

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

16

BGB §§ 284, 285, 1361, 1613 Abs. 1; ZPO § 620 Satz 1
Nr. 6

- a) Die Darlegungs- und Beweislast dafür, daß die für die ehelichen Lebensverhältnisse (§ 1578 Abs. 1 BGB) maßgebenden Einkommensverhältnisse der Ehegatten seit deren Trennung eine unerwartete, vom Normalverlauf erheblich abweichende Entwicklung genommen haben (vgl. Senatsurteil vom 31. März 1982 - IVb ZR 661/80 - FamRZ 1982, 576 = NJW 1982, 1870), trägt im Unterhaltsprozeß der Ehegatte, der daraus Rechte herleitet.
- b) Zur Vorbereitung einer auf unerlaubte Handlung gestützten Schadensersatzforderung, mit der die Erstattung überzahlten Unterhalts verlangt werden soll, kann Auskunft nur begehrt werden, wenn die Voraussetzungen des Schadensersatzanspruches vorliegen, die von den nach dem Auskunftsbegehren zu offenbarenden wirtschaftlichen Verhältnissen unabhängig sind (Fortführung des Senatsurteils vom 22. September 1982 - IVb ZR 304/81 - FamRZ 1982, 1189, 1190).
- c) Ein Irrtum des Unterhaltsschuldners über seine Unterhaltspflicht ist nicht schon deshalb unver-schuldet (§ 285 BGB), weil ein Antrag des Unterhalts-gläubigers auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 620 Satz 1 Nr. 6 ZPO mangels Unterhaltsbe-dürftigkeit abgelehnt worden ist.
- d) Zum Erfordernis der Mahnung als Voraussetzung des Unterhaltsanspruchs für die Vergangenheit.

BGH, Urt.v. 26. Januar 1983 - IVb ZR 351/81 - OLG Frankfurt
AG Langen

16

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IVb ZR 351/81

URTEIL

in der Familiensache

Verkündet am
26. Januar 1983

Mayer
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Frieda W [REDACTED] geb. F [REDACTED], F [REDACTED] ring 163,
L [REDACTED],

Klägerin, Revisions-
klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter:

Rechtsanwalt Frhr. v.
[REDACTED] -

g e g e n

Siegfried W [REDACTED], z.Zt. Indien,
B 16 V [REDACTED]-V [REDACTED], N [REDACTED] D [REDACTED],

Beklagter, Revisions-
kläger und Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigte:

Rechtsanwälte Dres. [REDACTED]
und [REDACTED] -

Der IVb - Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 26. Januar 1983 durch den Vorsitzenden Richter Lohmann und die Richter Portmann, Dr. Blumenröhr, Dr. Zysk und Nonnenkamp

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des 5. Senats für Familiensachen des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 13. April 1981 wird zurückgewiesen.

Auf die Revision der Klägerin wird das vorgenannte Urteil unter Zurückweisung des Rechtsmittels im übrigen im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als festgestellt wird, daß der Klägerin für die Zeit vom 11. Juli 1978 bis 31. Dezember 1979 kein Unterhaltsanspruch gegen den Beklagten zusteht.

Im Umfang der Aufhebung wird der Rechtsstreit zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Oberlandesgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien streiten um Trennungsunterhalt. Sie haben im Jahre 1955 die Ehe geschlossen, aus der der inzwischen erwachsene Sohn Wolfgang hervor-



gegangen ist. Seit Dezember 1968 leben die Parteien getrennt. Der Beklagte ist Gebietsverkaufsleiter und Länderrepräsentant der Deutschen Lufthansa in Neu Delhi/Indien. Er erhält erhebliche laufende Bezüge und Zuschüsse für besondere Aufwendungen. Die Klägerin ist als Buchhalterin erwerbstätig und erzielt Einkünfte aus der Vermietung eines Hauses in Frankfurt.

Der Beklagte hat nach altem Recht zweimal Scheidungsklage erhoben. In einem dieser Verfahren hat die Klägerin am 6. März 1972 eine einstweilige Anordnung erwirkt, wonach ihr ein Unterhalt von 700 DM monatlich für die Zeit vom 1. Oktober 1969 bis 30. Juni 1970 und von 800 DM monatlich ab 1. Juli 1970 zugesprochen wurde. Auf diesen Titel hat der Beklagte bis einschließlich Januar 1973 gezahlt. Im Anschluß daran hat die Klägerin gegen ihn eine Unterhaltsklage erhoben, die sie im Dezember 1974 wieder zurückgenommen hat.

Im Verfahren über einen Scheidungsantrag des Beklagten nach neuem Recht, über den noch nicht rechtskräftig entschieden ist, hat die Klägerin mit einem Antrag vom 21. Juni 1978 auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung, dem Beklagten zugestellt am 10. Juli 1978, Zahlung monatlichen Unterhalts von 3.000 DM gefordert. Diesen Antrag hat das Familiengericht durch Beschluß vom 29. August 1979 zurückgewiesen, da die Klägerin nicht unterhaltsbedürftig sei.

Mit der vorliegenden Klage, die am 28. Dezember eingereicht worden ist, hat die Klägerin rückständig

Unterhalt für das Jahr 1976 in Höhe von 9.600 DM sowie laufenden Unterhalt von monatlich 800 DM ab 1. Januar 1980 verlangt. Der Beklagte hat widerklagend die Feststellung begehrt, daß der Klägerin auch für die Jahre 1977 bis 1979 kein Unterhaltsanspruch zustehe, ferner die Verurteilung der Klägerin zur Auskunftserteilung über ihr tatsächliches Nettoeinkommen für die Zeit vom 1. Oktober 1969 bis 31. Januar 1973 und zur Erstattung der für diese Zeit überzahlten Unterhaltsbeträge.

Das Amtsgericht hat der Klägerin einen laufenden Unterhalt von 700 DM monatlich ab 1. Januar 1980 zugesprochen und festgestellt, daß ihr für die Zeit vor dem 10. Juli 1978 kein Unterhaltsanspruch gegen den Beklagten zusteht. Im übrigen hat es Klage und Widerklage abgewiesen.

Auf die Berufung des Beklagten und die Anschlußberufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht die laufende Unterhaltsrente ab 1. Januar 1980 auf 800 DM erhöht und festgestellt, daß der Klägerin für die Zeit vor dem 31. Dezember 1979 kein Unterhaltsanspruch gegen den Beklagten zusteht. Im übrigen hat es die amtsgerichtliche Entscheidung bestätigt.

Beide Parteien haben gegen diese Entscheidung - zugelassene - Revision eingelegt. Der Beklagte erstrebt die Abweisung der Klage auf laufenden Unterhalt und verfolgt seine Widerklage auf Auskunft und Erstattung weiter. Die Klägerin bekämpft die Abweisung ihres Anspruchs auf Zahlung rückständigen Unterhalts von 9.600 DM und die Feststellung, daß

ihr für die Zeit vor dem 31. Dezember 1979 kein Unterhaltsanspruch gegen den Beklagten zusteht.

Entscheidungsgründe:

A.

Die Revision des Beklagten ist unbegründet.

I. Unterhalt ab 1. Januar 1980

Das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, daß die Klägerin vom Beklagten während der Dauer des Getrenntlebens den nach den ehelichen Lebensverhältnissen angemessenen Unterhalt verlangen kann (§ 1361 BGB). Die ehelichen Lebensverhältnisse hat es nach der Summe der beiderseitigen Einkommen bestimmt, die es mit 7.500 DM monatlich für den Beklagten und 3.000 DM monatlich für die Klägerin angenommen hat. Es hat dabei als unerheblich angesehen, daß der Lebenszuschnitt der Parteien im Zeitpunkt der Trennung bescheidener gewesen ist (Summe der Einkommen damals knapp 3.200 DM). Bei der Bemessung des Unterhaltsanspruchs der Klägerin hat es eine Quote von 2/5 der addierten Einkommen der Ehegatten gebildet, hat von den sich ergebenden 4.200 DM die eigenen Einkünfte der Klägerin abgesetzt und ist so zu dem Ergebnis gelangt, ihr stehe jedenfalls der verlangte Unterhalt von 800 DM monatlich zu. Diese Entscheidung hält im Ergebnis den Revisionsangriffen des Beklagten stand.

1. Entgegen der Ansicht der Revision sind im vorliegenden Fall nicht die Verhältnisse im Zeitpunkt der Trennung der Parteien maßgebend. Wie der Senat in jüngerer Zeit mehrfach entschieden hat, prägen vielmehr Veränderungen der Einkommensverhältnisse, die erst nach der Trennung der Ehegatten bis zur Scheidung eingetreten sind, die für die Unterhaltsbemessung maßgebenden ehelichen Lebensverhältnisse, soweit sie nicht auf einer unerwarteten und vom Normalverlauf erheblich abweichenden Entwicklung beruhen (Senatsurteile vom 31. März 1982 - IVb ZR 652/80 und 661/80 - FamRZ 1982, 575 und 576 sowie vom 9. Juni 1982 - IVb ZR 698/80 - FamRZ 1982, 892, 893). Da sich die Höhe des Anspruchs auf Trennungsunterhalt hiernach im Regelfall nach den gegenwärtigen Einkommensverhältnissen richtet, braucht der klagende Ehegatte nur diese darzulegen und notfalls zu beweisen. Für den Ausnahmefall einer unerwarteten, vom Normalverlauf erheblich abweichenden Entwicklung seit der Trennung ist der Ehegatte darlegungs- und beweispflichtig, der daraus Rechte herleiten will, hier also der Beklagte. Dieser hat aber nicht dargelegt, seine derzeitige berufliche Stellung beruhe auf einer im Zeitpunkt der Trennung unerwarteten Entwicklung und sei nicht schon während des Zusammenlebens der Parteien angelegt gewesen. Er hat weder vorgetragen, welche Position er damals bereits erreicht hatte und auf welchen Umständen sein seitheriger beruflicher Aufstieg beruht, noch die Höhe seines Einkommens im Zeitpunkt der Trennung angegeben. Unstreitig ist hingegen, daß er für die Lufthansa bereits in Kairo und Beirut tätig war. Bei dieser Sachlage konnte das Berufungsgericht die Lebensverhältnisse der

Parteien im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung als maßgebend ansehen.

2. Die Revision macht weiter geltend, seit der Trennung hätten beide Ehegatten lediglich ihr eigenes Einkommen verbraucht, so daß das höhere Einkommen des Beklagten niemals Grundlage des ehelichen Lebensstandards gewesen sei. Dieser Einwand greift nicht durch. Zum einen ist unstreitig, daß die Klägerin aufgrund der einstweiligen Anordnung vom 6. März 1972 in der Zeit vom 1. Oktober 1969 bis 30. Juni 1970 monatlich 700 DM und in der Zeit vom 1. Juli 1970 bis 31. Januar 1973 monatlich 800 DM an Unterhalt erhalten hat. Jedenfalls in dieser Zeit hat sie somit an dem höheren Einkommen des Beklagten partizipiert. Zum anderen kann daraus, daß der Ehegatte mit dem höheren Einkommen seiner Verpflichtung, zum Unterhalt des anderen Ehegatten entsprechend den ehelichen Lebensverhältnissen beizutragen, nicht oder nur unzureichend nachkommt, keine Beschränkung des Unterhaltsbedarfs des Ehegatten mit dem geringeren Einkommen abgeleitet werden (Senatsurteil vom 9. Juli 1980 - IVb ZR 526/80 - FamRZ 1980, 876, 877).

3. Soweit der Beklagte rügt, nach der Lebenserfahrung würden Einkommen in der Größenordnung, wie er es erziele, nicht vollständig zur Deckung des Lebensbedarfs verwendet, setzt er sich in Widerspruch zu einer Erklärung, die er in der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht abgeben ließ. Sie lautete nach dem Protokoll vom 16. März 1981, daß er nicht imstande sei, von seinen Einkünften Vermögen zu bilden. Daran muß

er sich festhalten lassen. Zwar ist bei der Unterhaltsbemessung ein objektiver Maßstab anzulegen, so daß eine nach den Verhältnissen zu dürftige Lebensführung ebenso außer Betracht zu bleiben hat wie ein übertriebener Aufwand (Senatsurteil vom 4. November 1981 - IVb ZR 624/80 - FamRZ 1982, 151, 152). Da der Beklagte aber selbst außergewöhnlich hohe Kosten seiner Lebensführung in Indien behauptet hat, ist es aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht sein volles Einkommen berücksichtigt hat.

4. Bei der Ermittlung des Nettoeinkommens des Beklagten hat das Berufungsgericht sämtliche Einkünfte herangezogen, die er von der Lufthansa bezieht. Nach Abzug der gemäß indischem Recht entrichteten Steuern und der Vorsorgeaufwendungen ist es zu einem Betrag von 7.500 DM monatlich gelangt. Mehraufwendungen für Auslandsaufenthalt und berufsbedingte Repräsentation hat es dabei nicht abgesetzt, weil diese durch zusätzliche Leistungen der Arbeitgeberin ausgeglichen würden, nämlich freie Wohnung, Dienstwagen und Zuschüsse zu den Energiekosten, zur Verpflegung und zu den Aufwendungen für Dienstpersonal. Letzteres beanstandet der Beklagte mit der Begründung, das Berufungsgericht habe den Einkünften seiner Arbeitgeberin entnehmen müssen, daß auch ein Teil der laufenden Bezüge nur wegen eines besonderen Repräsentationsaufwandes und wegen der erhöhten Lebenshaltungskosten in Indien gezahlt würden. Diese Rüge greift nicht durch. Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats kommt es unterhaltsrechtlich nicht entscheidend auf die Zweckbestimmung von Einkünften an; ein beruflicher Mehraufwand kann nur

berücksichtigt werden, soweit er tatsächlich erwachsen ist (vgl. BGH, Urteil vom 16. Juni 1980 - IV ZR 115/78 - FamRZ 1980, 342, 343; Senatsurteile vom 21. Januar 1981 - IVb ZR 548/80 - FamRZ 1981, 338, 339 f. und vom 4. November 1981 - IVb ZR 614/80 - nicht veröffentlicht). Der Beklagte hat jedoch durch die Zuschüsse des Arbeitgebers nicht gedeckte besondere Aufwendungen teils nicht dargelegt, teils nicht bewiesen. Soweit er sich hierzu auf allgemeine Ausführungen beschränkt hat, konnte sie das Berufungsgericht als unsubstantiiert unbeachtet lassen. Soweit er in einem in der ersten Instanz eingereichten Schriftsatz vom 22. April 1980 zusätzliche Kosten für fünf Dienstboten von 410 DM und 182 DM monatlich sowie zusätzliche Taxikosten von 300 DM monatlich behauptet hat, sind seine Ausführungen bestritten worden, ohne daß er für seine Behauptungen Beweis angetreten hat. Die Annahme des Berufungsgerichts, seine Mehraufwendungen würden durch die Zuschüsse seiner Arbeitgeberin ausgeglichen, ist daher aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

5. Entgegen der Rüge der Revision liegt ferner kein Rechtsverstoß darin, daß das Berufungsgerichts das freie Wohnen der Klägerin in einem Reihnhaus in Langen nicht einkommenserhöhend berücksichtigt hat. Denn es hat auf der anderen Seite auch das mietfreie Wohnen des Beklagten nicht als zusätzliches Einkommen veranschlagt.

6. Der Revision ist zuzugeben, daß das Berufungsgericht den unter Beweis gestellten Vortrag des Beklagten übergangen hat, er habe in den Monaten

Januar und Februar 1980 an den Sohn der Parteien einen Unterhalt von je 450 DM sowie weitere 100 DM an Krankenversicherungsbeiträgen bezahlt. Indessen wird der Bestand des angefochtenen Urteils dadurch nicht gefährdet. Auch wenn diese Aufwendungen von dem Einkommen des Beklagten abgesetzt werden, bleibt der zugesprochene Unterhalt von 800 DM monatlich noch unterhalb einer Quote von $\frac{2}{5}$ der Differenz zwischen den anrechenbaren Einkünften der Parteien. Wird der Unterhaltsanspruch nach einer Quote des verfügbaren Einkommens bemessen, wie das Berufungsgericht es getan hat, so ist bei einer sog. Doppelverdienerehe, wie sie hier vorliegt, an die Differenz der beiderseitigen Einkünfte anzuknüpfen (vgl. dazu etwa Senatsurteil vom 16. September 1981 - IVb ZR 674/80 - FamRZ 1981, 1165, 1166 m.w.N.). Den Unterhaltsanspruch nach einer von der Halbteilung abweichenden Quote der zusammengerechneten Einkünfte zu bemessen, wie es im angefochtenen Urteil geschehen ist, widerspricht dem Grundsatz der gleichmäßigen Teilhabe der Ehegatten am ehelichen Lebensstandard (BGH Urteil vom 13. Juni 1979 - IV ZR 189/77 - FamRZ 1979, 692, 693 f; Senatsurteil vom 8. April 1981 - IVb ZR 566/80 - FamRZ 1981, 539, 541). Die Zugrundelegung einer Quote von $\frac{2}{5}$ liegt auf tatrichterlichem Gebiet und ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

7. Im Tatbestand des Berufungsurteils ist als Verteidigungsvorbringen des Beklagten u.a. festgehalten, die Klägerin habe ihn in seinem beruflichen Fortkommen behindert. Dieses Vorbringen ist in den Entscheidungsgründen nicht gewürdigt. Die Revision rügt insoweit einen Verstoß gegen § 551 Nr. 7 ZPO, weil das von ihm detailliert und unter Beweisantritt vor-

getragene Verhalten der Klägerin geeignet sei, einen Ausschluß oder zumindest eine Minderung des Unterhaltsspruchs wegen grober Unbilligkeit (§ 1579 Abs. 1 Nr. 4 BGB) herbeizuführen. Auch diese Rüge greift letztlich nicht durch.

Zwar ist anerkannt, daß ein Verstoß gegen § 551 Nr. 7 ZPO nicht nur dann vorliegt, wenn eine Entscheidung überhaupt nicht begründet ist, sondern auch dann, wenn auf ein selbständiges Verteidigungsvorbringen im Sinne des § 146 ZPO nicht eingegangen ist (BGHZ 39, 333, 337; ebenso Stein/Jonas/Grumsky ZPO 20. Aufl. § 551 Rdn. 25; Zöllner/Schneider ZPO 13. Aufl. § 551 Anm. 7 a). Auch ist die rechtsvernichtende Einwendung des § 1579 Abs. 1 Nr. 4 BGB als derartiges selbständiges Verteidigungsvorbringen zu werten. Die Rechtsprechung hat aber aus prozeßwirtschaftlichen Gründen den Anwendungsbereich des § 551 Nr. 7 ZPO dahin eingeengt, daß ein Übergehen eines einzelnen Verteidigungsmittels dann unschädlich ist, wenn es sich sachlich ohne weiteres als ungeeignet erweist (BGHZ 39, 333, 339 m.w.N.). Ein solcher Fall liegt hier vor.

Die Vorwürfe des Beklagten ergeben weder einzeln noch zusammengekommen ein schwerwiegendes und einseitiges Fehlverhalten der Klägerin, das den Tatbestand des § 1579 Abs. 1 Nr. 4 BGB erfüllen könnte (vgl. dazu etwa Senatsurteil vom 3. Februar 1982 - IVb ZR 654/80 - FamRZ 1982, 463 m.w.N.). Soweit der Vortrag des Beklagten überhaupt substantiiert ist und nicht bloße Vermutungen enthält, wird lediglich ein Fehlverhalten der Klägerin ohne hinreichendes Gewicht behauptet. Das gilt insbesondere für jene Verhaltens-

weisen der Klägerin, die der Beklagte in den voraus-
gegangenen Ehescheidungsverfahren ohne Erfolg als
Scheidungsgründe nach altem Recht geltend gemacht
hat. Soweit ihr im Zusammenhang mit ihren Bemühungen,
für das gemeinschaftliche Kind und sich selbst Unter-
haltsforderungen zu realisieren, Rufschädigungen des
Beklagten angelastet werden, hat sie in Wahrnehmung
berechtigter Interessen gehandelt. Auch ergibt sich
aus dem Vortrag des Beklagten nicht, inwiefern es
sich um ein einseitiges, klar bei der Klägerin liegen-
des Fehlverhalten handeln soll, obwohl er selbst nach
der nicht bestrittenen Behauptung der Klägerin sich
zugunsten einer anderen Frau von ihr getrennt hat,
mit der er heute noch zusammenlebt.

II. Auskunfts- und Erstattungsanspruch

Einen Auskunftsanspruch des Beklagten auf Offenbarung
des Nettoeinkommens der Klägerin in der Zeit vom
1. Oktober 1969 bis 31. Januar 1973 hat das Berufungs-
gericht verneint, weil keine Anhaltspunkte dafür
gegeben seien, daß die Klägerin die einstweilige
Anordnung vom 6. März 1972 durch Täuschung erschlichen
habe. Ohne Erfolg macht der Beklagte demgegenüber
geltend, eine Auskunftspflicht bestehe bereits dann,
wenn ein begründeter Verdacht für eine zum Schadens-
ersatz verpflichtende Handlung bestehe. Eine so weit-
gehende Verpflichtung kann aus den Grundsätzen von
Treu und Glauben (§ 242 BGB) nicht hergeleitet werden.

Ein unterhaltsrechtlicher Auskunftsanspruch, sei
es aufgrund der Bestimmungen der §§ 1580, 1605 BGB,
sei es aufgrund von § 242 BGB, besteht nach dem
Senatsurteil vom 22. September 1982 (IVb ZR 304/81 -

FamRZ 1982, 1189, 1192) nur dann, wenn die Voraussetzungen des vorzubereitenden Unterhaltsanspruchs vorliegen, die von den wirtschaftlichen Verhältnissen unabhängig sind. Entsprechendes muß gelten, wenn - wie hier - ein Schadensersatzanspruch wegen Überzahlung von Unterhalt vorbereitet werden soll, der auf eine unerlaubte Handlung (§ 823 Abs. 2 BGB i.V. mit § 263 StGB) gestützt wird. Würde in diesen Fällen ein Auskunftsanspruch bereits auf einen Verdacht hin gewährt oder gar zu dem Zweck, eine unerlaubte Handlung erst zu ermitteln, liefe das auf eine allgemeine Auskunftspflicht hinaus, die dem deutschen Recht fremd ist (vgl. dazu BGH, Urteil vom 22. Januar 1964 - Ib ZR 199/62 - LM BGB § 242 [Be] Nr. 19; Palandt/Heinrichs BGB 42. Aufl. § 261 Anm. 2 m.w.N.).

Dem Berufungsgericht ist darin beizupflichten, daß der Beklagte nicht dargetan hat, die Klägerin habe in dem Verfahren, das zu der einstweiligen Anordnung vom 6. März 1972 geführt hat, vorsätzlich das Gericht getäuscht. Selbst wenn unterstellt wird, sie habe - entsprechend der Vermutung des Beklagten - erhaltene Lohnsteuerrückzahlungen nicht angegeben, bliebe offen, ob diese Frage für die gerichtliche Entscheidung von Bedeutung war. Nach damaligem Recht (§ 627 ZPO a.F.) konnte eine einstweilige Anordnung aufgrund einer bloß summarischen Prüfung unter Berücksichtigung der aus den typischen Verhältnissen gewonnenen allgemeinen Erfahrungen ergehen (BGHZ 24, 269, 272).

Auch der im Wege der Stufenklage verfolgte Erstattungsanspruch ist hiernach zu Recht abgewiesen wor-

B.

Die Revision der Klägerin ist nur teilweise begründet.

I. Unterhalt für das Jahr 1976

Einen Anspruch der Klägerin auf rückständigen Unterhalt für das Jahr 1976 in Höhe von 9.600 DM hat das Berufungsgericht mit der Begründung verneint, daß es für diesen Zeitraum an einem Verzug des Beklagten gefehlt habe (§§ 1361 Abs. 4 Satz 4, 1360 a Abs. 3, 1613 Abs. 1 BGB). Nach der Zurücknahme ihrer Unterhaltsklage im Dezember 1974 habe die Klägerin erstmals wieder im Jahre 1978 Unterhalt angemahnt. Demgegenüber macht die Revision ohne Erfolg geltend, der Beklagte habe über seine grundsätzliche Unterhaltspflicht nicht im Zweifel sein können; ihre Unterhaltsklage habe die Klägerin nur zurückgenommen, um den Unterhalt des damals noch minderjährigen Sohnes nicht zu gefährden.

Nach § 1613 Abs. 1 BGB kann für die Vergangenheit Unterhalt nur von der Zeit an gefordert werden, zu welcher der Verpflichtete in Verzug gekommen oder der Unterhaltsanspruch rechtshängig geworden ist. Zur Inverzugsetzung gehört grundsätzlich eine Mahnung nach Eintritt der Fälligkeit (§ 284 Abs. 1 Satz 1 BGB). Wenn im Jahre 1976 ein Unterhaltsanspruch der Klägerin bestanden hat, hat sie ihn nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht rechtswirksam angemahnt. Ihre letzte Handlung in der Unterhaltssache gegen den Beklagten war die Zurücknahme

der Unterhaltsklage im Dezember 1974. Damit hat sie auch die Mahnung zurückgenommen, die nach § 284 Abs. 1 Satz 2 BGB in der Erhebung der Klage lag. Auch wenn im allgemeinen eine Mahnung wegen laufenden Unterhalts nicht monatlich wiederholt zu werden braucht (vgl. MünchKomm/Köhler § 1613 Rdn. 3), können von einer zurückgenommenen Mahnung keinerlei Rechtswirkungen für künftigen Unterhalt ausgehen (vgl. Staudinger/Löwisch BGB 12. Aufl. § 284 Rdn. 74).

Ein Verzug ohne Mahnung aufgrund der Vorschrift des § 284 Abs. 2 BGB (Kalenderfälligkeit) setzt bei familienrechtlichen Unterhaltspflichten voraus, daß dem Verpflichteten seine Schuld sowohl nach ihrer Existenz als auch nach ihrem Umfang, also nach der Höhe des geschuldeten Betrages, bekannt ist, wie es insbesondere bei vertraglich vereinbarten Unterhaltsleistungen oder auch nach gerichtlicher Verurteilung der Fall ist (Senatsurteile vom 24. Juni 1981 - IVb ZR 596/80 - FamRZ 1981, 866, 867 und vom 26. Mai 1982 - IVb ZR 715/80 - FamRZ 1982, 887, 890). Eine derartige Kenntnis des Beklagten seiner Unterhaltsschuld für das Jahr 1976 ist nicht festgestellt. Daß die Klägerin ihn seinerzeit von dem jetzt vorgetragenen Motiv ihrer Klagerücknahme in Kenntnis gesetzt hätte, hat sie nicht behauptet.

Schließlich kann eine Mahnung entbehrlich sein, wenn der Schuldner Unterhaltsleistungen eindeutig und endgültig verweigert, was auch schon in der unvermittelten Einstellung bisher regelmäßig erbrachter Zahlungen gesehen werden kann (vgl. Köhler, Handbuch des Unterhaltsrechts 5. Aufl. Rdn. 141;

Soergel/Lange BGB 11. Aufl. § 1613 Rdn. 4). Die Klägerin hat jedoch nicht dargetan, daß der Beklagte Unterhaltszahlungen vor dem Jahre 1976 oder in diesem Jahr ausdrücklich verweigert hat. In der bloßen Nichtleistung von Unterhalt kann eine die Mahnung entbehrlich machende Unterhaltsverweigerung nicht gesehen werden.

II. Negative Feststellungsklage (Unterhalt für die Zeit vom 11. Juli 1978 bis 31. Dezember 1979)

1. Bis zum 10. Juli 1978, dem Zeitpunkt der Zustellung ihres Antrags auf einstweilige Anordnung nach § 620 Nr. 6 ZPO, hat die Klägerin wegen ihres Unterhalts nichts weiter unternommen. Für die Zeit vorher hat daher bereits das Amtsgericht - von der Anschlußberufung der Klägerin unbeanstandet - der negativen Feststellungsklage des Beklagten stattgegeben.

2. Die Zustellung des Antrags auf einstweilige Anordnung hat das Berufungsgericht zu Recht als Mahnung gewertet, da insoweit entsprechendes zu gelten hat wie bei der Zustellung einer Klageschrift oder eines Mahnbescheides nach § 284 Abs. 1 Satz 2 BGB. Nicht gefolgt werden kann jedoch dem Berufungsgericht, soweit es die Auffassung vertreten hat, durch die Abweisung des Antrags auf einstweilige Anordnung mit Beschluß vom 29. August 1979 sei die Wirkung dieser Mahnung rückwirkend hinfällig geworden, weil die Klägerin nicht unverzüglich ihre Rechte weiterverfolgt habe.

a) Die Wirksamkeit der Mahnung wurde nicht dadurch berührt, daß mit dem Antrag ein Unterhalt von monatlich 3.000 DM gefordert wurde, der möglicherweise beträchtlich zu hoch war. Wegen der Schwierigkeiten der Berechnung einer Unterhaltsforderung kann eine Mahnung in der Regel nicht deswegen als unwirksam angesehen werden, weil sie eine Zuvielforderung

enthält (Senatsurteil vom 26. Mai 1982 aaO; Soergel/Lange aaO § 1613 Rdn. 3). Sie ist vielmehr als Aufforderung zur Bewirkung der tatsächlich geschuldeten Leistung zu werten, zumal kein Zweifel daran bestehen kann, daß ein Unterhaltsgläubiger auch zur Annahme von Minderleistungen bereit ist.

b) Der Verzug des Beklagten hat jedenfalls bis zur Entscheidung über den Antrag der Klägerin ange-dauert, ohne daß es einer weiteren Mahnung bedurfte. Aus dem ablehnenden Beschluß vom 29. August 1979 hat das Berufungsgericht eine - rückwirkende - Beendigung des Verzuges hergeleitet, weil der Beklagte auf dessen Richtigkeit habe vertrauen dürfen und das Unterbleiben seiner Leistung gemäß § 285 BGB nicht zu vertreten gehabt habe. Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Wenn - wie für die Revisionsinstanz zu unterstellen ist - der Beschluß einen Unterhaltsanspruch der Klägerin zu Unrecht verneint hätte, könnte der Beklagte das Unterlassen von Unterhaltsleistungen nur mit einem - nicht zu vertretenden - Rechtsirrtum entschuldigen. Grundsätzlich erfordert aber der Geltungsanspruch des Rechts, daß der Verpflichtete das Risiko eines Irrtums über die Rechtslage selbst trägt und nicht dem Gläubiger zuschieben kann. In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs wird daher der Ausschluß des Schuldnerverzugs wegen unverschuldeten Rechtsirrtums (§ 285 BGB) an strenge Voraussetzungen geknüpft. So entschuldigt nicht einmal das Vertrauen auf eine Rechtsauffassung, die in den Gründen eines zwischen den Parteien ergangenen, rechtskräftigen oberlandesgerichtlichen Urteils zum Ausdruck gekommen ist, wenn mit einer abweichenden Beurteilung anderer

Gerichte oder des Bundesgerichtshofs gerechnet werden mußte (BGH, Urteil vom 18. April 1974 - KZR 6/73 - NJW 1974, 1903, 1904 f; s.a. BGH, Urteil vom 1. Dezember 1981 - VI ZR 200/80 - MDR 1982, 396). Bei dem Beschluß vom 29. August 1979 hat es sich sogar nur um eine aufgrund einer summarischen Prüfung gewonnene, vorläufige Entscheidung nach § 620 Nr. 6 ZPO gehandelt, die keiner materiellen Rechtskraft fähig ist (vgl. BGH, Urteil vom 14. März 1979 - IV ZR 98/78 - FamRZ 1979, 472, 473). Bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte der Beklagte daher nicht darauf vertrauen dürfen, daß damit die Frage seiner Unterhaltspflicht endgültig und zutreffend beurteilt worden sei. Er mußte vielmehr mit einer abweichenden Entscheidung im ordentlichen Unterhaltsprozeß rechnen, der ohne weiteres noch möglich war.

c) Die vorliegende Unterhaltsklage hat die Klägerin rund vier Monate nach Erlaß des Beschlusses vom 29. August 1979 eingereicht. Einer neuen Mahnung des Beklagten in der Zwischenzeit hat es nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) nicht bedurft (vgl. MünchKomm/Köhler aaO). Die Klägerin hat nicht eine angemessene Überlegungsfrist überschritten, die ihr vor der Erhebung der Unterhaltsklage zuzubilligen war. Wegen der Dauer dieser Frist kann an die gesetzgeberische Wertung angeknüpft werden, die der Vorschrift des § 212 Abs. 2 BGB zugrundeliegt. Danach bleibt die Unterbrechung der Verjährung durch Erhebung der Klage wirksam, wenn nach einer Prozeßabweisung binnen sechs Monaten erneut Klage erhoben wird.

3. Nach alledem hat der Schuldnerverzug des Beklagten von der Zustellung des Antrags auf einstweilige Anordnung bis zur Erhebung der Unterhaltsklage ange-

dauert. Seiner auf diesen Zeitraum bezogenen negativen Feststellungsklage kann daher nicht mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung stattgegeben werden. Es kommt vielmehr darauf an, ob für die fragliche Zeit ein Unterhaltsanspruch der Klägerin besteht. Da hierzu tatrichterliche Feststellungen nicht getroffen worden sind, mußte insoweit das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

Lohmann

Portmann

Blumenröhr

Zysk

Nonnenkamp