BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XII ZR 3/09

Verkündet am:
30. März 2011
Küpferle,
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in der Familiensache

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB §§ 1570, 1579

a) Im Rahmen der Billigkeitsentscheidung über eine Verlängerung des Betreuungsunterhalts aus kindbezogenen Gründen nach § 1570 Abs. 1 Satz 2 und 3 BGB ist stets zunächst der individuelle Umstand zu prüfen, ob und in welchem Umfang die Kindesbetreuung auf andere Weise gesichert ist oder in kindgerechten Betreuungseinrichtungen gesichert werden könnte. Ein Altersphasenmodell, das bei der Frage der Verlängerung des Betreuungsunterhalts aus kindbezogenen Gründen allein oder wesentlich auf das Alter des Kindes, etwa während der Kindergarten- und Grundschulzeit, abstellt, wird diesen Anforderungen nicht gerecht (im Anschluss an das Senatsurteil vom 15. September 2010 - XII ZR 20/09 - FamRZ 2010, 1880).

b) Zur Verwirkung des nachehelichen Betreuungsunterhalts nach § 1579 BGB.

BGH, Urteil vom 30. März 2011 - XII ZR 3/09 - OLG Schleswig
AG Reinbek

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 30. März 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 Antragstellers wird das Urteil des 2. Senats für Familiensachen des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts in Schleswig vom 3. Dezember 2008 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 nachehelichen Unterhalt.

2 Der 1971 geborene Antragsteller und die 1967 geborene Antragsgegnerin hatten im Januar 2002 geheiratet. Im Februar 2002 wurde der gemeinsame Sohn geboren. Im Januar 2005 trennten sich die Parteien. Auf den im Februar 2006 zugestellten Scheidungsantrag wurde die Ehe der Parteien mit Verbundurteil geschieden, das hinsichtlich des Scheidungsausspruchs seit dem 29. August 2008 rechtskräftig ist.

3 Die Antragsgegnerin betreute während der Ehezeit den gemeinsamen Sohn und betrieb in der Ehewohnung ein Nagelstudio. Seit der Trennung ist sie in diesem Beruf fünf bis sechs Stunden täglich erwerbstätig, erzielt aber nur sehr geringe Einkünfte. Der gemeinsame Sohn wird seit der Trennung überwiegend von der Antragsgegnerin betreut. Seit September 2008 besucht er die Grundschule und an zwei Tagen wöchentlich anschließend bis 15.00 Uhr einen Kinderhort. Der Schulhort bietet eine werktägliche Betreuung bis mindestens 17.00 Uhr an. Die Instanzgerichte haben der Antragsgegnerin auf der Grundlage einer etwa fünfstündigen täglichen Erwerbspflicht ein aus abhängiger Erwerbstätigkeit erzielbares Nettoeinkommen in Höhe von 790 € zugerechnet.

4 Der Antragsteller war während der Ehezeit in Vollzeit erwerbstätig und hatte im Jahr 2004 ein Bruttoeinkommen in Höhe von 45.080,80 € erzielt. Nach der Trennung reduzierte er seine Arbeitszeit ab April 2005 auf 25 Stunden pro Woche. Seitdem erzielt er nur noch Nettoeinkünfte in Höhe von monatlich 1.381,25 €. Über sein Vermögen wurde am 21. August 2008 die Verbraucherinsolvenz eröffnet.

5 Das Amtsgericht hat den Antragsteller verurteilt, an die Antragsgegnerin nachehelichen Unterhalt in Höhe von monatlich 463 € zu zahlen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Antragstellers, mit der er einen Wegfall seiner Unterhaltspflicht erstrebte, zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die vom Oberlandesgericht zugelassene Revision des Antragstellers, mit der er sein Begehren weiterverfolgt.

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

Entscheidungsgründe:

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

7 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 197/10 - FamRZ 2011, 100).

I.

8 Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Antragstellers zurückgewiesen, weil der Antragsgegnerin ein Anspruch auf nachehelichen Unterhalt in der vom Amtsgericht zugesprochenen Höhe zustehe. Der erst nach Insolvenzeröffnung fällig gewordene nacheheliche Unterhalt könne nach § 40 InsO nicht im Insolvenzverfahren, sondern nur im Wege der Klage geltend gemacht werden.

9 Der Antragsgegnerin stehe gegen den Antragsteller ein Unterhaltsanspruch nach den §§ 1570, 1573 Abs. 2 BGB zu. Der gemeinsame Sohn sei sechs Jahre alt und befinde sich in der ersten Grundschulklasse. Er werde an zwei Nachmittagen pro Woche bis 15.00 Uhr in einem Kinderhort betreut. Während der weiteren Zeit bedürfe er selbstverständlich weiter der Betreuung durch jedenfalls einen Elternteil. Kinder im Kindergarten- und Grundschulalter benötigten eine 24-Stunden-Betreuung und könnten noch nicht stundenweise unbeaufsichtigt allein zu Haus gelassen werden. Der berufstätige und betreuende und damit doppelt belastete Elternteil müsse das Kind umfassend versorgen und ihm gerade bei einer Betreuung in öffentlichen Einrichtungen noch in erhebli-

chem Umfang persönliche Zuwendung und Zuspruch geben. Das sei für eine gedeihliche Entwicklung des Kindes unabdingbar. Auch in den Schulferien müsse der gemeinsame Sohn ganztätig betreut werden. Eine solche Betreuung lasse sich auch unter Berücksichtigung der schulischen Betreuungsmöglichkeiten nicht ohne weiteres neben einer Vollzeitbeschäftigung leisten. Wenn das Amtsgericht für die Antragsgegnerin eine Obliegenheit zu einer etwa halbschichtigen Erwerbstätigkeit angenommen habe, sei das nicht zu beanstanden und bewege sich bereits an der Grenze des Zumutbaren. Eine vollschichtige Tätigkeit könne von der Antragsgegnerin derzeit nicht verlangt werden.

10 Die Höhe des zuerkannten Unterhaltsanspruchs sei nicht zu beanstanden. Nach den Grundsätzen über eine leichtfertig herbeigeführte Einkommensminderung sei dem Antragsteller unterhaltsrechtlich vorzuwerfen, dass er nach der Trennung der Parteien seine Arbeitszeit auf 25 Wochenstunden verringert und die Reduzierung nicht alsbald wieder rückgängig gemacht habe, nachdem der Sorgerechtsstreit um den gemeinsamen Sohn zugunsten der Antragsgegnerin ausgegangen sei. Es sei deswegen nicht zu beanstanden, dass bei der Beurteilung der Leistungsfähigkeit nicht allein auf das tatsächliche Vermögen und Einkommen des Verpflichteten, sondern auch auf dessen Arbeits- und Erwerbsfähigkeit abgestellt werde. Die Zurechnung fiktiver Einkünfte habe neben fehlenden subjektiven Erwerbsbemühungen des Unterhaltsschuldners objektiv zur Voraussetzung, dass die zur Erfüllung der Unterhaltspflicht erforderlichen Einkünfte durch den Unterhaltspflichtigen überhaupt erzielbar seien, was von seinen persönlichen Voraussetzungen abhänge. Die vom Amtsgericht berücksichtigten Einkünfte seien für den Antragsteller objektiv erzielbar, denn solche habe er bei seinem jetzigen Arbeitgeber bereits erzielt. Zu berücksichtigen sei insbesondere, dass der Antragsteller seine Arbeitszeit erst nach der Trennung Anfang 2005 reduziert habe. Er habe zwar behauptet, seine Arbeitszeit bei seinem derzeitigen Arbeitgeber nicht wieder ausweiten zu können. Er habe nicht

konkret angegeben, warum dies nicht möglich sein solle und auch nicht dargelegt, dies überhaupt nachhaltig versucht zu haben. Unterhaltsrechtlich sei der Antragsteller verpflichtet, sich nach Kräften um eine Vollzeitstelle in seinem bisherigen Tätigkeitsbereich zu bemühen. Wenn dies bei seinem Arbeitgeber nicht möglich sei, müsse er sich an anderer Stelle um eine entsprechende Tätigkeit bewerben. Der Antragsteller habe im Hinblick auf seine erworbenen Spezialkenntnisse auch eine reale Beschäftigungschance bei anderen Arbeitgebern. Für die Antragsgegnerin sei das Amtsgericht zu Recht von einem erzielbaren Nettoeinkommen in Höhe von 790 € ausgegangen.

11 Der Unterhaltsanspruch sei nicht nach § 1579 BGB verwirkt. Voraussetzung einer Verwirkung nach § 1579 Nr. 2 BGB sei, dass der Unterhaltsberechtigte eine neue verfestigte Lebensgemeinschaft eingegangen sei. Das stehe hier indes nicht fest, selbst wenn die Antragsgegnerin ihren Freund hin und wieder an den Wochenenden treffe oder sie mit ihm gemeinsame Urlaubsreisen unternehme. Im Rahmen der Billigkeitsentscheidung nach § 1579 BGB seien auch die Belange des gemeinsamen Kindes zu berücksichtigen. Etwaige Zahlungen des Freundes an die Antragsgegnerin seien unerheblich, weil es sich dabei um freiwillige Leistungen eines Dritten handle.

12 Eine Verwirkung nach § 1579 Nr. 1 BGB scheide aus, weil die Ehe nicht von kurzer Dauer sei. Bei einer Ehedauer von drei Jahren bis zur Trennung seien diese Voraussetzungen nicht gegeben, ohne dass es darauf ankomme, ob auf den Zeitpunkt der Trennung oder der Zustellung des Scheidungsantrags abzustellen sei.

13 Auch eine Verwirkung nach § 1579 Nr. 7 BGB scheide aus, weil dessen Voraussetzungen vom unterhaltspflichtigen Antragsteller nicht vorgetragen sei-

en. Seine pauschale Behauptung, die Antragsgegnerin habe ein Verhältnis mit ihrem Freund, sei insoweit unerheblich.

14 Eine Verwirkung nach § 1579 Nr. 8 BGB scheide aus, weil sich aus dem pauschalen Vortrag des Antragstellers, die Antragsgegnerin habe ihn im Zusammenhang mit steuerlichen Nacherklärungen finanziell in den Ruin getrieben, kein allein beim Unterhaltsberechtigten liegendes, offensichtlich schwerwiegendes Fehlverhalten im Sinne dieser Norm ergebe.

15 Eine zeitliche Begrenzung des Unterhalts nach § 1578 b BGB scheide aus, weil in Bezug auf die Betreuungsbedürftigkeit des gemeinsamen Sohnes noch keine sichere Prognose auf die weitere Entwicklung möglich sei.

II.

16 Diese Ausführungen des Berufungsgerichts halten den Angriffen der Revision nicht in allen Punkten stand.

17 1. Aus revisionsrechtlicher Sicht bestehen allerdings keine Bedenken dagegen, dass das Berufungsgericht der Antragsgegnerin einen Unterhaltsanspruch für die Zeit ab Rechtskraft der Ehescheidung zugesprochen hat. Denn in diesem Zeitpunkt war die Verbraucherinsolvenz bereits eröffnet. Der nacheheliche Unterhalt umfasst somit keine Unterhaltsrückstände im Sinne des § 40 InsO, sondern nur laufenden Unterhalt nach Eröffnung der Verbraucherinsolvenz, der im Unterhaltsverfahren geltend zu machen ist (vgl. Senatsurteil vom 31. Oktober 2007 - XII ZR 112/05 - FamRZ 2008, 137 Rn. 21 ff.).

18 2. Wie das Berufungsgericht im Ansatz zutreffend erkennt, hat der Gesetzgeber mit der Neuregelung des § 1570 BGB den nachehelichen Betreu-

ungsunterhalt grundlegend umgestaltet. Er hat einen auf drei Jahre befristeten Basisunterhalt eingeführt, der aus Gründen der Billigkeit verlängert werden kann (BT-Drucks. 16/6980 S. 8 f.). Im Rahmen dieser Billigkeitsentscheidung sind nach dem Willen des Gesetzgebers kind- und elternbezogene Verlängerungsgründe zu berücksichtigen. Obwohl der Betreuungsunterhalt nach § 1570 BGB als Unterhaltsanspruch des geschiedenen Ehegatten ausgestaltet ist, wird er vor allen Dingen im Interesse des Kindes gewährt, um dessen Betreuung und Erziehung sicherzustellen (BT-Drucks. 16/6980 S. 9; Senatsurteile BGHZ 180, 170 = FamRZ 2009, 770 Rn. 19 und vom 15. September 2010 - XII ZR 20/09 - FamRZ 2010, 1880 Rn. 18).

19 a) In den ersten drei Lebensjahren des Kindes kann der betreuende Elternteil frei entscheiden, ob er das Kind selbst erziehen oder eine andere Betreuungsmöglichkeit in Anspruch nehmen will. Er kann in dieser Zeit auch eine bereits begonnene Erwerbstätigkeit jederzeit wieder aufgeben. Erzielt er in dieser Zeit allerdings eigene Einkünfte, bleiben diese nicht als überobligatorisch völlig unberücksichtigt, sondern sind nach den Umständen des Einzelfalles anteilig zu berücksichtigen (Senatsurteile BGHZ 180, 170 = FamRZ 2009, 770 Rn. 20 f. und BGHZ 162, 384, 391 ff. = FamRZ 2005, 1154, 1156 f.).

20 b) Für die Zeit ab Vollendung des dritten Lebensjahres steht dem betreuenden Elternteil nach der gesetzlichen Neuregelung nur noch dann ein fortdauernder Anspruch auf Betreuungsunterhalt zu, wenn dies der Billigkeit entspricht (§ 1570 Abs. 1 Satz 2 BGB). Damit verlangt die Neuregelung allerdings regelmäßig keinen abrupten Wechsel von der elterlichen Betreuung zu einer Vollzeiterwerbstätigkeit (BT-Drucks. 16/6980 S. 9). Nach Maßgabe der im Gesetz genannten kindbezogenen (§ 1570 Abs. 1 Satz 3 BGB) und elternbezogenen (§ 1570 Abs. 2 BGB) Gründe ist auch nach dem neuen Unterhaltsrecht ein gestufter Übergang bis hin zu einer Vollzeiterwerbstätigkeit möglich (Senatsurteile

BGHZ 180, 170 = FamRZ 2009, 770 Rn. 20 und vom 15. September 2010 - XII ZR 20/09 - FamRZ 2010, 1880 Rn. 20).

21 Zugleich hat der Gesetzgeber mit der gesetzlichen Neuregelung des § 1570 BGB dem unterhaltsberechtigten Elternteil die Darlegungs- und Beweislast für die Voraussetzungen einer Verlängerung des Betreuungsunterhalts über die Dauer von drei Jahren hinaus auferlegt. Kind- oder elternbezogene Gründe, die zu einer Verlängerung des Betreuungsunterhalts über die Vollendung des dritten Lebensjahres hinaus aus Gründen der Billigkeit führen könnten, sind deswegen vom Unterhaltsberechtigten darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen (Senatsurteile BGHZ 180, 170 = FamRZ 2009, 770 Rn. 23 und BGHZ 177, 272 = FamRZ 2008, 1739 Rn. 97).

22 Soweit in Rechtsprechung und Literatur auch zu der seit dem 1. Januar 2008 geltenden Fassung des § 1570 BGB abweichende Auffassungen vertreten wurden, die an das frühere Altersphasenmodell anknüpften und eine Verlängerung des Betreuungsunterhalts allein vom Kindesalter abhängig machten, sind diese im Hinblick auf den eindeutigen Willen des Gesetzgebers nicht haltbar (Senatsurteil BGHZ 180, 170 = FamRZ 2009, 770 Rn. 28). Die Betreuungsbedürftigkeit ist vielmehr nach den individuellen Verhältnissen zu ermitteln. Nur wenn das betroffene Kind einen Entwicklungsstand erreicht hat, in dem es unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles zeitweise sich selbst überlassen bleiben kann, kommt es aus kindbezogenen Gründen insoweit nicht mehr auf eine vorrangig zu prüfende Betreuungsmöglichkeit in einer kindgerechten Einrichtung an (Senatsurteile vom 15. September 2010 - XII ZR 20/09 - FamRZ 2010, 1880 Rn. 22 und vom 6. Mai 2009 - XII ZR 114/08 - FamRZ 2009, 1124 Rn. 33).

23 (1) Kindbezogene Gründe für eine Verlängerung des Betreuungsunterhalts nach Billigkeit entfalten im Rahmen der Billigkeitsentscheidung das stärkste Gewicht und sind deswegen stets vorrangig zu prüfen (BT-Drucks. 16/6980 S. 9; Senatsurteile vom 15. September 2010 - XII ZR 20/09 - FamRZ 2010, 1880 Rn. 23; vom 6. Mai 2009 - XII ZR 114/08 - FamRZ 2009, 1124 Rn. 28 und BGHZ 180, 170 = FamRZ 2009, 770 Rn. 24).

24 Allerdings hat der Gesetzgeber mit der Neuregelung des Betreuungsunterhalts zum 1. Januar 2008 für Kinder ab Vollendung des dritten Lebensjahres grundsätzlich den Vorrang der persönlichen Betreuung gegenüber anderen kindgerechten Betreuungsmöglichkeiten aufgegeben. In dem Umfang, in dem das Kind nach Vollendung des dritten Lebensjahres eine kindgerechte Einrichtung besucht oder unter Berücksichtigung der individuellen Verhältnisse besuchen könnte, kann sich der betreuende Elternteil also nicht mehr auf die Notwendigkeit einer persönlichen Betreuung des Kindes und somit nicht mehr auf kindbezogene Verlängerungsgründe im Sinne von § 1570 Abs. 1 Satz 3 BGB berufen. Das gilt sowohl für den rein zeitlichen Aspekt der Betreuung als auch für den sachlichen Umfang der Betreuung in einer kindgerechten Einrichtung (Senatsurteile vom 15. September 2010 - XII ZR 20/09 - FamRZ 2010, 1880 Rn. 24; vom 17. Juni 2009 - XII ZR 102/08 - FamRZ 2009, 1391 Rn. 22 f. und BGHZ 180, 170 = FamRZ 2009, 770 Rn. 25).

25 (2) Die Berücksichtigung elternbezogener Gründe für eine Verlängerung des Betreuungsunterhalts ist hingegen Ausdruck der nachehelichen Solidarität. Maßgeblich ist dabei das in der Ehe gewachsene Vertrauen in die praktizierte Rollenverteilung und die gemeinsame Ausgestaltung der Betreuung (BT-Drucks. 16/6980 S. 9). Das Vertrauen des unterhaltsberechtigten Ehegatten gewinnt bei längerer Ehedauer oder bei Aufgabe der Erwerbstätigkeit zur Erziehung gemeinsamer Kinder weiter an Bedeutung (§ 1570 Abs. 2 BGB). Die aus-

geübte oder verlangte Erwerbstätigkeit des betreuenden Elternteils darf neben dem nach der Erziehung und Betreuung in einer Tageseinrichtung verbleibenden Anteil der persönlichen Betreuung nicht zu einer überobligatorischen Belastung des betreuenden Elternteils führen (Senatsurteile vom 17. Juni 2009 - XII ZR 102/08 - FamRZ 2009, 1391 Rn. 32 und BGHZ 177, 272 = FamRZ 2009, 1739 Rn. 103). Unter Berücksichtigung des konkreten Betreuungsbedarfs ist dann eine Prüfung geboten, ob und in welchem Umfang die Erwerbsobliegenheit des unterhaltsberechtigten Elternteils auch während der Zeit der möglichen Betreuung des Kindes in einer kindgerechten Einrichtung eingeschränkt ist (Senatsurteile vom 15. September 2010 - XII ZR 20/09 - FamRZ 2010, 1880; vom 6. Mai 2009 - XII ZR 114/08 - FamRZ 2009, 1124 Rn. 37 und BGHZ 180, 170 = FamRZ 2009, 770 Rn. 32).

26 3. Diesen gesetzlichen Vorgaben trägt das Berufungsurteil nicht hinreichend Rechnung.

27 a) Das Berufungsgericht ist im Rahmen seiner Billigkeitsentscheidung zur Erwerbspflicht der Antragsgegnerin davon ausgegangen, dass der gemeinsame Sohn seit Beginn des Unterhaltszeitraums die Grundschule besucht und an zwei Tagen wöchentlich bis 15.00 Uhr im Kinderhort betreut wird. Dabei lässt es unberücksichtigt, dass der Schulhort nach den weiteren Feststellungen eine werktägliche Betreuung bis mindestens 17.00 Uhr anbietet. Weil der Gesetzgeber mit der Neuregelung des § 1570 BGB zum 1. Januar 2008 für Kinder ab Vollendung des dritten Lebensjahres den Vorrang der persönlichen Betreuung durch die Eltern aufgegeben hat, hätte das Oberlandesgericht auch die bestehende Betreuungsmöglichkeit berücksichtigen müssen. Individuelle Umstände, die einer Betreuung im Schulhort in dem dort angebotenen Umfang entgegenstehen, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Ein persönlicher Betreu-

ungsbedarf des gemeinschaftlichen Kindes steht deswegen einer vollschichtigen Erwerbstätigkeit der Antragsgegnerin nicht entgegen.

28 b) Eine Verlängerung des Betreuungsunterhalts aus Vertrauensgesichtspunkten kommt nur in Betracht, wenn der betreuende Elternteil das Kind neben der Betreuung in der Schule oder in weiteren kindgerechten Einrichtungen tatsächlich persönlich betreuen muss (Senatsurteil vom 21. April 2010 - XII ZR 134/08 - FamRZ 2010, 1050 Rn. 32). Dann ist allerdings auch zu prüfen, ob der betreuende Elternteil durch seine Erwerbstätigkeit und den verbleibenden Teil der persönlichen Betreuung überobligationsmäßig belastet wird (Senatsurteile vom 15. September 2010 - XII ZR 20/09 - FamRZ 2010, 1880 Rn. 30 und BGHZ 177, 272 = FamRZ 2008, 1739 Rn. 103 f.).

29 Tragfähige Umstände, die eine Verlängerung des Betreuungsunterhalts aus diesen Gründen rechtfertigen könnten, hat das Oberlandesgericht nicht festgestellt. Zwar hat es ausgeführt, dass ein Kind im Kindergarten- und Grundschulalter ständiger Betreuung bedürfe und auch nicht stundenweise unbeaufsichtigt bleiben könne. Der berufstätige und zugleich betreuende Elternteil sei damit doppelt belastet, weil er das Kind umfassend versorgen und ihm gerade bei einer Betreuung in öffentlichen Einrichtungen im Interesse des Kindeswohls persönliche Zuwendung und Zuspruch gewähren müsse. Diese Erwägungen berücksichtigen schon nicht hinreichend, dass der gemeinsame Sohn an allen Werktagen nach der Schule bis mindestens 17.00 Uhr im Schulhort betreut werden könnte und eine Betreuung durch die Antragsgegnerin in dieser Zeit ausscheidet. Zudem stellt das Oberlandesgericht entgegen der Rechtsprechung des Senats im Wesentlichen auf das Grundschulalter des gemeinsamen Sohnes ab und lässt individuelle Umstände zum Betreuungsumfang und zu einer überobligatorischen Belastung vermissen. Eine solche Auffassung ist nach ständiger Rechtsprechung des Senats auf der Grundlage der gesetzlichen Neu-

regelung nicht haltbar (Senatsurteile vom 15. September 2010 - XII ZR 20/09 - FamRZ 2010, 1880 Rn. 22 und BGHZ 180, 170 = FamRZ 2009, 770 Rn. 28, 35). Die Entscheidung kann schon deswegen keinen Bestand haben.

30 Zwar weist die Antragsgegnerin zutreffend darauf hin, dass auch die gesetzliche Neuregelung zum Betreuungsunterhalt bei Vollendung des dritten Lebensjahres keinen abrupten Wechsel auf eine vollzeitige Erwerbstätigkeit verlangt. In welchem Umfang die Erwerbsfähigkeit des betreuenden Elternteils auch für die Folgezeit noch eingeschränkt ist, kann sich aber nur aus individuellen Umständen ergeben, für die der Unterhaltsberechtigte darlegungs- und beweisbelastet ist (vgl. Senatsurteil vom 13. Januar 2010 - XII ZR 123/08 - FamRZ 2010, 444 Rn. 26 ff.). Der Ausübung des Umgangsrechts durch den Antragsteller hat das Oberlandesgericht insoweit allerdings zu Recht keine besondere Bedeutung beigemessen. Denn weil er grundsätzlich vollschichtig erwerbspflichtig ist, wird es dem Antragsteller nicht auf Dauer möglich sein, die Antragsgegnerin auch an Werktagen von der weiteren Betreuung des gemeinsamen Sohnes zu entlasten.

31 4. Das Berufungsurteil ist deswegen aufzuheben. Das Verfahren ist zur weiteren Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, damit es die gebotenen individuellen Feststellungen für die Billigkeitsabwägung treffen kann.

III.

32 Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

33 1. Zu Recht hat das Oberlandesgericht dem Antragsteller ein fiktives Einkommen aus seiner ursprünglich ausgeübten vollschichtigen Erwerbstätigkeit

zugerechnet. Nach ständiger Rechtsprechung des Senats ist im Rahmen der Unterhaltsbemessung nach § 1578 Abs. 1 Satz 1 und der Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners nach § 1581 BGB neben den tatsächlich erzielten Einkünften auch die Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners zu berücksichtigen (Wendl/Dose, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis 7. Aufl. § 1 Rn. 487 ff.). Dies ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts mit dem Grundgesetz vereinbar (BVerfGE 68, 256 = FamRZ 1985, 143, 145 f.). Im vorliegenden Fall besteht der Vorwurf eines unterhaltsrechtlich leichtfertigen Verhaltens allerdings nicht allein darin, dass der Antragsteller sich nicht hinreichend um eine neue vollschichtige Erwerbstätigkeit bemüht hat. Gibt der Unterhaltspflichtige - wie hier - seine vollschichtige Erwerbstätigkeit nach der Trennung der Parteien freiwillig auf, ist er grundsätzlich so zu behandeln, als ob er das zuvor erzielte Einkommen weiter erhält. Gegen die fortdauernde Zurechnung dieses Einkommens kann er sich nur mit dem Einwand zur Wehr setzen, dass er die frühere Arbeitsstelle auch aus anderen Gründen verloren hätte oder das im Rahmen dieser Tätigkeit zuvor erzielte Einkommen auch sonst nicht mehr erzielen würde (Senatsurteil vom 20. Februar 2008 - XII ZR 101/05 - FamRZ 2008, 872 Rn. 19 ff). Einen solchen Vortrag des Antragstellers hat das Oberlandesgericht nicht festgestellt. Dies wird auch von der Revision nicht konkret gerügt.

34 2. Soweit das Berufungsgericht eine Herabsetzung oder Befristung des Betreuungsunterhalts angelehnt hat, ist dies aus revisionsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden.

35 Eine Befristung des nachehelichen Betreuungsunterhalts nach § 1578 b Abs. 2 BGB scheidet schon deswegen aus, weil § 1570 BGB in der seit dem 1. Januar 2008 geltenden Fassung insoweit eine Sonderregelung für die Billigkeitsabwägung enthält. Nach Vollendung des dritten Lebensjahres steht dem

betreuenden Elternteil nur noch Betreuungsunterhalt nach Billigkeit zu (§ 1570 Abs. 1 Satz 2 BGB). Im Rahmen dieser Billigkeitsabwägung sind bereits alle kind- und elternbezogenen Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen. Wenn sie zu dem Ergebnis führt, dass der Betreuungsunterhalt über die Vollendung des dritten Lebensjahres hinaus wenigstens teilweise fortdauert, können dieselben Gründe nicht zu einer Befristung im Rahmen der Billigkeit nach § 1578 b BGB führen (Senatsurteile vom 15. September 2010 - XII ZR 20/09 - FamRZ 2010, 1880 Rn. 33; vom 6. Mai 2009 - XII ZR 114/08 - FamRZ 2009, 1124 Rn. 55 und BGHZ 180, 170 = FamRZ 2009, 770 Rn. 42 mwN).

36 Auch eine Begrenzung des Betreuungsunterhalts der Antragsgegnerin nach § 1578 b Abs. 1 BGB hat das Berufungsgericht hier zu Recht abgelehnt. Zwar ist eine solche Begrenzung grundsätzlich auch dann möglich, wenn wegen der noch fortdauernden Kindesbetreuung eine Befristung des Betreuungsunterhalts entfällt. Insbesondere in Fällen, in denen der Unterhaltsbedarf nach den ehelichen Lebensverhältnissen gemäß § 1578 Abs. 1 Satz 1 BGB erheblich über den angemessenen Unterhalt nach der eigenen Lebensstellung des Unterhaltsberechtigten hinausgeht, kommt eine Kürzung auf den eigenen angemessenen Unterhalt in Betracht (Senatsurteil vom 15. September 2010 - XII ZR 20/09 - FamRZ 2010, 1880 mwN). Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor, weil die Instanzgerichte der Antragsgegnerin, deren Einkommen aus halbschichtiger Erwerbstätigkeit 790 € betrüge, lediglich weiteren Unterhalt in Höhe von 463 € zugesprochen haben.

37 3. Auch soweit das Oberlandesgericht eine Verwirkung des Unterhaltsanspruchs nach § 1579 Nr. 1 BGB abgelehnt hat, hält sich dies im Rahmen der Rechtsprechung des Senats und ist aus revisionsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden. Zwar lässt sich für die Bemessung der Ehedauer im Sinne des § 1579 Nr. 1 BGB keine feste Grenze ziehen. Gleichwohl hat der Senat im Inte-

resse der praktischen Handhabung des § 1579 Nr. 1 BGB die zeitlichen Bereiche, innerhalb derer eine Ehe in der Regel von kurzer oder nicht mehr von kurzer Dauer ist, dahin konkretisiert, dass eine nicht mehr als zwei Jahre betragende Ehedauer in der Regel als kurz, eine solche von mehr als drei Jahren hingegen nicht mehr als kurz zu bezeichnen ist, wobei es auf die Zeit von der Heirat bis zur Zustellung des Scheidungsantrags ankommt (Senatsurteil vom 27. Januar 1999 - XII ZR 89/97 - FamRZ 1999, 710, 711 f.). Der Senat hat aber stets darauf hingewiesen, dass dies nur für den Regelfall gilt und Ausnahmen nicht ausschließt, sofern sie wegen besonderer Umstände eines Einzelfalles eine andere Beurteilung der kurzen Ehedauer gemäß § 1579 Abs. 1 Nr. 1 BGB geboten erscheinen lassen.

38 Hier waren von der Heirat im Januar 2002 bis zur Zustellung des Scheidungsantrags im Februar 2006 mehr als vier Jahre vergangen, was einer kurzen Ehedauer grundsätzlich entgegensteht. Besondere Umstände, die eine abweichende Beurteilung des Einzelfalles rechtfertigen könnten, hat das Oberlandesgericht nicht festgestellt.

39 4. Im Ansatz zutreffend hat das Oberlandesgericht ausgeführt, dass eine Verwirkung nach § 1579 Nr. 2 BGB eine länger dauernde Beziehung des Unterhaltsberechtigten zu einem anderen Partner voraussetzt, die sich in einem solchen Maße verfestigt hat, dass sie als eheähnlich anzusehen ist (Senatsurteile BGHZ 157, 395 = FamRZ 2004, 614, 616 und BGHZ 150, 209 = FamRZ 2002, 810, 811 f., jeweils zur früheren Vorschrift des § 1579 Nr. 7 BGB). Dem kann trotz eines länger dauernden Verhältnisses zu einem neuen Partner entgegenstehen, dass die Lebensbereiche getrennt gehalten werden und die Beziehung damit bewusst auf Distanz angelegt ist (Senatsurteil vom 24. Oktober 2001 - XII ZR 284/99 - FamRZ 2002, 23, 25 m. Anm. Schwab FamRZ 2002, 92 f.). Das Oberlandesgericht ist auf der Grundlage des für glaubhaft erachteten

Vorbringens der Ehefrau nicht von einer verfestigten Lebensgemeinschaft ausgegangen. Dabei hat es den für den substantiierten Vortrag des Antragstellers angebotenen Beweis durch Vernehmung des Zeugen H. allerdings nicht erhoben, wie die Revision zu Recht rügt. Zwar weist es insoweit zutreffend darauf hin, dass die von dem Antragsteller behaupteten regelmäßigen Zahlungen des benannten Zeugen als freiwillige Leistungen Dritter bei der Bemessung des Unterhalts unberücksichtigt bleiben. Bei der Frage, ob und in welchem Umfang sich die neue Lebensgemeinschaft verfestigt hat, können solche Umstände aber zusätzliches Gewicht haben, so dass das Oberlandesgericht dem hätte nachgehen müssen.

40 Zutreffend hat das Oberlandesgericht zwar darauf hingewiesen, dass auch insoweit stets die Belange der gemeinsamen Kinder zu berücksichtigen sind. Ob eine Verwirkung des Betreuungsunterhalts nach den weiteren Lebensumständen der Antragsgegnerin unmittelbare negative Auswirkungen auf die Lebensumstände des gemeinsamen Kindes haben würde, hat es auf der Grundlage des streitigen Vortrags der Parteien aber ebenfalls nicht abschließend geklärt.

41 5. Die Voraussetzung einer Verwirkung des Unterhaltsanspruchs nach § 1579 Nr. 7 BGB hat das Berufungsgericht mit zutreffenden Erwägungen abgelehnt. Der entscheidende Gesichtspunkt für die Annahme eines Härtegrundes nach § 1579 Nr. 7 BGB ist nicht in der Trennung als solche zu sehen, sondern in der Widersprüchlichkeit des Verhaltens des Unterhaltsberechtigten, der sich zum einen aus der ehelichen Bindung löst, zum anderen aber die eheliche Solidarität durch ein Unterhaltsbegehren einfordert, ohne seinerseits das Prinzip der Gegenseitigkeit zu wahren. Dieses Prinzip wird verletzt, wenn der Unterhaltsberechtigte sich gegen den Willen seines Ehegatten einem anderen Partner zuwendet und dem neuen Partner die dem Ehegatten geschuldete Hilfe

und Fürsorge zuteil werden lässt. Dabei ist es regelmäßig nicht von Bedeutung, ob sich der Berechtigte dem neuen Partner im unmittelbaren Anschluss an die Trennung zuwendet oder ob dies erst zu einem späteren Zeitpunkt des Getrenntlebens geschieht. Wesentlich ist vielmehr, ob das Verhalten des Unterhaltsberechtigten für das Scheitern der Ehe ursächlich war (Senatsurteil BGHZ 176, 150 = FamRZ 2008, 1414 Rn. 26). Insoweit ist die Auffassung des Oberlandesgerichts aus revisionsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden.

42 6. Auch soweit das Berufungsgericht eine Verwirkung des Anspruchs auf nachehelichen Unterhalt nach § 1579 Nr. 8 BGB abgelehnt hat, ist dies revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Mit der Nacherklärung der zuvor steuerlich nicht angegebenen Einnahmen ist die Antragsgegnerin lediglich ihren rechtlichen Verpflichtungen nachgekommen. Selbst wenn sich die Nachversteuerung über einen zugleich eingereichten Aufteilungsantrag auch zu Lasten des Antragstellers ausgewirkt hat, kann ihr dies unterhaltsrechtlich nicht vorgeworfen werden. Im Übrigen setzt eine Verwirkung nach § 1579 BGB zusätzlich neben dem jeweiligen Härtegrund stets auch eine grobe Unbilligkeit für den Unterhaltspflichtigen unter Wahrung der Belange des Unterhaltsberechtigten voraus (Senatsurteile vom 16. April 2008 - XII ZR 107/06 - FamRZ 2008, 1325, 1327

und BGHZ 146, 391, 399 = FamRZ 2001, 541, 543 f.). Diese Voraussetzungen hat das Berufungsgericht auf der Grundlage des Vortrags der Parteien zutreffend verneint.

Hahne Dose Klinkhammer

Günter Nedden-Boger

Vorinstanzen:
AG Reinbek, Entscheidung vom 11.06.2008 - 9 F 25/06 -
OLG Schleswig, Entscheidung vom 03.12.2008 - 10 UF 100/08 -