

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

D 28

BGB § 1612

Haben getrennt lebende Eltern vereinbart, in welcher Art jeder von ihnen einem Kind, für das die Sorge nicht geregelt oder das volljährig ist, den Unterhalt gewährt, kann sich ein Elternteil von dieser Vereinbarung jedenfalls nicht ohne besondere Gründe durch anderweitige Bestimmung der Art der Unterhaltsgewährung lösen.

BGH, Urt. v. 1. Juni 1983 - IVb ZR 365/81 - OLG Hamm

AG Recklinghausen

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IVb ZR 365/81

URTEIL

in dem Rechtsstreit

Verkündet am

1. Juni 1983

Ernst

Justizobersekretär

**als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle**

- 2 -

Der IVb - Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat
auf die mündliche Verhandlung vom 9. März 1983 durch den
Vorsitzenden Richter Lohmann und die Richter Portmann,
Dr. Blumenröhr, Dr. Krohn und Nonnenkamp

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 3. Senats
für Familiensachen des Oberlandesgerichts
Hamm vom 30. Juni 1981 wird auf Kosten des
Beklagten zurückgewiesen, jedoch wird der
erste Absatz des Urteilsausspruchs wie folgt
gefaßt:

Die Berufung des Beklagten gegen das
am 7. Januar 1981 verkündete Urteil
des Amtsgerichts Recklinghausen wird
auf seine Kosten mit der Maßgabe zu-
rückgewiesen, daß Nr. 2 des Urteils-
ausspruchs entfällt und Nr. 1 lautet:

Der Beklagte wird verurteilt, seit dem
2. Juli 1980 an den Kläger monatlich
495 DM Unterhalt jeweils bis zum 5. des
Monats im voraus zu zahlen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der am 11. Januar 1961 geborene Kläger ist ein ehe-
liches Kind des Beklagten. Seit der Trennung seiner Eltern



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

im Sommer 1977 lebt er bei seiner Mutter. In dem - noch nicht rechtskräftig abgeschlossenen - Scheidungsrechtsstreit der Eltern verpflichtete sich der Beklagte in einem zur Erledigung eines Verfahrens über den Erlaß einer Einstweiligen Anordnung geschlossenen Prozeßvergleich vom 20. Oktober 1977 u.a., seiner Ehefrau ab 1. November 1977 für den Kläger über freiwillig gezahlte 380 DM hinaus monatlich weitere 45 DM zu zahlen. Mit der Begründung, der freiwillig übernommene Unterhalt werde unregelmäßig geleistet, erwirkte die Ehefrau sodann eine Einstweilige Anordnung vom 28. September 1978, wonach der Beklagte ihr ab 1. Juli 1978 für den Unterhalt des Klägers über den durch den Prozeßvergleich vom 20. Oktober 1977 titulierten Betrag von 45 DM hinaus monatlich weitere 335 DM zu zahlen hat.

Mit der am 13. Oktober 1980 zugestellten Abänderungsklage hat der Kläger eine Erhöhung des Unterhalts verlangt und dies mit zwischenzeitlich veränderten Lebensverhältnissen und gestiegenem Einkommen des Beklagten begründet. Er hat beantragt, den Beklagten zu verurteilen, über die titulierten Beträge von (nach seiner Berechnung) zusammen 370 DM hinaus monatlich weitere 125 DM zu zahlen. Der Beklagte hat widerklagend die Feststellung begehrt, daß er seit dem 11. Januar 1979 keinen Unterhalt mehr schulde, weil der seither volljährige Kläger, der in der Schule nur mangelhafte Leistungen erbringe, einer Erwerbstätigkeit nachgehen könne. Das Amtsgericht hat der Klage mit Wirkung ab 2. Juli 1980 stattgegeben und die Widerklage abgewiesen.

Hiergegen hat der Beklagte Berufung eingelegt und diese in einem dem Kläger am 25. Februar 1981 zugestellten Schriftsatz zusätzlich damit begründet, er biete dem

Kläger ein Zimmer und freie Verpflegung an und schulde ihm deshalb keinen Barunterhalt. Das Oberlandesgericht hat die Berufung zurückgewiesen. Mit der - zugelassenen - Revision beantragt der Beklagte, das angefochtene Urteil aufzuheben und festzustellen, daß er dem Kläger seit dem 1. März 1981 keinen Barunterhalt mehr schulde.

Entscheidungsgründe:

Das Rechtsmittel hat in der Sache keinen Erfolg; es führt jedoch aus prozessualen Gründen zu einer anderen Fassung des angefochtenen Urteils.

I.

1. Das Berufungsgericht ist ohne nähere Prüfung davon ausgegangen, daß die im Scheidungsrechtsstreit der Eltern des Klägers getroffene Regelung über dessen Unterhalt im vorliegenden Verfahren abgeändert werden könne. Das trifft indessen nicht zu.

a) Weder der Prozeßvergleich vom 20. Oktober 1977 noch die Einstweilige Anordnung vom 28. September 1978 stellen Vollstreckungstitel zugunsten des Klägers dar.

aa) Dem Vergleich vom 20. Oktober 1977 kommt eine Rechtswirkung zugunsten des Klägers nicht gemäß § 1629 Abs. 3 BGB zu. Nach dieser Vorschrift kann, wenn ein Scheidungsverfahren anhängig ist, ein Elternteil im eigenen Namen den Unterhaltsanspruch des Kindes gegen den anderen Elternteil geltend machen; ein zwischen den

Eltern geschlossener gerichtlicher Vergleich wirkt auch für und gegen das Kind. Die Anwendung dieser Vorschrift setzt indessen - wie der Zusammenhang der beiden Sätze des § 1629 Abs. 3 BGB ergibt - voraus, daß der Vergleich den Unterhaltsanspruch des Kindes regelt, den es während der Anhängigkeit der Scheidungssache seiner Eltern weder für die Zeit nach der Scheidung noch für die davorliegende Zeit selbst geltend machen kann (Senatsurteil vom 23. Februar 1983 - IVb ZR 359/81 - FamRZ 1983 474). Ein eigener Unterhaltsanspruch des Klägers war jedoch nicht Gegenstand des Vergleichs vom 20. Oktober 1977. Dieser wurde zur Erledigung eines Verfahrens über den Erlaß einer Einstweiligen Anordnung geschlossen, die die Ehefrau des Beklagten im Scheidungsverfahren gemäß § 620 Abs. 1 Nr. 4 ZPO beantragt hatte. Ohne diesen Vergleich hätte das Familiengericht über den Antrag entscheiden müssen. Durch eine Einstweilige Anordnung hätte es indessen nur die Unterhaltungspflicht gegenüber dem Kläger "im Verhältnis der Ehegatten zueinander" regeln können, nicht aber im Verhältnis des Beklagten zum Kläger. Nach überwiegender, auch vom Senat geteilter Auffassung wirkt eine Einstweilige Anordnung über den Kindesunterhalt gemäß § 620 Abs. 1 Nr. 4 ZPO nicht zugunsten des Kindes (vgl. OLG Hamburg FamRZ 1982, 425; OLG Hamm FamRZ 1982 589, 590 a.E.; OLG Stuttgart FamRZ 1982, 945 LS; Zöllner/Philippi ZPO 13. Aufl., § 620 Anm. III 5 a; Thomas/Putzo ZPO 12. Aufl. § 620 Anm. 2 a dd; Stein/Jonas/Schlosser ZPO 20. Aufl. Rdn. 6 zu § 620; Baumbach/Lauterbach/Albers ZPO 41. Aufl. Anm. 6 A zu § 620). Einem Prozeßvergleich, durch den nichts anderes erreicht werden soll als eine der beantragten Einstweiligen Anordnung entsprechende Regelung, kann im Regelfall keine weitergehende Wirkung zugemessen werden, als sie die Einstweilige Anordnung

gehabt hätte (ebenso OLG Hamburg FamRZ 1980, 904, 905; 1982, 412; Klauser MDR 1981, 711, 715). Auch er entfaltet Rechtswirkung daher nur im Verhältnis der Ehegatten zueinander.

3
Allerdings ist denkbar, daß die Parteien eines Scheidungsrechtsstreits durch einen im Anordnungsverfahren geschlossenen Prozeßvergleich eine weitergehende Regelung treffen. Das setzt voraus, daß sie sich im Vergleich nicht nur über den Kindesunterhalt im Verhältnis zueinander verständigen, sondern dem Kind durch Vertrag zu seinen Gunsten ein eigenes Forderungsrecht verschaffen wollen. Für einen derartigen Willen der Vertragsschließenden müssen jedoch ausreichend sichere Anhaltspunkte vorliegen (vgl. Senatsurteil vom 17. März 1982 - IVb ZR 646/80 - FamRZ 1982, 587 m.w.N.). Daran fehlt es hier. Der im Prozeßvergleich vom 20. Oktober 1977 verwendete Wortlaut entspricht dem unter dem bis zum 30. Juni 1977 geltenden Rechtszustand üblichen Vergleichstext für Verpflichtungen des einen Elternteils gegenüber dem anderen, laufende Unterhaltszahlungen für ein bei diesem lebendes gemeinsames Kind zu erbringen. Ihm kann nicht mit der erforderlichen Sicherheit entnommen werden, daß die Ehegatten ein eigenes Forderungsrecht des Kindes begründen wollten. Auch andere Gesichtspunkte für eine solche Annahme sind im vorliegenden Fall nicht ersichtlich.

1
bb) Aus der Einstweiligen Anordnung vom 28. September 1978 kann der Kläger aus den gleichen Erwägungen nicht selbst vollstrecken. Auch dieser Titel wirkt nur zwischen den am Scheidungsverfahren beteiligten Ehegatten. Es bedarf daher keiner Prüfung der Frage, ob der Prozeßvergleich vom

20. Oktober 1977 durch eine Einstweilige Anordnung überhaupt abgeändert oder ergänzt werden konnte (vgl. dazu Klauser a.a.O. bei Fußnote 62 mit Rspr.-Hinweisen).

b) Selbst wenn jedoch die in dem Verfahren der Einstweiligen Anordnung geschaffenen Titel für und gegen den Kläger des vorliegenden Verfahrens wirken würden, käme eine Abänderungsklage nach § 323 ZPO nicht in Betracht. Eine Regelung nach § 620 Abs. 1 Nr. 4 ZPO unterliegt nicht der Abänderungsklage (vgl. Senatsurteil vom 9. Februar 1983 - IVb ZR 343/81 - FamRZ 1983, 355, 356). Das gilt auch für einen im Anordnungsverfahren geschlossenen Prozeßvergleich, jedenfalls wenn dessen Wirkungen - wie im vorliegenden Fall - nicht weitergehen als die der Einstweiligen Anordnung, die andernfalls erlassen worden wäre. Deshalb kann ein Unterhaltsgläubiger, zu dessen Gunsten bereits eine Einstweilige Anordnung besteht oder der sie doch alsbald erlangen könnte, gleichwohl die Leistungsklage erheben; ebenso hat umgekehrt ein durch Einstweilige Anordnung verpflichteter Unterhaltsschuldner die Möglichkeit, sich mit der (negativen) Feststellungsklage gegen seine Leistungspflicht zu wenden (vgl. Senatsurteil vom 9. Februar 1983 a.a.O.).

2. Der Kläger kann sein Begehren danach nicht im Wege der Abänderungsklage, sondern allein mit der Leistungsklage durchsetzen. In eine solche Leistungsklage läßt sich sein Begehren jedoch umdeuten.

Die Umdeutung einer fehlerhaften prozessualen Erklärung oder Handlung kommt in Betracht, wenn sie wegen ihrer Eindeutigkeit und Klarheit einer berichtigenden

Auslegung nicht zugänglich ist, aber den Voraussetzungen einer anderen, den gleichen Zwecken dienenden entspricht, die prozessual wirksam ist; die Umdeutung darf erfolgen, wenn ein entsprechender Parteiwille genügend deutlich erkennbar ist und kein schutzwürdiges Interesse des Gegners entgegensteht (vgl. Rosenberg/Schwab, Zivilprozeßrecht, 12. Aufl., § 67 II; vgl. auch Wieczorek, ZPO 2. Aufl. § 323 Anm. D I; grundlegend zur Umdeutung: Bauer ZZP 64, 329 ff). Denn der Zivilprozeß hat die Verwirklichung des materiellen Rechts zum Ziel; die für ihn geltenden Vorschriften sind nicht Selbstzweck, sondern Zweckmäßigkeitsnormen, die auf eine sachliche Entscheidung des Rechtsstreits im Wege eines zweckmäßigen und schnellen Verfahrens gerichtet sind (BGHZ 10, 350, 359). Wenn irgend vertretbar, müssen die Verfahrensvorschriften daher so verstanden und angewendet werden, daß sie eine Entscheidung über die materielle Rechtslage nicht verhindern, sondern ermöglichen (vgl. Gemeinsamer Senat der Obersten Gerichtshöfe, BGHZ 75, 340, 348), damit nach Möglichkeit vermieden wird, daß die bereits in den Vorinstanzen erlassene Sachentscheidung in der Revisionsinstanz aus formalen Gründen aufgehoben werden muß und der aufgewendete Einsatz von Kosten und Zeit sich als sinnlos erweist (zum Vertrauensschutz im Zivilprozeß vgl. BGHZ 72, 182, 187 ff; siehe im übrigen die eingehende Darstellung bei Zöllner/Vollkommer a.a.O. Einl. Anm. V 2 c bis e m.w.N.).

Bei Anwendung dieser Grundsätze bestehen keine durchgreifenden Bedenken, die Abänderungsklage des Klägers in eine Leistungsklage umzudeuten.

Der Kläger beansprucht vom Beklagten Barunterhalt in Höhe von monatlich 495 DM. Er verfolgt im vorliegenden

Verfahren das Ziel, für diesen Anspruch einen vollstreckungsfähigen Schuldtitel zu erlangen. Er hat sein Begehren nur deshalb in die Form einer Abänderungsklage gekleidet, weil er zu Unrecht angenommen hat, der im Scheidungsrechtsstreit seiner Eltern geschlossene Prozeßvergleich vom 20. Oktober 1977 und die im gleichen Verfahren erlassene Einstweilige Anordnung vom 28. September 1978 stellten bereits Vollstreckungstitel zu seinen Gunsten dar und unterlägen der Abänderungsklage. Ohne diese Annahme hätte der Kläger von vornherein seinen Unterhaltsanspruch im Wege einer (ersten) Leistungsklage geltend gemacht. Bei der Bezifferung des Antrages mit 125 DM über die vermeintlich bestehenden Titel hinaus hat sich der Kläger zwar um 10 DM verrechnet, denn die zugunsten seiner Mutter ergangenen Titel über 45 DM und weitere 335 DM ergeben zusammen 380 DM und nicht, wie vom Kläger angenommen, 370 DM; indessen ist dem Klagvortrag sicher zu entnehmen, daß der Kläger insgesamt 495 DM im Monat beansprucht. Würde die Abänderungsklage nicht in eine Leistungsklage über 495 DM monatlichen Unterhalt umgedeutet, bliebe das Klagbegehren ohne sachliche Prüfung, weil ein abänderbarer Schuldtitel zwischen den Parteien nicht besteht. Der Kläger wäre dann genötigt, einen Unterhaltstitel in einem neuen Verfahren im Wege der Leistungsklage zu erlangen. Der im vorliegenden Verfahren entstandene Aufwand an Zeit und Kosten wäre vergeblich gewesen. Der Umdeutung stehen keine schutzwürdigen Interessen des Beklagten entgegen. Seine prozessualen Erklärungen lassen mit hinreichender Deutlichkeit ebenfalls den Willen erkennen, über den Bestand des vom Kläger behaupteten Unterhaltsanspruchs im vorliegenden Verfahren eine materiell-rechtliche Entscheidung zu erlangen. Der Beklagte hat sich nicht damit begnügt, das Klagbegehren

zurückzuweisen. Er hat sich vielmehr mit dem Antrag auf Klagabweisung und der negativen Feststellungswiderklage seinerseits gegen den Bestand eines Unterhaltsanspruchs des Klägers in voller Höhe gewandt. Da danach eine materielle Prüfung des Unterhaltsanspruchs ohnehin geboten wäre, steht der Umdeutung nicht entgegen, daß dem Beklagten dadurch in einem Teilbereich eine Verteidigungsmöglichkeit verlorengeht: die zeitliche Begrenzung, die er einem Abänderungsbegehren gemäß § 323 Abs. 3 ZPO für die Zeit bis zur Erhebung der Klage entgegenhalten kann, besteht gegenüber der Leistungsklage nicht (vgl. unten zu II 1).

Die als negative Feststellungsklage erhobene Widerklage ist in einen Antrag auf Abweisung der Klage umzu-
deuten. Der Beklagte hat sich mit der Widerklage - auf der Grundlage des bisherigen Verständnisses der Klage als Abänderungsklage - gegen den Teil des Unterhaltsanspruchs gewehrt, für den vermeintlich bereits Schuldtitel zugunsten des Klägers bestanden. Die Umdeutung des Klagbegehrens in eine Leistungsklage über monatlich 495 DM muß daher zur Folge haben, das prozessuale Verlangen des Beklagten so zu verstehen, wie es zur Abwehr der Klage geboten gewesen wäre, wenn sie von Anfang an als Leistungsklage erhoben worden wäre. Der Beklagte hätte sein Verfahrensziel dann durch den Antrag auf Abweisung der Klage ausgedrückt.

II.

Materiell-rechtlich hält das angefochtene Urteil den Angriffen der Revision stand.

1. Das Berufungsgericht hat die Auffassung des Familiengerichts gebilligt, ein Unterhalt von 495 DM im Monat sei gerechtfertigt, weil dieser Betrag dem Kläger bei weiterem Schulbesuch nach Eintritt der Volljährigkeit entsprechend den Leitlinien der Familiensenate des Oberlandesgerichts Hamm zum Unterhaltsrecht nach dem festgestellten Einkommen des Beklagten zustehe.

Demgegenüber rügt die Revision zunächst, daß das Berufungsgericht den Unterhalt bereits ab 2. Juli 1980 zugesprochen habe, obwohl die Klagschrift erst im Termin vom 13. Oktober 1980 dem Prozeßbevollmächtigten des Beklagten übergeben und damit förmlich zugestellt worden sei.

Der Revision ist darin zuzustimmen, daß einer Abänderungsklage nur für die Zeit nach Erhebung einer solchen Klage stattgegeben werden darf (§ 323 Abs. 3 ZPO) und daß die Rechtshängigkeit im vorliegenden Fall nicht vor dem 13. Oktober 1980 eingetreten ist. Das Amtsgericht hatte die Klagschrift dem Beklagten unter dem 12. Juni 1980 ohne förmliche Zustellung ausdrücklich nur zur Stellungnahme im Armenrechtsverfahren übersandt und ihn am 2. Juli 1980 zu einem Anhörungstermin im gleichen Verfahren geladen. Für die Zeit ab Zugang eines Gesuchs auf Gewährung des Armenrechts kann einem Abänderungsbegehren nicht entsprochen werden (vgl. Senatsurteil vom 20. Januar 1982, IVb ZR 651/80 - FamRZ 1982, 365). Der Angriff der Revision bleibt gleichwohl ohne Erfolg, weil es wegen der Umdeutung des Klagbegehrens in eine Leistungsklage nicht mehr auf die Regelung des § 323 Abs. 3 ZPO ankommt, sondern auf die materielle Rechtslage. Nach § 1613 Abs. 1 BGB kann Unterhalt für die Vergangenheit jedoch

nicht erst ab Rechtshängigkeit verlangt werden, sondern schon von der Zeit an, zu welcher der Verpflichtete in Verzug gekommen ist. Als die den Verzug auslösende Mahnung kann auch die formlose Übersendung einer Klagschrift oder eines Antrages auf Armenrechtsgewährung angesehen werden (ebenso OLG Bremen FamRZ 1981, 958), die hier - wie dargelegt - vor dem 2. Juli 1980 erfolgt ist.

2. Das Berufungsgericht hat den Beklagten für verpflichtet gehalten, auch über den 1. März 1981 hinaus den dem Kläger geschuldeten Unterhalt durch Entrichtung einer Geldrente zu zahlen (§§ 1610 Abs. 2, 1612 Abs. 1 BGB). Dazu hat es ausgeführt, durch das in der Berufungsbeurteilung vom 23. Februar 1981 (erstmalig) gemachte Angebot, dem Kläger im elterlichen Haus ein Zimmer und freie Verpflegung zur Verfügung zu stellen, habe der Beklagte zwar bestimmt, daß er künftig den Unterhalt in natura leisten wolle (§ 1612 Abs. 2 Satz 1 BGB). Diese Bestimmung sei jedoch unwirksam, weil dem Beklagten das Bestimmungsrecht nicht allein zustehe und seine Bestimmung derjenigen der Mutter des Klägers widerspreche, die durch Versorgung des Klägers einen Teil des Unterhalts trage und weiterhin tragen wolle. Wenn bis zur Volljährigkeit eines Kindes der Unterhalt dahin geregelt worden sei, daß der eine Elternteil Naturalunterhalt leiste und der andere Barunterhalt, könne nach Eintritt der Volljährigkeit nicht eine widerstreitende Bestimmung eines Elternteils wirksam werden. Hiergegen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

a) Haben Eltern einem unverheirateten Kind Unterhalt zu gewähren, so können sie bestimmen, in welcher Art der Unterhalt gewährt werden soll (§ 1612 Abs. 2 Satz 1 BGB).

Der Senat hat bereits entschieden, daß das auch für die Unterhaltsgewährung nach Eintritt der Volljährigkeit des Kindes gilt (Urteil vom 3. Dezember 1980 - IVb ZR 537/80 - FamRZ 1981, 250, 251). Wie die Bestimmung zu treffen ist, wenn die Eltern des Kindes getrennt leben oder geschieden sind, regelt das Gesetz nur für minderjährige Kinder: Als Teil des Personensorge-rechts steht sie dem Inhaber dieses Rechts zu (§ 1631 Abs. 1 BGB); der Elternteil, dem die Sorge für die Person des Kindes nicht zusteht, kann eine Bestimmung nur für die Zeit treffen, in der das Kind in seinem Haushalt aufgenommen ist (§ 1612 Abs. 2 Satz 3 BGB). Solange beide Eltern das Sorgerecht noch gemeinsam besitzen, müssen sie versuchen, sich zu einigen (§ 1627 Satz 2 BGB), und wenn dies mißlingt, können sie eine Regelung mit Hilfe des Vormundschaftsgerichts anstreben.

b) Wie das Bestimmungsrecht gegenüber einem voll-jährigen Kind bei Trennung oder Scheidung seiner Eltern auszuüben ist, regelt das Gesetz nicht ausdrücklich. Da das elterliche Sorgerecht nicht mehr besteht, kann hieran nicht mehr angeknüpft werden. Ein Teil der Rechtsprechung und Literatur vertritt die Auffassung, daß in solchen Fällen das Bestimmungsrecht für die Art der Unterhaltsge-währung regelmäßig nur gemeinsam von beiden Eltern ausgeübt werden könne; inwieweit davon abgewichen werden dürfe, wird unterschiedlich beantwortet (vgl. OLG Hamm, 1. Familien-senat, FamRZ 1980, 192; OLG Karlsruhe FamRZ 1982, 521, 523; OLG Köln FamRZ 1982, 838; Erman-Küchenhoff 7. Aufl. § 1612 BGB Rdn. 2; Gernhuber Familienrecht § 42 III 3; AK-BGB Derleder § 1612 Rdn. 2; Göppinger Unterhaltsrecht 4. Aufl. Rdn. 383; wohl auch Soergel/Lange BGB 11. Aufl. § 1612 Rdn. 5). Diese Auffassung, die sich auf den Wortlaut

des § 1612 Abs. 2 Satz 1 BGB ("Eltern") beruft, wird u.a. damit begründet, das volljährige Kind dürfe nicht in einen Streit der Eltern über die Art der Unterhaltswährung verwickelt werden; ihm könne nicht das Recht beschnitten werden, seinen Wohnsitz und Aufenthaltsort selbst zu bestimmen; im Verhältnis der Eltern zueinander müsse dem Bestreben von getrennt lebenden Doppelverdienern entgegengewirkt werden, durch Bestimmung des eigenen Anteils als Naturalunterhalt den Barunterhalt ganz auf den anderen Elternteil abzuwälzen.

Dieser Meinung wird entgegengehalten, daß sie den Wortlaut des § 1612 Abs. 2 Satz 1 BGB überinterpretiere und dem Zweck dieser gesetzlichen Regelung widerspreche; denn sie könne dazu führen, daß das volljährige Kind bei Uneinigkeit seiner Eltern sich keiner verbindlichen Bestimmung der Art der Unterhaltsleistung ausgesetzt sehe; es könne dann praktisch selbst entscheiden, bei welchem Elternteil es den Naturalunterhalt entgegennehmen wolle, während sich der auf Barunterhalt in Anspruch genommene andere Elternteil dagegen nicht hinreichend zu wehren vermöchte. Dies könne nicht rechtens sein; im Falle des Getrenntlebens der Eltern müsse daher jeder Elternteil die Möglichkeit haben, für den Unterhaltsteil, für den er gem. § 1606 Abs. 3 Satz 1 BGB hafte, allein die Bestimmung nach § 1612 Abs. 2 BGB wirksam zu treffen (vgl. - auch zu den in Einzelheiten variierenden Begründungen und weiteren Voraussetzungen - OLG Hamm, 2. Zivilsenat, FamRZ 1981, 997; OLG Koblenz FamRZ 1982, 422; KG FamRZ 1982, 835, 836; OLG Hamburg FamRZ 1982, 1112 ff; Staudinger/Gotthardt 11. Aufl. § 1612 BGB Rdn. 21; Scheffler in RGRK 10/11. Aufl. § 1612 BGB Anm. 2; Köhler Handbuch des Unterhaltsrechts 5. Aufl. Rdn. 127).

c) Welcher dieser unterschiedlichen Auffassungen der Vorzug zu geben ist, braucht der Senat im vorliegenden Fall nicht zu entscheiden. Allerdings kann in dem mit der Berufungsbegründung unterbreiteten Angebot, dem Kläger ein Zimmer und freie Verpflegung im väterlichen Hause zur Verfügung zu stellen, eine (einseitige) Bestimmung des Beklagten über die Art der Unterhaltsgewährung erblickt werden (vgl. Senatsurteil vom 9. Februar 1983 - IVb ZR 354/81 - FamRZ 1983, 369). Ihr fehlt jedoch die Rechtswirkung, weil sich der Beklagte nicht einseitig von einer zuvor mit seiner Ehefrau vereinbarten anderweitigen Regelung lösen konnte. Unabhängig von seiner verfahrensrechtlichen Bedeutung liegt in dem Vergleich, den die Eltern des Klägers am 20. Oktober 1977 im Scheidungsrechtsstreit über die Unterhaltsgewährung für den damals noch minderjährigen Kläger im Verhältnis zueinander geschlossen haben, eine materiell-rechtlich wirksame Vereinbarung darüber, daß der Ehemann den Barunterhalt und die Ehefrau den Naturalunterhalt leisten solle. Zudem hatte der Beklagte schon vor dem Vergleichsschluß freiwillig Unterhalt an seine Ehefrau für den bei ihr lebenden Kläger gezahlt. Das Berufungsgericht hat außerdem festgestellt, daß die Mutter des Klägers weiterhin durch dessen Versorgung einen Teil des Unterhalts trägt. An die demnach durch jahrelange Anwendung bestätigte Vereinbarung mit seiner Ehefrau blieb der Beklagte gebunden. Es kann dahinstehen, ob im Einzelfall eine derartige Bindung auf Grund späterer Entwicklungen gelöst werden kann. Im vorliegenden Fall ist dafür nichts vorgetragen. Insbesondere ist durch den Eintritt der Volljährigkeit des Klägers die Vereinbarung nicht wirkungslos geworden; denn die tatsächlichen Lebensverhältnisse der Beteiligten blieben davon unberührt und die Aufteilung der Unterhaltsbeiträge zwischen den Eltern des Klägers war nicht Folge einer Sorgerechtsregelung; eine solche hatte das Familiengericht vielmehr im

Einvernehmen mit beiden Parteien des Scheidungsverfahrens unterlassen.

Einer wirksamen Bestimmung der Art der Unterhaltsgewährung ab 1. März 1981 steht nicht nur die fortwirkende Bindung an den Vergleich vom 20. Oktober 1977 und das - letztlich auf Treu und Glauben beruhende - Verbot entgegen, sich mit eigenem früheren Verhalten in Widerspruch zu setzen. Hinzukommt, daß die Bestimmung des Beklagten unvereinbar ist mit der seiner Ehefrau, die - wenn Eltern dieses Recht nicht überhaupt nur gemeinsam ausüben können - ein gleichartiges Bestimmungsrecht besitzt und es hier - vor dem Beklagten, aber mit dessen Einverständnis - in der Weise ausgeübt hat, daß sie dem Kläger den Naturalunterhalt gewährt.

Lohmann

Portmann

Blumenröhr

Krohn

Nonnenkamp