist. § 1579 Nr. 2 BGB sieht als Rechtsfolge einer verfestigten Lebensgemeinschaft des Unterhaltsberechtigten eine Billigkeitsprüfung vor, die zur Versagung, Herabsetzung oder zeitlichen Begrenzung des nahehelichen Unterhalts führen kann. Diese ist dem Tatrichter vorbehalten und kann vom Revisionsgericht nur auf Rechtsfehler überprüft werden (Senatsurteil vom 13. Juli 2011 - XII ZR 84/09 - FamRZ 2011, 1498 Rn. 26).

28           4. Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

29           a) Soweit es nach der Billigkeitsabwägung im Rahmen des § 1579 BGB noch auf Fragen der Herabsetzung und zeitlichen Begrenzung des nahehelichen Unterhalts wegen Unbilligkeit nach § 1578 b BGB ankommen sollte, bestehen gegen die weiteren Erwägungen des Berufungsgerichts keine Bedenken. Während § 1579 BGB eine Beschränkung oder Versagung des nahehelichen Unterhalts wegen grober Unbilligkeit auf der Grundlage der dort genannten Versagungstatbestände ermöglicht, regelt § 1578 b BGB eine Herabsetzung oder zeitliche Begrenzung des Unterhalts nach den ehelichen Lebensverhältnissen bei abnehmender nahehelicher Solidarität und fehlendem ehebedingten

Nachteil. Die beiden Begrenzungstatbestände schließen sich deswegen nicht gegenseitig aus (vgl. Senatsurteil vom 8. Juni 2011 - XII ZR 17/09 - FamRZ 2011, 1381 Rn. 39).

30 Zutreffend ist das Berufungsgericht im Rahmen des § 1578 b BGB von einem Unterhalt nach den ehelichen Lebensverhältnissen gemäß § 1578 Abs. 1 Satz 1 BGB ausgegangen. Ob und in welchem Umfang eine Herabsetzung auf den angemessenen Lebensbedarf oder eine zeitliche Begrenzung nach § 1578 b BGB in Betracht kommt, ist nach tatrichterlichem Ermessen zu beurteilen, das im Revisionsverfahren nur auf Rechtsfehler überprüft werden kann (Senatsurteil vom 2. März 2011 - XII ZR 44/09 - FamRZ 2011, 713 Rn. 14). Solche Fehler hat weder die Revision vorgetragen noch sind sie sonst ersichtlich.

31 Insoweit ist das Oberlandesgericht zutreffend davon ausgegangen, dass der Beklagte mit seinem Begehren auf Herabsetzung und zeitlicher Begrenzung des Unterhalts nach § 1578 b BGB nicht präkludiert ist. Sowohl der Vergleich als auch das spätere Urteil aus dem Jahre 2005 datieren aus einer Zeit vor der Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Herabsetzung und zeitlichen Begrenzung des nahehelichen Unterhalts und dem Inkrafttreten des Unterhaltsrechtsänderungsgesetzes. Nach der früheren höchstrichterlichen Rechtsprechung kam eine Herabsetzung und zeitliche Begrenzung nach den §§ 1573 Abs. 5, 1578 Abs. 1 Satz 2 BGB aF nicht in Betracht, wenn eine lange Ehedauer vorlag. Das ist bei der hier bis zur Zustellung des Scheidungsantrags 20jährigen Ehe der Fall. Eine Herabsetzung oder zeitliche Begrenzung kann deswegen erst auf der Grundlage der geänderten Rechtsprechung des Senats in Betracht kommen, die nicht mehr allein auf die Ehedauer abstellt und daneben weitere Umstände, insbesondere das Vorliegen ehebedingter Nachteile, berücksichtigt (Senatsurteile vom 12. April 2006 - XII ZR 240/03 - FamRZ 2006, 1006).

32

b) Sollte das Berufungsgericht nicht zu einem Wegfall der Unterhaltspflicht des Beklagten für die Zeit ab Januar 2008 gelangen, wird es weiter zu prüfen haben, ob der Unterhaltsanspruch der Klägerin teilweise auf den Träger von Sozialleistungen übergegangen ist. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts bezieht die Klägerin neben ihrer Erwerbsminderungsrente Leistungen nach dem SGB II. In Höhe dieser Leistungen geht ihr Unterhaltsanspruch nach § 33 SGB II auf den Träger der Sozialleistungen über. Ob übergegangene Ansprüche an die Klägerin zurück abgetreten wurden, ist nicht festgestellt. Ist dies nicht der Fall, könnte die Klägerin insoweit allenfalls Leistung an den Sozialleistungsträger verlangen (Senatsurteil vom 3. Juli 1996 - XII ZR 99/95 - FamRZ 1996, 1203, 1207; Wendl/Klinkhammer aaO § 8 Rn. 109).

Hahne

Dose

Klinkhammer

Günter

Nedden-Boeger

Vorinstanzen:

AG Mönchengladbach, Entscheidung vom 27.08.2008 - 39 F 258/05 -

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 17.06.2009 - II-5 UF 238/08 -