

# DNotI

Deutsches Notarinstitut

**Dokumentnummer:** 12zr11\_09

**letzte Aktualisierung:** 12.8.2011

**BGH**, 2.2.2011 - XII ZR 11/09

BGB §§ 242, 313, 1408

## **Bei Ausübungskontrolle betreffend einen ehevertraglichen Unterhaltsverzicht ist derzeit geltendes Unterhaltsrecht primärer Anpassungsmaßstab**

Hält ein ehevertraglich vereinbarter Verzicht auf nachehelichen Unterhalt der richterlichen Ausübungskontrolle nicht stand, so muss die anzuordnende Rechtsfolge im Lichte des Unterhaltsrechts und damit auch der zum 1. Januar 2008 in Kraft getretenen Unterhaltsrechtsreform und deren Änderungen gesehen werden. Deshalb ist zu berücksichtigen, dass § 1570 BGB nur noch einen auf drei Jahre begrenzten Basisunterhalt vorsieht, der aus kind- und elternbezogenen Gründen verlängert werden kann.



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

XII ZR 11/09

Verkündet am:  
2. Februar 2011  
Küpferle,  
Justizamtsinspektorin  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in der Familiensache

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB §§ 242 Ba, 313, 1408

Hält ein ehevertraglich vereinbarter Verzicht auf nahehelichen Unterhalt der richterlichen Ausübungskontrolle nicht stand, so muss die anzuordnende Rechtsfolge im Lichte des Unterhaltsrechts und damit auch der zum 1. Januar 2008 in Kraft getretenen Unterhaltsrechtsreform und deren Änderungen gesehen werden. Deshalb ist zu berücksichtigen, dass § 1570 BGB nur noch einen auf drei Jahre begrenzten Basisunterhalt vorsieht, der aus kind- und elternbezogenen Gründen verlängert werden kann.

BGH, Urteil vom 2. Februar 2011 - XII ZR 11/09 - Kammergericht Berlin  
AG - Berlin-Schöneberg

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 2. Februar 2011 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Hahne und die Richter Weber-Monecke, Dr. Klinkhammer, Schilling und Dr. Günter

für Recht erkannt:

Die Revision der Antragsgegnerin gegen das Urteil des 3. Zivilsenats - Senat für Familiensachen - des Kammergerichts in Berlin vom 20. August 2008 wird zurückgewiesen.

Auf die Revision des Antragstellers wird das vorgenannte Urteil aufgehoben, soweit der Antragsteller über den 31. Januar 2012 hinaus zur Zahlung nachehelichen Unterhalts verurteilt worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur weiteren Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Kammergericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Parteien streiten um nachehelichen Unterhalt.
- 2 Der 1966 geborene Antragsteller und die 1965 geborene Antragsgegnerin, die beide deutsche Staatsangehörige sind, heirateten am 20. Mai 1994. Aus der Ehe sind drei Kinder, geboren am 2. September 1996, 1. Mai 1998 und 14. Januar 2002, hervorgegangen, die bei der Mutter leben. Am 19. Mai 1994

hatten die Parteien einen Ehevertrag geschlossen, durch den sie den Güterstand der Gütertrennung vereinbarten, den Versorgungsausgleich ausschlossen und für den Fall der Scheidung wechselseitig auf Unterhalt verzichteten. Für den Scheidungsfall verpflichtete sich der Antragsteller, der Antragsgegnerin das Eigentum an einem Mehrfamilienhaus in H.-O. zu übertragen, das er von seiner Großmutter erhalten hatte. Die Pflicht zur Übertragung sollte jedoch nur dann bestehen, wenn die Ehe mindestens vier Kalenderjahre gedauert hatte oder gemeinsame Kinder vorhanden sind. Für den Fall einer früheren Scheidung verpflichtete sich der Antragsteller zur Zahlung eines Betrages von 60.000 DM.

3 Der Antragsteller befand sich zur Zeit der Eheschließung noch in der juristischen Referendarausbildung, während die Antragsgegnerin ihr Studium mit dem Abschluss als Diplom-Volkswirtin bereits beendet und zusätzlich einen Magisterabschluss für Europastudien erworben hatte. Seit dem 1. August 1993 war sie im Außendienst für eine Versicherung tätig. Die Beschäftigung unterbrach sie wegen der bevorstehenden Geburt des ersten Kindes. Der Antragsteller arbeitete nach dem zweiten Staatsexamen zunächst für verschiedene Rechtsanwaltskanzleien und nahm zum 1. Oktober 1998 eine Stelle als Justiziar in der Schweiz an. Im April 1999 zog die Antragsgegnerin mit den beiden älteren Kindern ebenfalls in die Schweiz, wo die Parteien nach wie vor leben.

4 Das Amtsgericht hat die Ehe der Parteien geschieden, die Anträge auf Kindes- und Ehegattenunterhalt abgewiesen und ausgesprochen, dass ein Versorgungsausgleich nicht stattfindet. Auf die Berufung der Antragsgegnerin, mit der sie nachehelichen Unterhalt in Höhe von monatlich 8.967,70 SFr verlangt hat, hat das Kammergericht das angefochtene Urteil teilweise abgeändert und den Antragsteller zur Zahlung einer monatlichen Unterhaltsrente von 650 € verurteilt. Bezüglich des Scheidungsausspruchs sowie des Versorgungsausgleichs

blieb die Berufung dagegen ohne Erfolg. Gegen die Entscheidung zum Unterhalt haben beide Parteien die zugelassene Revision eingelegt. Die Antragsgegnerin verfolgt ihr zweitinstanzliches Begehren weiter, während der Antragsteller nur noch eine Befristung des Unterhalts bis zum 31. Januar 2012 erstrebt.

#### Entscheidungsgründe:

- 5 Die Revision des Antragstellers ist begründet, während die Revision der Antragsgegnerin ohne Erfolg bleibt.

#### I.

- 6 Das Berufungsgericht hat den Ehevertrag für wirksam gehalten, im Wege der Ausübungskontrolle aber auf Zahlung nahehelichen Unterhalts erkannt. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt: Die Antragsgegnerin habe bei Abschluss des Ehevertrages eine im Grundsatz jedenfalls gleichwertige Verhandlungsposition im Verhältnis zum Antragsteller gehabt. Sie habe bereits über eine fundierte Ausbildung verfügt und im Erwerbsleben gestanden. Demgegenüber sei der Antragsteller darauf angewiesen gewesen, dass ihm seine Großmutter das Mehrfamilienhaus, durch das die Antragstellerin im Scheidungsfall habe abgesichert werden sollen, überlässt. Es sei nicht dargelegt, dass bereits bei Abschluss des Ehevertrages der spätere berufliche Erfolg des Antragstellers absehbar gewesen sei. Der Ehevertrag enthalte auch keine evident einseitigen Regelungen. Dies gelte mit Rücksicht auf die vorgesehene Kompensationsregelung auch hinsichtlich des Verzichts auf Betreuungsunterhalt. Die vorgesehene Regelung sei zum Ausgleich seinerzeit absehbarer ehebedingter Nachteile der Antragsgegnerin ausreichend gewesen, da sie mit den

ausdrücklich als Vertragsgrundlage angegebenen monatlichen Mieteinkünften von ca. 3.800 DM den Lebensstandard, den sie aus eigenen Mitteln habe finanzieren können, weitgehend hätte absichern können. Ihre eigenen Bruttoeinkünfte seien kaum höher gewesen. Die Mieteinnahmen hätten ihr überdies bis ins Alter ein beträchtliches Sockeleinkommen gesichert. Dass die Antragsgegnerin durch den Ehevertrag von einer über die Scheidung hinausreichenden Teilhabe an den später auf Seiten des Antragstellers eingetretenen Verbesserungen der ehelichen Lebensverhältnisse ausgeschlossen worden sei, begründe keine Sittenwidrigkeit.

- 7            Allerdings erscheine im Rahmen der Ausübungskontrolle eine Vertragsanpassung geboten, weil nachteilige und insgesamt wesentliche Abweichungen von der vorgestellten Entwicklung vorlägen. Mit der ehebedingten Übersiedlung in die Schweiz, die im Interesse der Kinder vorerst nicht rückgängig gemacht werden könne, hätten sich die Chancen auf einen beruflichen Wiedereinstieg der Antragsgegnerin verschlechtert; sie könne ihre volkswirtschaftlichen und versicherungsrechtlichen Kenntnisse dort nur eingeschränkt verwenden. Darüber hinaus sei zu berücksichtigen, dass das Wohnen in der Schweiz mit höheren Lebenshaltungskosten verbunden sei. Als weiterer bei Abschluss des Ehevertrages nicht vorhersehbarer Umstand sei in die Prüfung einzubeziehen, dass sich die Ertragskraft des Mehrfamilienhauses, das zur Kompensation ehebedingter Nachteile zu übertragen sei, nachhaltig verschlechtert habe. Inzwischen würde durch die Mieterträge weder der frühere Verdienst der Antragsgegnerin vollständig ausgeglichen noch seien die Erträge annähernd geeignet, ihre weiteren ehebedingten Nachteile zu kompensieren. Jedenfalls in ihrer Summierung begründeten die aufgezeigten Umstände eine ungleiche Verteilung der ehebedingten Lasten, die von der Antragsgegnerin nicht hingenommen werden müsse.

Die Höhe der auszugleichenden ehebedingten Nachteile sei nach der Differenz des Einkommens zu bemessen, das die Antragsgegnerin aus einer ihrer Ausbildung entsprechenden, kontinuierlich ausgeübten Berufstätigkeit erzielen könnte, und dem Verdienst, den sie aus einer vollen Erwerbstätigkeit zu erwirtschaften in der Lage sei. Ausgangspunkt für die Vertragsanpassung müsse daher das zu schätzende Nettoeinkommen der Antragsgegnerin sein, das sie realistisch bei normaler Entwicklung und zu erwartenden beruflichen Aufstiegen erzielen würde, wenn sie ohne Kinder und sonstige ehebedingten Nachteile in ihrem vorehelich angelegten Berufsfeld geblieben wäre. Soweit die Antragsgegnerin ein unter diesen Bedingungen erreichbares Nettoeinkommen von 5.000 € behauptet habe, sei ihr Vortrag unsubstantiiert, da sie die Gehaltsentwicklung in der Versicherungsbranche, etwa durch Vergleich mit der beruflichen Entwicklung von Arbeits- oder Studienkollegen, nicht dargelegt habe. Eine Vervierfachung ihres damaligen Einkommens, das nach den zum Versorgungsausgleich eingeholten Einkünften im Jahr 1994 bei insgesamt 45.618 DM brutto bzw. monatlich 2.400 DM netto gelegen habe, könne nicht ohne weiteren substantiierten Vortrag als eine normale Weiterentwicklung festgestellt werden. Bei der gebotenen Schätzung der Erwerbsnachteile sei zu berücksichtigen, dass nach dem WSI-Tarifarchiv der Hans-Boeckler-Stiftung die tarifliche Obergrenze des Bruttoeinkommens in der obersten Gruppe für im Innendienst der Versicherungsbranche Beschäftigte im Jahr 2000 bei monatlich 3.884 € brutto gelegen habe. Dass die Antragsgegnerin, selbst wenn sie als im Außendienst eingesetzte Akademikerin mit einer außertariflichen Leistung ihres Arbeitgebers habe rechnen können, viel mehr hätte verdienen können, sei nicht anzunehmen. Die vergleichbaren Zahlen von 1996 wiesen aus, dass der Höchstbetrag für den damals allein ausgewiesenen Westteil des Bundesgebiets bei 6.291 DM brutto gelegen habe, was der aus dem Lebenshaltungskostenindex für 1994 bis 2007 ablesbaren Steigerungsrate von 121 % entspreche. Mangels weiterer substanti-

ierter Darlegungen der Antragsgegnerin werde allenfalls ein an der angeführten Obergrenze orientiertes Jahresbruttoeinkommen von 46.608 €, das einem monatlichen Nettoeinkommen von 2.230 € entspreche, als bei normaler Fortentwicklung ihrer vorehelich erworbenen Qualifikation erzielbar gehalten. Im Hinblick auf die höheren Lebenshaltungskosten in der Schweiz sei dieses Einkommen nach den Tabellen des Statistischen Bundesamts zu den Verbrauchergeldparitäten für Juni 2008 um einen Zuschlag von 10,9 % auf einen Betrag von 2.473 € aufzustocken.

9

Dieser Betrag stelle - abgesehen von der zu berücksichtigenden Kompensation - aber nicht in voller Höhe einen ehebedingten Nachteil dar. Der Antragsgegnerin obliege auch unter Berücksichtigung der Kindesbetreuung die Ausübung einer Erwerbstätigkeit. Sie habe jedoch bis zuletzt keinerlei nachhaltige Anstrengungen unternommen, um sich im Rahmen ihres unbestritten fortbestehenden Arbeitsvertrags als Inspektorin bei der S.-I. Versicherungsgruppe um einen alsbaldigen beruflichen Wiedereinstieg zu bemühen. Da es in der Schweiz eine im Rückversicherungsgeschäft tätige Tochter-Gesellschaft der Versicherung gebe und nach entsprechender Einarbeitung qualifizierte Tätigkeiten über Home-Offices auch von der Wohnung aus ausgeübt werden könnten, sei nicht auszuschließen, dass die Antragsgegnerin trotz der von ihr betonten hohen Kinderbetreuungsbelastung auch derzeit schon durch eigene Erwerbseinkünfte zur Abdeckung eines Fehlbetrags beitragen könne. Gesundheitliche Beeinträchtigungen, die sie ernsthaft an der Übernahme einer in Betracht kommenden Erwerbstätigkeit hindern würden, hätten nicht festgestellt werden können. Deshalb sei davon auszugehen, dass die Antragsgegnerin bei gebotener Anstrengung durch eine zumutbare Teilzeitbeschäftigung 400 € monatlich verdienen könne, so dass als ehebedingter Ausfall des Erwerbseinkommens nur ein Betrag von 2.073 € verbleibe.

10            Diesem Betrag stehe eine Kompensation durch ehebedingte Vorteile infolge des Ehevertrags gegenüber, die für 2007 als dem letzten vollständig belegten Geschäftsjahr bei 1.097 € monatlich gelegen habe. Danach verbleibe ein ehebedingter Nachteil in Höhe von (2.073 € - 1.097 €) ca. 975 €. Da im Rahmen der Ausübungskontrolle aber nicht jeder Nachteil auszugleichen sei, sondern ein Ausgleich nur insoweit statffinde, als dem Benachteiligten das Festhalten an dem Ehevertrag unzumutbar sei, sei ein Anteil von einem Drittel der Nachteile von der Antragsgegnerin hinzunehmen. Nur hinsichtlich des restlichen 2/3-Anteils, mithin in Höhe von 650 €, könne sie einen Ausgleich vom Antragsteller verlangen. Diesem Nachteil stehe auf Seiten des Antragstellers eine unbestritten ausreichende Leistungsfähigkeit gegenüber, so dass die ausgerichtete Zahlung für ihn als durchaus hinnehmbar und insgesamt als billig erscheine. Eine Befristung der Nachteilskompensation könne nicht erfolgen, da nicht ersichtlich sei, dass die Antragsgegnerin die geringeren Erträge aus dem Mehrfamilienhaus durch eine bessere Verwertung der Immobilie ausgleichen könne.

11            Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung nicht in allen Punkten stand.

## II.

12            Zu Recht und mit zutreffender Begründung hat das Berufungsgericht die Unterhaltsverpflichtung des Antragstellers nach dem auf die Scheidung angewandten deutschen Recht beurteilt (Art. 8 Abs. 1 des Haager Übereinkommens über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht vom 2. Oktober 1973 [BGBl II 1986, 837], für die Bundesrepublik Deutschland in Kraft getreten am 1. April 1987 [BGBl II 1986, 225]).

### III. Revision der Antragsgegnerin

- 13                    Der Antragsgegnerin steht ein weitergehender Unterhaltsanspruch nicht zu.
- 14                    1. Die Parteien haben Ansprüche auf nahehelichen Unterhalt durch den am 19. Mai 1994 abgeschlossenen Ehevertrag wirksam ausgeschlossen. Nach ständiger Rechtsprechung des Senats unterliegen die gesetzlichen Regelungen über nahehelichen Unterhalt, Zugewinn- und Versorgungsausgleich grundsätzlich der vertraglichen Disposition der Ehegatten. Die Disponibilität der Scheidungsfolgen darf allerdings nicht dazu führen, dass der Schutzzweck der gesetzlichen Regelungen durch vertragliche Vereinbarungen beliebig unterlaufen werden kann. Das wäre der Fall, wenn dadurch eine evident einseitige und durch die individuelle Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse nicht gerechtfertigte Lastenverteilung entstünde, die hinzunehmen für den belasteten Ehegatten - bei angemessener Berücksichtigung der Belange des anderen Ehegatten und seines Vertrauens in die Geltung der getroffenen Abrede - unzumutbar erscheint (Senatsurteile BGHZ 158, 81 = FamRZ 2004, 601; vom 25. Mai 2005 - XII ZR 296/01 - FamRZ 2005, 1444 und vom 17. Oktober 2007 - XII ZR 96/05 - FamRZ 2008, 386, 387).
- 15                    Eine solche einseitige Lastenverteilung, der die Anerkennung der Rechtsordnung wegen Verstoßes gegen die guten Sitten zu versagen wäre (§ 138 Abs. 1 BGB), hat das Berufungsgericht verneint. Ebenso wenig hat es die Überzeugung gewinnen können, dass sich die Antragsgegnerin bei Vertragsschluss in einer unterlegenen Verhandlungsposition befunden habe. Diese Würdigungen sind nach den getroffenen Feststellungen rechtlich nicht zu bean-

standen. Auch die Revision der Antragsgegnerin erhebt hiergegen keine Einwendungen.

16            2. Soweit ein Ehevertrag im Rahmen der Inhaltskontrolle nicht zu beanstanden und auch nicht aus sonstigen Gründen sittenwidrig ist, muss der Richter - im Rahmen einer Ausübungskontrolle - prüfen, ob und inwieweit es einem Ehegatten nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) verwehrt ist, sich auf eine ihn begünstigende Regelung zu berufen. Entscheidend ist insofern, ob sich im Zeitpunkt des Scheiterns der Ehe aus dem vereinbarten Ausschluss der Scheidungsfolge eine evident einseitige, unzumutbare Lastenverteilung ergibt. Hält die Berufung eines Ehegatten auf die getroffene Regelung der Ausübungskontrolle nicht stand, so führt dies weder zur Unwirksamkeit des Ausschlusses der gesetzlichen Scheidungsfolge noch dazu, dass die gesetzliche Regelung in Vollzug gesetzt wird. Der Richter hat vielmehr diejenige Rechtsfolge anzuordnen, die den berechtigten Belangen beider Parteien in der eingetretenen Situation in ausgewogener Weise Rechnung trägt (vgl. grundlegend Senatsurteil BGHZ 158, 81 = FamRZ 2004, 601, 606). Auch die Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) finden auf Eheverträge Anwendung, soweit die tatsächliche Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse von der ursprünglichen Lebensplanung, die die Ehegatten dem Ehevertrag zugrunde gelegt haben, abweicht. In diesem Fall kann eine Vertragsanpassung vorzunehmen sein (Senatsurteile vom 17. Oktober 2007 - XII ZB 96/05 - FamRZ 2008, 386 Rn. 36 und vom 25. Mai 2005 - XII ZR 296/01 - FamRZ 2005, 1444, 1448).

17            Das Berufungsgericht hat sich im Rahmen der angestellten Ausübungskontrolle veranlasst gesehen, die Zahlung einer monatlichen Unterhaltsrente anzuordnen. Das wird von der Revision der Antragsgegnerin als ihr günstig nicht angegriffen.

18                    3. Sie wendet allerdings ein, das Berufungsgericht habe bei der Ermittlung der wirtschaftlichen Auswirkungen der ehebedingten Nachteile allein auf das vor der Ehe erzielte Einkommen der Antragsgegnerin abgestellt, obwohl diese zum damaligen Zeitpunkt eine erheblich unter ihrer beruflichen Qualifikation liegende Stelle angenommen habe. Nach unstreitig gebliebenem Sachvortrag habe sie diese Stelle allein deshalb angenommen, weil sich zum damaligen Zeitpunkt am Ort der gemeinsamen Ehwohnung eine ihrer fachlichen Qualifikation entsprechende Arbeit nicht habe finden lassen und sie eine örtliche Trennung von ihrem Ehemann allein zu beruflichen Zwecken nicht habe in Kauf nehmen wollen. Unter Berücksichtigung der tatsächlichen Umstände sei davon auszugehen, dass die Antragsgegnerin bei einer Fortführung ihrer Berufstätigkeit ohne Umzug der Familie in die Schweiz mittelfristig auch an dem damaligen Wohnort eine ihrer Qualifikation entsprechende Stelle gefunden hätte. Auf der Grundlage des Sachvortrags der Antragsgegnerin zu dem hierdurch erzielbaren Einkommen von mindestens 96.000 € brutto jährlich, den das Berufungsgericht in seinem Hinweis als ausreichend erachtet habe, habe es zu dem Ergebnis gelangen müssen, dass die ehebedingten Nachteile weit über dem angenommenen Betrag von monatlich 650 € lägen.

19                    Damit vermag die Revision keinen weitergehenden ehebedingten Nachteil aufzuzeigen.

20                    a) Dass die Antragsgegnerin nach ihrem im Jahr 1992 beendeten Studium eine Erwerbstätigkeit im Außendienst einer Versicherung aufgenommen hat, ist nicht auf die Ehe der Parteien zurückzuführen. Die Antragsgegnerin hat diese Tätigkeit bereits zum 1. August 1993 begonnen, um eine räumliche Trennung von ihrem späteren Ehemann zu vermeiden. Die Ehe haben die Parteien erst im Mai 1994 geschlossen. Die geraume Zeit vor der Ehe liegende Entwicklung war deshalb nicht durch die Ehe, sondern durch das bereits länger wäh-

rende voreheliche Zusammenleben veranlasst, was vom Vertrauen in den Bestand der Ehe nicht umfasst wird und deshalb keinen ehebedingten Nachteil zu begründen vermag (vgl. Senatsurteile vom 26. Mai 2010 - XII ZR 143/08 - FamRZ 2010, 1238 Rn. 39 und vom 6. Oktober 2010 - XII ZR 202/08 - FamRZ 2010, 1971 Rn. 25).

21            b) Abgesehen davon ist das Berufungsgericht aber auch der Frage nachgegangen, welches Einkommen die Antragsgegnerin hätte erzielen können, wenn sie ohne Kinder und ohne sonstige ehebedingte Einschränkungen in ihrem vorehelich angelegten Berufsfeld geblieben wäre, um die aufgrund ihrer akademischen Vorbildung mögliche Karriere zu machen. Es hat allerdings den Vortrag der Antragsgegnerin, sie hätte ein monatliches Nettoeinkommen von 5.000 € erzielen können, für unsubstantiiert gehalten. Die dagegen gerichtete Verfahrensrüge ist nicht begründet. Das Berufungsgericht hat in dem von der Revision in Bezug genommenen Hinweis vom 1. August 2008 nicht zu erkennen gegeben, dass der Vortrag als ausreichend erachtet werde; vielmehr hat es ausgeführt, die Antragsgegnerin habe bisher nur pauschal vorgetragen, dass sie in der Versicherungsbranche oder in der freien Wirtschaft bei ununterbrochener Karriere monatlich mindestens 5.000 € netto verdient hätte. Zu einem weiteren Hinweis bestand kein Anlass, zumal der Antragsteller im Berufungsverfahren ausdrücklich beanstandet hat, dass der Vortrag unsubstantiiert und nicht einlassungsfähig sei. Dass das Berufungsgericht in Ermangelung anderweitigen substantiierten Vortrags die Verdienstmöglichkeiten in der Versicherungsbranche selbst ermittelt und seine Entscheidung darauf gestützt hat, liegt im Rahmen der tatrichterlichen Beurteilung und beschwert die Antragsgegnerin nicht.

22            c) Soweit die Revision außerdem einwendet, das Berufungsurteil trage dem Umstand nicht hinreichend Rechnung, dass ihr ehebedingter Nachteil auf

den Umzug in die Schweiz und die dort für sie bestehenden Schwierigkeiten, eine Berufstätigkeit auszuüben, zurückzuführen sei, vermag sie auch damit nicht durchzudringen. Das Berufungsgericht hat bei der Bemessung des von der Antragsgegnerin erlittenen ehebedingten Nachteils darauf abgestellt, was sie ohne Berufspause in Deutschland hätte verdienen können und hat zusätzlich die in der Schweiz anfallenden höheren Lebenshaltungskosten berücksichtigt. Einen darüber hinausgehenden Ausgleich kann die Antragsgegnerin nicht beanspruchen.

23 d) Die Revision rügt schließlich, das Berufungsgericht habe unberücksichtigt gelassen, dass nach dem unwidersprochen gebliebenen Vorbringen des Antragstellers bei Abschluss des Ehevertrages von beiden Eheleuten lediglich zwei Kinder geplant gewesen seien. Bei einer Umsetzung dieser Vorstellungen hätte sich für die Antragsgegnerin sehr viel früher die Möglichkeit zur Rückkehr in das Berufsleben ergeben als nach der Geburt des dritten Kindes. Auch damit hat die Revision keinen Erfolg, insbesondere hat das Berufungsgericht nicht den Anspruch der Antragsgegnerin auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) verletzt.

24 Der Antragsteller hat in dem von der Revision in Bezug genommenen Schriftsatz ausgeführt, "die Parteien hätten zwei Kinder und genau das hätten sie bereits bei Vertragsschluss vorhergesehen." Da die Parteien tatsächlich drei Kinder haben, handelt es sich ersichtlich um einen Schreibfehler. Im Berufungsverfahren hat der Antragsteller auch ausdrücklich bestritten, dass nur zwei Kinder geplant gewesen seien.

25 4. Im Übrigen greift die Revision die Bemessung des auszugleichenden ehebedingten Nachteils, insbesondere der gegenzurechnenden Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung, nicht an. Gegen die in objektiv nachprüfbarer und

nachvollziehbarer Weise dargestellte tatrichterliche Beurteilung bestehen auch insoweit keine rechtlichen Bedenken.

#### IV. Revision des Antragstellers

26           1. Der Antragsteller wendet sich gegen eine Fortdauer der Unterhaltsverpflichtung über den 31. Januar 2012 hinaus. Er macht geltend: Die Bestandsgarantie, die das Berufungsgericht der Antragsgegnerin gewähre, hätte sie aufgrund der zum 1. Januar 2008 in Kraft getretenen Unterhaltsrechtsreform ohne Ehevertrag nicht erhalten. Die Ausübungskontrolle müsse aber die Regelung des § 1578 b BGB einbeziehen. Das habe das Berufungsgericht rechtsfehlerhaft versäumt. Ende Januar 2012 seien die Kinder 15 ½, fast 14 und 10 Jahre alt, weshalb für die Antragsgegnerin eine weitergehende Erwerbsobliegenheit bestehe. Mit einem erzielbaren Einkommen von ca. 1.370 € könne sie aber die Differenz zwischen dem ohne die Ehe möglichen Einkommen und den Mieteinkünften decken.

27           Diesem Angriff ist im Ergebnis ein Erfolg nicht zu versagen.

28           2. Wenn die Berufung eines Ehegatten auf den Ausschluss einer Scheidungsfolge der Ausübungskontrolle nicht standhält, so wird allerdings nicht notwendigerweise die vom Gesetz vorgesehene, aber vertraglich ausgeschlossene Scheidungsfolge in Vollzug gesetzt. Der Richter hat vielmehr diejenige Rechtsfolge anzuordnen, die den Belangen beider Parteien in ausgewogener Weise Rechnung trägt (Senatsurteil BGHZ 158, 81 = FamRZ 2004, 601, 606). Dabei darf er den durch den Ehevertrag benachteiligten Ehegatten nicht besser stellen, als dieser ohne die vertragliche Regelung stünde. Die Parteien hatten hier gegenseitig auf Unterhalt verzichtet. Da die von ihnen gewollten Rechtsfol-

gen - unter Wahrung des Vertragswillens im Übrigen - nur an die veränderte tatsächliche oder rechtliche Lage angepasst werden dürfen, bilden somit die gesetzlichen Kriterien des § 1570 BGB, auf den die Antragsgegnerin ihren Unterhaltsanspruch auf Grund der Betreuung der Kinder stützt, die Obergrenze. Die im Rahmen der Ausübungskontrolle anzuordnende Rechtsfolge muss deshalb im Lichte des Unterhaltsrechts, damit aber auch der zum 1. Januar 2008 in Kraft getretenen Unterhaltsrechtsreform und deren Änderungen gesehen werden. Dagegen kommt - entgegen der Auffassung der Revision - eine Heranziehung des § 1578 b BGB jedenfalls für die Frage einer Befristung des Betreuungsunterhalts nicht in Betracht, da § 1570 BGB insoweit eine Sonderregelung für die Billigkeitsabwägung enthält. Nicht ausgeschlossen ist allerdings eine Herabsetzung des Unterhalts auf das Niveau des angemessenen eigenen Lebensbedarfs nach dem Rechtsgedanken des § 1578 b Abs. 1 BGB (vgl. Senatsurteile vom 6. Mai 2009 - XII ZR 114/08 - FamRZ 2009, 1124 Rn. 55 ff., vom 21. April 2010 - XII ZR 134/08 - FamRZ 2010, 1050 Rn. 50 und vom 15. September 2010 - XII ZR 20/09 - FamRZ 2010, 1880 Rn. 33 f.).

29

Von daher steht im Vordergrund, dass der Grundsatz der Eigenverantwortung (§ 1569 Satz 1 BGB) gestärkt und der Unterhaltsanspruch wegen Betreuung eines Kindes grundlegend umgestaltet worden ist. § 1570 BGB sieht nunmehr einen auf drei Jahre befristeten Basisunterhalt vor, der aus kind- und elternbezogenen Gründen verlängert werden kann, wenn dies der Billigkeit entspricht. Für Kinder, die das dritte Lebensjahr vollendet haben, ist der Vorrang der persönlichen Betreuung gegenüber anderen kindgerechten Betreuungsmöglichkeiten aufgegeben worden. In dem Umfang, in dem das Kind nach Vollendung des dritten Lebensjahres die Schule oder eine kindgerechte Einrichtung besucht oder unter Berücksichtigung der individuellen Verhältnisse besuchen könnte, kann sich der betreuende Elternteil nicht mehr auf die Notwendigkeit einer persönlichen Betreuung des Kindes und somit nicht mehr auf kindbezo-

gene Verlängerungsgründe berufen (Senatsurteil vom 15. September 2010 - XII ZR 20/09 - FamRZ 2010, 1880 Rn. 24 mwN).

30           Ob im vorliegenden Fall kind- oder elternbezogene Gründe vorliegen, die auch nach dem 31. Januar 2012 eine weitgehende Freistellung der Antragsgegnerin von einer Erwerbstätigkeit rechtfertigen, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Ebenso wenig verhält es sich zu der Frage, ob für die Antragsgegnerin eine realistische Chance besteht, bei weitergehender Erwerbsobliegenheit ein höheres Einkommen als die ihr angerechneten 400 € monatlich zu erzielen. Andererseits hat das Berufungsgericht aber auch nicht zum Ausdruck gebracht, dass es sich nicht in der Lage sieht, den künftigen Umfang der Erwerbsobliegenheit der Antragsgegnerin zu beurteilen. Ohne derartige Feststellungen kann die im Wege der Ausübungskontrolle angeordnete Unterhaltszahlung aber nicht über den 31. Januar 2012 hinaus Geltung beanspruchen.

V.

31 Das angefochtene Urteil kann deshalb auf die Revision des Antragstellers keinen Bestand haben. Es ist in dem aus der Entscheidungsformel ersichtlichen Umfang aufzuheben. Der Senat kann in der Sache nicht abschließend entscheiden, weil es dazu weiterer tatrichterlicher Feststellungen bedarf. Die Sache ist deshalb an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Hahne

Weber-Monecke

Klinkhammer

Schilling

Günter

Vorinstanzen:

AG Berlin-Schöneberg, Entscheidung vom 16.05.2007 - 20 F 145/05 -

KG Berlin, Entscheidung vom 20.08.2008 - 3 UF 96/07 -