BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XII ZR 159/09

Verkündet am:
7. Dezember 2011
Küpferle,
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in der Familiensache

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB § 1581; ZPO § 323; FamFG § 238

a) Zur (hier verneinten) Präklusion von Tatsachen, nachdem eine Abänderungsklage gegen ein Urteil über laufenden nachehelichen Unterhalt abgewiesen wurde.

b) Zur Berücksichtigung der nach Wiederverheiratung des Unterhaltspflichtigen entstandenen Unterhaltspflicht gegenüber dem neuen Ehegatten als sonstige Verpflichtung im Rahmen der Leistungsfähigkeit (im Anschluss an Senatsurteil vom 7. Dezember 2011 - XII ZR 151/09 - zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt).

BGH, Urteil vom 7. Dezember 2011 - XII ZR 159/09 - OLG Koblenz
AG Trier

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 7. Dezember 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 der Beklagten und die Anschlussrevision des Klägers wird das Urteil des 9. Zivilsenat - 2. Senat für Familiensachen - des Oberlandesgerichts Koblenz vom 30. September 2009 aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Revisionsverfahrens - an das Oberlandesgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Parteien sind geschiedene Eheleute. Sie haben eine 1990 geborene Tochter und heirateten 1991. Sie trennten sich im Dezember 1998. Die Ehe wurde auf den im Juli 1999 zugestellten Scheidungsantrag geschieden. Die Scheidung ist seit November 2001 rechtskräftig.

2 Der 1948 geborene Kläger ist Handwerksmeister und mit seinem Sohn Mitgesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die Kälteanlagenbau betreibt. Im Jahr 2008 überließ der Kläger seinem Sohn, dem er nach dessen Meisterprüfung im Jahr 1999 zunächst eine hälftige Gewinnbeteiligung am Be-

trieb eingeräumt hatte, eine weitere Gewinnbeteiligung. Der Kläger ist wiederverheiratet und wohnt im eigenen Haus. Seine Ehefrau ist arbeitslos.

3 Die 1961 geborene Beklagte hatte vor der Eheschließung eine Ausbildung zur Bürokauffrau abgeschlossen. Während der Ehe war sie bis 1994 als Angestellte im öffentlichen Dienst tätig. Danach war sie zeitweilig im Rahmen einer geringfügigen Beschäftigung im Betrieb des Klägers angestellt. Außerdem absolvierte sie eine Ausbildung zur staatlich geprüften Kosmetikerin. Zeitweise betrieb sie ein Kosmetikstudio und einen Naturkostladen. Nach der Trennung nahm sie an einer Wiedereingliederungsmaßnahme teil und arbeitete seit 2001 halbschichtig als Bürofachkraft. In der Folgezeit war sie wiederholt arbeitslos. Im Jahr 2005 zog sie mit der Tochter auf die Insel B. und scheiterte dort mit dem Versuch, eine selbstständige Tätigkeit in der Wellnessabteilung eines Hotels aufzubauen. Daran schloss sich ein Verbraucherinsolvenzverfahren an.

4 Die Tochter der Parteien bewohnt seit September 2006 eine eigene Wohnung und wird vom Kläger unterhalten.

5 Der nacheheliche Unterhalt ist durch das Urteil des Berufungsgerichts vom 22. Januar 2003 auf laufend monatlich 1.402,50 € festgesetzt worden. Eine anschließende Abänderungsklage des Klägers wurde aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 4. Oktober 2006 vom Amtsgericht abgewiesen. Seine hiergegen eingelegte Berufung nahm der Kläger nach der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht am 18. April 2007 zurück.

6 Mit der vorliegenden Abänderungsklage erstrebt der Kläger, an die Beklagte ab der im Oktober 2008 eingetretenen Rechtshängigkeit seiner Klage keinen nachehelichen Unterhalt mehr zahlen zu müssen. Ferner hat er in der Berufungsinstanz die Rückzahlung überzahlten Unterhalts geltend gemacht. Der Kläger beruft sich auf eine krankheitsbedingte Einkommensreduzierung.

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Die Übertragung einer weitergehenden Gewinnbeteiligung auf seinen Sohn sei ebenfalls krankheitsbedingt erfolgt. Die Beklagte komme ihrer Erwerbsobliegenheit nicht nach.

7 Das Amtsgericht hat die Abänderungsklage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Berufungsgericht den Unterhalt der Höhe nach bestehen lassen, aber bis einschließlich 31. Dezember 2011 begrenzt. Dagegen wendet sich die Beklagte mit der Revision, mit der sie weiterhin die Abweisung der Klage erstrebt. Der Kläger will mit der Anschlussrevision eine frühere Reduzierung des Unterhalts erreichen.

Entscheidungsgründe:

8 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).

9 Die Revision der Beklagten beschränkt sich - übereinstimmend mit der nur eingeschränkten Revisionszulassung (vgl. Senatsurteile BGHZ 179, 43 = FamRZ 2009, 406 Rn. 11 mwN und vom 27. Mai 2009 - XII ZR 78/08 - FamRZ 2009, 1300 Rn. 17) - auf den Zeitraum nach Ablauf der Befristung mit dem 31. Dezember 2011. Die Beklagte ist auch nur in diesem Umfang durch das Berufungsurteil beschwert. Auf die Anschlussrevision des Klägers ist das Berufungsurteil hingegen auch für den vorausgegangenen Zeitraum zu überprüfen (vgl. § 554 Abs. 2 Satz 1 ZPO; BGH Urteil vom 22. März 2006 - VIII ZR 173/04 - NJW-RR 2006, 1328, 1329 mwN).

10 Revision und Anschlussrevision haben Erfolg und führen zu einer vollständigen Aufhebung des Berufungsurteils.

I.

11 Nach der Auffassung des Berufungsgerichts, dessen Urteil in FamRZ 2010, 318 veröffentlicht ist, scheitert eine Reduzierung der titulierten Unterhaltsverpflichtung daran, dass der Kläger eine Verringerung des Einkommens nicht substantiiert vorgetragen habe. Die Beteiligungsverhältnisse und Geschäftsergebnisse des Familienbetriebes seien nicht im Einzelnen dargelegt worden. Vorsorgeaufwendungen hätten konkret dargelegt und belegt werden müssen. Eine Einkommensprognose anhand des Einkommens der letzten drei Jahre lasse sich anhand des lediglich für das Jahr 2007 vorgelegten Steuerbescheids nicht treffen. Soweit der Kläger die Vernehmung seines Steuerberaters beantragt habe, richte sich der Antrag auf Ausforschung und sei damit unzulässig.

12 Das Hinzutreten eines weiteren Unterhaltsberechtigten stelle zwar grundsätzlich einen Abänderungsgrund dar. Der Kläger habe jedoch die Bedürftigkeit seiner Ehefrau nicht hinreichend belegt. Der Aufenthaltswechsel der Tochter stelle keinen tauglichen Abänderungsgrund dar, weil er wegen der durchgängigen Barunterhaltspflicht des Klägers dessen Einkommensverhältnisse nicht beeinflusst habe.

13 Auf den Einwand, die Beklagte sei unterhaltsrechtlich zur Aufnahme einer vollschichtigen Tätigkeit verpflichtet, könne der Kläger seine Abänderungsklage nicht stützen, weil dieser Einwand nach § 323 Abs. 2 ZPO präkludiert sei. Abzustellen sei auf den Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vor dem Amts-

gericht im letzten Abänderungsverfahren. Der Auffassung, dass es auf die mündliche Verhandlung im Berufungsverfahren ankomme, wenn die Berufung erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung zurückgenommen werde, sei nicht zu folgen. Zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Amtsgericht am 4. Oktober 2006 habe bereits eine Obliegenheit der Beklagten zur vollschichtigen Erwerbstätigkeit bestanden. Die Tochter habe ihr 15. Lebensjahr schon im März 2005 beendet, sodass die Kindererziehung die Beklagte nicht mehr an der Aufnahme einer vollschichtigen Erwerbstätigkeit gehindert habe.

14 Der Befristungseinwand des Klägers greife hingegen durch. Eine Präklusion dieses Einwands sei nicht eingetreten. Es sei zu beachten, dass der Gesetzgeber die Befristung des nachehelichen Unterhalts neu geregelt habe. Eine nachträgliche Gesetzesänderung eröffne die Abänderungsklage, ohne dass es auf eine Veränderung der tatsächlichen Umstände ankomme. Die Übergangsregelung in § 36 Nr. 1 und 2 EGZPO stehe dem nicht entgegen. Die Auffassung, dass das Unterhaltsrechtsänderungsgesetz vom 21. Dezember 2007 insoweit keine neue Abänderungsmöglichkeit mehr eröffne, sei nicht überzeugend. Es sei unbillig, den Parteien im Nachhinein vorzuhalten, sie hätten bereits im Erstverfahren kurz vor der erwarteten und diskutierten Unterhaltsreform der Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs Rechnung tragen müssen.

15 Ein zeitlich unbegrenzter Unterhaltsanspruch sei unbillig. Ins Gewicht fallende ehebedingte Nachteile habe die Beklagte nicht erlitten. Sie habe nach der Trennung wieder halbschichtig in ihrem früheren Tätigkeitsbereich gearbeitet. Soweit sie sich beruflich umorientiert habe und damit gescheitert sei, falle dies nicht in den Verantwortungsbereich des Klägers. Vielmehr sei davon auszugehen, dass sie die halbschichtige Tätigkeit im Bürobereich mit zunehmendem

Alter des Kindes zu einer Vollzeittätigkeit habe aufstocken können. Ein Nachteil in der Altersversorgung sei zwar ausweislich des abzuändernden Urteils nicht durch den Versorgungsausgleich ausgeglichen worden, habe aber kein so erhebliches Gewicht, dass die Befristung ausgeschlossen wäre.

16 Die Ehe der Parteien habe bis zur Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags ca. acht Jahre und zwei Monate gedauert. Hinzu komme aber die Betreuung der Tochter bis zur Vollendung des 15. Lebensjahres. Ob diese Betreuung durch dritte Personen stattgefunden und die Tochter einen Ganztagskindergarten besucht habe, sei nicht entscheidend. Auf der anderen Seite habe der Kläger seit Januar 2001 nachehelichen Unterhalt gezahlt, sodass eine Befristung des Unterhalts bis Ende 2011 angemessen sei. Die Beklagte habe Gelegenheit gehabt, durch eine Verstärkung ihrer Erwerbsbemühungen eine Ausweitung ihrer Erwerbstätigkeit zu erreichen und ihren Lebenszuschnitt auf die veränderten Verhältnisse einzustellen. Die Befristung sei ihr auch nach § 36 Nr. 1 EGZPO zumutbar.

II.

17 Das hält einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

18 1. Die Zulässigkeit der Abänderungsklage richtet sich nach § 323 ZPO aF. Sie ist im vorliegenden Fall gegeben. Der Kläger hat sich zur Begründung der Abänderungsklage auf gesunkene Einkünfte berufen, ferner auf eine nach Wiederverheiratung hinzugekommene weitere Unterhaltspflicht gegenüber seiner Ehefrau. Bei beiden Umständen handelt es sich um neue Tatsachen, die nach dem vorausgegangenen Abänderungsverfahren eingetreten sind (vgl. Se-

natsurteile vom 29. September 2010 - XII ZR 205/08 - FamRZ 2010, 1884 Rn. 11 f. und vom 8. Juni 2011 - XII ZR 17/09 - FamRZ 2011, 1381 Rn. 16).

19 2. Das Berufungsgericht hat den Einwand der vollschichtigen Erwerbsobliegenheit für präkludiert gehalten. Dem kann nicht gefolgt werden. Solches stünde auch im Widerspruch zu seiner Ansicht, dass der Anspruch sich insgesamt aus § 1573 Abs. 2 BGB ergeben soll.

20 a) Nach der Rechtsprechung des Senats setzt der Anspruch auf Aufstockungsunterhalt voraus, dass der Unterhalt begehrende geschiedene Ehegatte eine vollschichtige angemessene Erwerbstätigkeit ausübt oder aber ausüben kann (Senatsurteile vom 10. November 2010 - XII ZR 197/08 - FamRZ 2011, 192 Rn. 16; vom 26. Oktober 2011 - XII ZR 162/09 - zur Veröffentlichung bestimmt - und vom 16. Dezember 1987 - IVb ZR 102/86 - FamRZ 1988, 265, 266). Demnach könnte sich der Unterhaltsanspruch aber nicht vollständig aus § 1573 Abs. 2 BGB ergeben, sondern zum Teil nur aus anderen Anspruchsgrundlagen.

21 b) Eine Präklusion des Einwands der vollschichtigen Erwerbsobliegenheit ist jedoch entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht eingetreten. Nach § 323 Abs. 2 ZPO (entsprechend § 238 Abs. 2 FamFG) kann die Klage nur auf Gründe gestützt werden, die nach Schluss der Tatsachenverhandlung des vorausgegangenen Verfahrens entstanden sind. Übereinstimmend mit der Auffassung des Berufungsgerichts kommt es hier auf den Schluss der mündlichen Verhandlung an, auf die das - letzte - Sachurteil ergangen ist (Senatsurteil vom 17. Mai 2000 - XII ZR 88/98 - FamRZ 2000, 1499). Die Verhandlung in der Berufungsinstanz ist nur dann maßgeblich, wenn das Berufungsgericht in der Sache entscheidet, nicht hingegen, wenn die Berufung - vor oder nach mündlicher Verhandlung - zurückgenommen wird. Durch die Berufungsrücknahme

wird der Schluss der mündlichen Verhandlung in der ersten Instanz wieder zum maßgebenden Zeitpunkt im Sinne von § 323 Abs. 2 ZPO (Senatsurteil BGHZ 96, 205, 211 = FamRZ 1986, 43, 44; aA OLG Zweibrücken FamRZ 1989, 304 unter unzutreffender Berufung auf das Senatsurteil vom 27. Januar 1988 - IVb ZR 14/87 - FamRZ 1988, 493).

22 Das Urteil kann nach der Rechtsprechung des Senats grundsätzlich auch das eine vorausgegangene Abänderungsklage abweisende Urteil sein. Nach der Rechtsprechung des Senats kann § 323 ZPO auch bei klageabweisenden Urteilen zur Anwendung kommen, wenn diese - im Rahmen der Überprüfung der ursprünglichen Prognose - die künftige Entwicklung der Verhältnisse vorausschauend berücksichtigen. Eine spätere Abänderungsklage stellt dann abermals die Geltendmachung einer von der (letzten) Prognose abweichenden Entwicklung der Verhältnisse dar, für die das Gesetz die Abänderungsklage vorsieht, um die (erneute) Anpassung an die veränderten Urteilsgrundlagen zu ermöglichen (vgl. Senatsurteile vom 20. Februar 2008 - XII ZR 101/05 - FamRZ 2008, 872, 873 und vom 28. März 2007 - XII ZR 163/04 - FamRZ 2007, 983, 984).

23 Die Präklusion geht dann aber nicht weiter als die Rechtskraftwirkung des Urteils, zu deren Ermittlung auch die Entscheidungsgründe heranzuziehen sind (vgl. Senatsurteile vom 20. Februar 2008 - XII ZR 101/05 - FamRZ 2008, 872, 873 und vom 3. November 2004 - XII ZR 120/02 - FamRZ 2005, 101, 102 f.). Im vorliegenden Fall hatte das Amtsgericht in dem die Abänderungsklage abweisenden früheren Urteil aber jedenfalls nach dem seinerzeit schon erfolgten Aufenthaltswechsel der Tochter einen Betreuungsunterhalt als nicht mehr geschuldet bezeichnet und eine Vollzeiterwerbsobliegenheit der Beklagten nicht in Frage gestellt. Es hat die Klage vielmehr abgewiesen, weil der Kläger das Vorbringen zu seinem Einkommen nicht an dem Ausgangsurteil des

Oberlandesgerichts ausgerichtet habe und die Klage daher unschlüssig sei. Es enthält somit keine aktualisierte, der Vollzeiterwerbstätigkeit entgegen stehende Prognoseentscheidung. Dementsprechend lässt sich dem Urteil auch nicht entnehmen, dass die Beklagte fortan etwa teilweise wegen Erwerbslosigkeit unterhaltsberechtigt sei, sodass sich keine Präklusion für den Kläger ergibt.

24 c) Aufgrund der unzutreffenden Annahme einer Präklusion hat sich für das Berufungsgericht die Frage eines teilweisen Unterhalts wegen Erwerbslosigkeit nach § 1573 Abs. 1 BGB nicht gestellt. Zwar sprechen seine Ausführungen zur Befristung des Unterhalts gegen einen solchen Anspruch und dürfte auch der Prozessvortrag der insoweit darlegungs- und beweispflichtigen Beklagten (vgl. Senatsurteil vom 31. Januar 1990 - XII ZR 36/89 - FamRZ 1990, 496, 497 mwN) nicht ausreichend sein. Da das Berufungsgericht indessen mit der fortgeschriebenen Unterhaltsberechnung von einer Obliegenheit zu einer nur teilschichtigen Erwerbstätigkeit ausgegangen ist, bestand für die Beklagte, auch wenn sie Bewerbungsunterlagen vorgelegt hat, insoweit keine Veranlassung zu einem eingehenden Sachvortrag, wozu ihr noch Gelegenheit gegeben werden muss.

25 Demnach mangelt es dem Berufungsurteil an für die Bestimmung des Unterhaltstatbestands notwendigen Feststellungen.

26 3. Die Ausführungen des Berufungsgerichts zum Bedarf nach § 1578 Abs. 1 BGB bleiben ebenfalls nicht frei von Bedenken, was zum Teil mit den bereits aufgezeigten Beanstandungen zusammenhängt.

27 a) Das Berufungsgericht hat übereinstimmend mit dem Amtsgericht den Vortrag des Klägers zu einem gegenüber dem Vorprozess gesunkenen Einkommen für nicht substantiiert und den Antrag auf Vernehmung des Steuerberaters als Ausforschungsbeweis für unzulässig gehalten.

28 Es entspricht im Ausgangspunkt der Rechtsprechung des Senats, dass Einkünfte aus selbstständiger Tätigkeit jedenfalls in dem Fall, dass den Unterhaltspflichtigen die Darlegungs- und Beweislast trifft, so detailliert darzulegen sind, dass eine Trennung von unterhaltsrechtlich beachtlichen und - etwa im Unterschied zum Einkommensteuerrecht - unbeachtlichen Positionen möglich ist (Senatsurteil vom 23. April 1980 - IVb ZR 510/80 - FamRZ 1980, 770 zur Leistungsfähigkeit nach § 59 EheG; Wendl/Dose Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis 8. Aufl. § 1 Rn. 44). Das gilt ebenfalls, wenn es sich um eine Abänderungsklage des Unterhaltspflichtigen handelt, und erst recht, wenn bereits der Ausgangstitel auf einer derart detaillierten Einkommensermittlung basiert, wie es hier der Fall ist. Auch dann ist der Kläger für eine Reduzierung seines Einkommens darlegungs- und beweisbelastet und kann die notwendige Darlegung nicht durch das Beweisangebot der Vernehmung eines Steuerberaters als Zeugen ersetzt werden (Wendl/Dose aaO § 1 Rn. 44 mwN).

29 Allerdings rügt die Anschlussrevision zu Recht, dass das Vorbringen des Klägers den vom Berufungsgericht gestellten Anforderungen jedenfalls teilweise genügt hat, ohne dass dies vom Berufungsgericht berücksichtigt worden ist. Die vom Berufungsgericht vermissten Geschäftsergebnisse des Handwerksbetriebs hat der Kläger ebenso wie die vereinbarte Gewinnbeteiligung (zunächst 35%, später 5%) durch Vorlage von Bescheinigungen seines Steuerberaters vorgetragen. Diese weisen die auf den Kläger entfallenden Gewinnanteile für die Geschäftsjahre 2005 bis 2007 aus und sind in der Berufungsinstanz ergänzt und teilweise erläutert worden. Insoweit hätte es zumindest eines - ggf. mit Auflagen verbundenen - gerichtlichen Hinweises bedurft, in welchen Punkten das Berufungsgericht weiteren Sachvortrag des Klägers erwartete. Die Begründung des amtsgerichtlichen Urteils ersetzte einen Hinweis nicht, schon weil der Kläger sein Vorbringen in der Berufungsinstanz nachgebessert hat.

30 b) Das vom Berufungsgericht aus dem Ausgangsurteil übernommene Einkommen der Beklagten kann nach dem oben zum Unterhaltstatbestand Ausgeführten nicht bestehen bleiben. Der Kläger ist aufgrund des vorausgegangenen Abänderungsverfahrens mit dem Einwand der weitergehenden Erwerbspflicht nicht präkludiert. Vielmehr ist die Beklagte sowohl für die Voraussetzungen des Unterhaltstatbestands als auch für ihre Bedürftigkeit darlegungs- und beweisbelastet. Sollte ein neben dem Aufstockungsunterhalt allein in Betracht kommender (Teil-)Anspruch der Beklagten aus § 1573 Abs. 1 BGB nicht bestehen, wäre anstelle der vom Berufungsgericht aus dem Vorprozess fortgeschriebenen Berechnung mit einem Einkommen der Beklagten aus teilschichtiger Tätigkeit ein fiktives Einkommen aus vollschichtiger Tätigkeit zugrunde zu legen.

31 4. Auch im Hinblick auf die unterhaltsrechtliche Leistungsfähigkeit des Klägers begegnet das Berufungsurteil durchgreifenden Bedenken.

32 Das Berufungsgericht ist im Ansatz zutreffend davon ausgegangen, dass das Hinzutreten eines weiteren Unterhaltsberechtigten grundsätzlich einen zu berücksichtigenden Abänderungsgrund darstellt. Indessen durfte es nicht ohne weiteres davon ausgehen, dass der Kläger die Bedürftigkeit seiner Ehefrau nicht hinreichend belegt habe.

33 Nach § 1581 Satz 1 BGB braucht der Verpflichtete, der nach seinen Erwerbs- und Vermögensverhältnissen unter Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen außerstande ist, ohne Gefährdung des eigenen angemessenen Unterhalts dem Berechtigten Unterhalt zu gewähren, nur insoweit Unterhalt zu leisten, als es mit Rücksicht auf die Bedürfnisse und die Erwerbs- und Vermögensverhältnisse der geschiedenen Ehegatten der Billigkeit entspricht.

34 Eine sonstige Verpflichtung in diesem Sinne ist auch eine weitere Unterhaltspflicht. Zwar darf nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bei der Bemessung des Bedarfs nach den ehelichen Lebensverhältnissen eine Unterhaltspflicht gegenüber einem nachfolgenden Ehegatten nicht berücksichtigt werden (BVerfG FamRZ 2011, 437). Darauf, dass die Unterhaltspflicht erst nach der Scheidung entstanden ist und sie mit der geschiedenen Ehe und deren Lebensverhältnissen nicht vereinbar ist, kommt es bei der Bestimmung der Leistungsfähigkeit aber nicht an. Allerdings muss es sich bei dem hinzugetretenen Unterhalt um eine dem Geschiedenenunterhalt zumindest gleichrangige Verpflichtung handeln (Senatsurteil vom 7. Dezember 2011 - XII ZR 151/09 - zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt). Ob der Unterhalt der heutigen Ehefrau dem der Beklagten nach § 1609 Nr. 2, 3 BGB gleich- oder vorrangig ist, ergibt sich aus den Feststellungen des Berufungsurteils nicht.

35 Die Darlegungs- und Beweislast für die Voraussetzungen des hinzugetretenen Unterhaltsanspruchs trägt der Unterhaltspflichtige (Senatsurteil vom 7. Dezember 2011 - XII ZR 151/09 - zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt), wovon auch das Berufungsgericht ausgegangen ist. Die Anschlussrevision beanstandet hingegen zu Recht, dass das Berufungsgericht die Bedürftigkeit der Ehefrau nicht für belegt gehalten hat. Der Vortrag des Klägers zum Einkommen der Ehefrau (zunächst Erwerbseinkommen, später Arbeitslosengeld) war aber ohne weiteres so zu verstehen, dass weitere Einkommensquellen nicht vorhanden sind. Das ergibt sich für ein mögliches Arbeitseinkommen schon aus den Voraussetzungen der Bewilligung von Arbeitslosengeld nach §§ 117 ff. SGB III. Für das Entstehen eines Unterhaltsanspruchs genügt es zudem, dass das Einkommen der Ehefrau unter dem des Klägers liegt (zur Beurteilung des konkurrierenden Unterhaltsanspruchs nach den für den nachehelichen Unterhalt geltenden Maßstäben s. Senatsurteile vom 7. Dezember 2011

- XII ZR 151/09 - zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt - und BGHZ 183, 197 = FamRZ 2010, 111 Rn. 46 ff.).

36 An der mangelnden Bedürftigkeit der Ehefrau hätte deren Unterhaltsanspruch demnach nur scheitern können, wenn diese außerhalb des Einkommens aus nicht selbstständiger Tätigkeit und Arbeitslosengeld über erhebliche weitere Einkünfte, etwa aus Kapitalvermögen verfügen würde (zur Behandlung des Unterhaltsanspruchs des neuen Ehegatten entsprechend den für den Geschiedenenunterhalt geltenden Maßstäben s. Senatsurteile vom 7. Dezember 2011 - XII ZR 151/09 - zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt - und BGHZ 183, 197 = FamRZ 2010, 111). Selbst wenn aber ein solches Verständnis nicht zwingend gewesen wäre, hätte das Berufungsgericht - wie die Anschlussrevision zutreffend rügt - nach § 139 Abs. 2 Satz 1 ZPO darauf hinweisen müssen, dass insoweit weiterer Vortrag des Klägers erforderlich sei.

37 Da das Berufungsgericht sowohl hinsichtlich des Unterhaltsrangs als auch bezüglich der Unterhaltsbedürftigkeit der heutigen Ehefrau keine ausreichenden Feststellungen getroffen hat, ist für die Revisionsinstanz zu unterstellen, dass diese unterhaltsbedürftig und ihr Unterhalt dem der Beklagten zumindest gleichrangig ist. In diesem Fall ist die hinzugetretene Unterhaltspflicht aber bei der Anpassung des Geschiedenenunterhalts unter dem Gesichtspunkt der eingeschränkten Leistungsfähigkeit des Klägers zu berücksichtigen (vgl. Senatsurteil vom 7. Dezember 2011 - XII ZR 151/09 - zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt).

38 5. a) Den Einwand der Befristung hat das Berufungsgericht nicht durch die Entscheidung im vorausgegangenen Abänderungsverfahren für ausgeschlossen gehalten und hat hier auf die seit 1. Januar 2008 geltende Gesetzeslage als Abänderungsgrund abgestellt. Das stimmt zwar nicht mit der - nach

dem Erlass des Berufungsurteils ergangenen - Rechtsprechung des Senats überein, erweist sich jedoch aus anderen Gründen als richtig.

39 Nach der Rechtsprechung des Senats ist allerdings mit der gesetzlichen Neuregelung zum 1. Januar 2008 im Hinblick auf die Befristung des Aufstockungsunterhalts keine materielle Rechtsänderung verbunden gewesen. Wurde ein Anspruch auf Aufstockungsunterhalt gemäß § 1573 Abs. 2 BGB nach Veröffentlichung des Senatsurteils vom 12. April 2006 (XII ZR 240/03 - FamRZ 2006, 1006) durch Urteil festgelegt, so ergibt sich weder aus der anschließenden Senatsrechtsprechung noch aus dem Inkrafttreten des § 1578 b BGB am 1. Januar 2008 eine wesentliche Änderung der rechtlichen Verhältnisse (Senatsurteile vom 29. September 2010 - XII ZR 205/08 - FamRZ 2010, 1884 Rn. 18 ff. und BGHZ 183, 197 = FamRZ 2010, 111). Das gilt auch dann, wenn aus der Ehe Kinder hervorgegangen sind, die von der Unterhaltsberechtigten betreut wurden (Senatsurteil vom 29. September 2010 - XII ZR 205/08 - FamRZ 2010, 1884 Rn. 30 ff.).

40 Die genannten Entscheidungen des Senats beziehen sich indessen zum einen auf Fälle, in denen die Gesetzesänderung als - im wesentlichen - einziger Abänderungsgrund angeführt wurde. Der vorliegende Fall liegt allerdings schon insofern anders, als es sich bei dem im Ausgangsverfahren zugesprochenen Unterhalt nicht ausschließlich um Aufstockungsunterhalt nach § 1573 Abs. 2 BGB handelte, sondern zum Teil um Betreuungsunterhalt nach § 1570 BGB, der einer Befristung nicht zugänglich war (zum Verhältnis von Herabsetzung und Befristung in Bezug auf die Präklusion vgl. Senatsurteil vom 23. November 2011 - XII ZR 47/10 - zur Veröffentlichung bestimmt). Durch die Abweisung der zwischenzeitlichen Abänderungsklage im Jahr 2006 ist insoweit keine neue Grundlage geschaffen worden, weil das Urteil des Amtsgerichts - wie oben näher begründet worden ist - insoweit keine Rechtskraftwirkung entfaltet hat.

41 Demnach haben sich hier andere wesentliche Umstände verändert, die eine Neubewertung der Befristung nach § 1578 b BGB erfordern. Auch die Wiederverheiratung des Klägers kann in diesem Zusammenhang Berücksichtigung finden, wenn sie nicht bereits im Rahmen der Neubemessung der Leistungsfähigkeit Niederschlag gefunden hat (vgl. BVerfG FamRZ 2011, 437 Rn. 20; Senatsurteil vom 30. März 2011 - XII ZR 63/09 - FamRZ 2011, 875 Rn. 23).

42 b) Ob die Befristung und die hierfür angeführten Erwägungen, welche von der Revision nicht angegriffen worden sind, in der Sache Bestand haben, hängt indessen von den noch nachzuholenden Feststellungen zum Unterhaltstatbestand ab (vgl. Senatsurteil vom 27. Mai 2009 - XII ZR 78/08 - FamRZ 2009, 1300 Rn. 42, 62).

III.

43 Das Berufungsurteil ist demnach aufzuheben. Der Senat ist wegen der noch nachzuholenden Feststellungen nicht in der Lage, in der Sache abschließend zu entscheiden.

Hahne Dose Klinkhammer

Günter Nedden-Boeger

Vorinstanzen:
AG Trier, Entscheidung vom 04.03.2009 - 9 F 432/08 -
OLG Koblenz, Entscheidung vom 30.09.2009 - 9 UF 230/09 -