

10

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IVb ZR 376/81

URTEIL

in dem Rechtsstreit

Verkündet am
27. April 1983
Ernst
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Der IVb - Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 27. April 1983 durch den Vorsitzenden Richter Lohmann und die Richter Dr. Blumenröhr, Dr. Macke, Dr. Zysk und Nonnenkamp

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird unter Zurückweisung des Rechtsmittels im übrigen das Urteil des 5. Senats für Familiensachen des Oberlandesgerichts Hamm vom 11. September 1981 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Amtsgerichts Iserlohn vom 3. Februar 1981 für den Zeitraum ab 1. Januar 1981 zurückgewiesen worden ist.

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:

Dem Kläger wurde im Ehescheidungsverfahren der Parteien durch einstweilige Anordnung des Amtsgerichts vom 26. Juli 1979 aufgegeben, an die Beklagte ab

7777 - 213606

- 3 -

1. Mai 1979 "für die Dauer des durch § 620 f ZPO bestimmten Zeitraums" einen Unterhalt von monatlich 377,71 DM zu zahlen. Durch Urteil vom 18. Dezember 1979, rechtskräftig seit dem 15. Februar 1980, wurde die Ehe geschieden. Aus ihr sind zwei - inzwischen erwachsene - Kinder hervorgegangen, die zunächst bei der Beklagten verblieben.

Im vorliegenden Verfahren hat der Kläger die Feststellung begehrt, daß der Beklagten über den Zeitpunkt der Rechtskraft des Scheidungsurteils hinaus kein Unterhaltsanspruch mehr gegen ihn zustehe. Er hat insbesondere geltend gemacht, daß die Beklagte sich durch Einkommen aus eigener Erwerbstätigkeit unterhalten könne.

Das Amtsgericht hat die Klage abgewiesen, weil die Beklagte nach wie vor einen Aufstockungsunterhalt in der durch die einstweilige Anordnung titulierten Höhe beanspruchen könne. Dies ergebe sich aus dem Unterschied der beiderseitigen Einkünfte. Die Beklagte könne aus gesundheitlichen Gründen nur eingeschränkt arbeiten.

Die hiergegen gerichtete Berufung des Klägers hat das Oberlandesgericht zurückgewiesen. Mit der - zugelassenen - Revision verfolgt der Kläger sein erstinstanzliches Begehren weiter.



Entscheidungsgründe:

Die Revision ist teilweise begründet.

1. Zutreffend sind die Vorinstanzen davon ausgegangen, daß eine einstweilige Anordnung nach § 620 Satz 1 Nr. 6 ZPO für die Zeit nach dem Eintritt der Rechtskraft des Scheidungsurteils fortwirkt, die Parteien aber die Möglichkeit haben, den Bestand des Unterhaltsanspruchs in einem ordentlichen Rechtsstreit klären zu lassen, und zwar der Gläubiger durch Leistungsklage, der Schuldner - neben der Möglichkeit der Vollstreckungsabwehrklage - durch negative Feststellungsklage (vgl. im einzelnen Senatsurteil vom 9. Februar 1983 - IVb ZR 343/81 - FamRZ 1983, 355). Die vom Kläger erhobene negative Feststellungsklage ist somit zulässig.

2. Das Berufungsgericht hält einen Anspruch der Beklagten auf nachehelichen Unterhalt gemäß §§ 1572, 1573 Abs. 2 BGB für gegeben. Es führt aus, die ehelichen Lebensverhältnisse der Parteien seien in wirtschaftlicher Hinsicht allein durch die Einkünfte des Klägers geprägt gewesen, die auf rund 1.900 DM im Monat zu veranschlagen seien. Unter Berücksichtigung des Kaufkraftschwundes und der Mehrkosten, die durch die Führung getrennter Haushalte bedingt seien, könne die Beklagte den ehelichen Lebensstandard nur aufrecht erhalten, wenn ihr monatlich rund 1.200 DM zur Verfügung stünden.

Davon verdiene sie rund 825 DM im Monat selbst durch die nach der Scheidung aufgenommene Erwerbstätigkeit als Montagearbeiterin. Sie arbeite zwar nur sechs Stunden täglich, doch ergebe sich aus dem amtsärztlichen Gutachten vom 25. November 1980, daß sie aus gesundheitlichen Gründen nicht in der Lage sei, mehr zu arbeiten. Der Kläger müsse daher die titulierten 377,71 DM monatlich nach wie vor zuzahlen, damit der volle Unterhalt der Beklagten erreicht sei. Dazu sei er ohne Gefährdung des eigenen angemessenen Unterhalts imstande, weil er in der Zeit vom März 1980 bis Juni 1981 monatliche Einkünfte von insgesamt 2.060 DM, ab 1. Juli 1981 solche von insgesamt 1.712 DM erzielt habe.

3. Diese Ausführungen greift die Revision mit der Begründung an, daß das bereits in erster Instanz erholte Gutachten vom 25. November 1980 die Feststellung einer auf sechs Stunden täglich beschränkten Erwerbsfähigkeit der Beklagten nicht trage. Das Berufungsgericht habe die Feststellung des Gutachtens übersehen, nach einer weiteren Behandlung der leichten Übererregbarkeit der Beklagten sei "in absehbarer Zeit mit einer normalen Arbeitszeit von acht Stunden täglich zu rechnen." Zu Unrecht sei daher das mit der Berufungsbegründung gemachte Beweisangebot übergangen worden, daß die Beklagte acht Stunden täglich arbeiten könne.

Dieser Rüge kann der Erfolg nicht versagt bleiben, soweit das Berufungsgericht allein aufgrund

des Gutachtens vom 25. November 1980 von einer auf sechs Stunden täglich beschränkten Erwerbsfähigkeit der Beklagten über Dezember 1980 hinaus ausgegangen ist. Der Sachverständige hat ihren Gesundheitszustand aufgrund einer am 24. November 1980 durchgeführten Untersuchung dahin beurteilt, daß sie in der Lage sei, ihre bisherige Tätigkeit von sechs Stunden täglich weiterhin auszuüben, daß sie aber in absehbarer Zeit bei weiterer Behandlung auch acht Stunden täglich arbeiten könne. Im Zeitpunkt der Berufungsverhandlung vom 11. September 1981, in dem auch eine Prognose auf die voraussehbare künftige Entwicklung der Verhältnisse zu stellen war (Göppinger/Häberle Unterhaltsrecht 4. Aufl. Rdn. 1002), bestand nach dieser Beurteilung die Möglichkeit, daß der Beklagten eine Erwerbstätigkeit von acht Stunden täglich zumuten war. Die Feststellungen des Gutachtens enthoben daher das Gericht nicht der Notwendigkeit, dem Beweisantritt des Klägers nachzugehen. Durch die Unterlassung der gebotenen Beweisaufnahme hat das Berufungsgericht somit gegen § 286 ZPO verstoßen.

Dadurch wird der Bestand des angefochtenen Urteils allerdings nur insoweit in Frage gestellt, als die einstweilige Anordnung vom 26. Juli 1979 für die Zeit nach dem 1. Januar 1981 aufrecht erhalten worden ist. Für die Zeit davor konnte das Berufungsgericht aufgrund des bereits vorliegenden Gutachtens ohne Rechtsverstoß seiner Entscheidung eine auf sechs Stunden täglich eingeschränkte Erwerbsfähigkeit der Beklagten zugrundelegen. Für die Zeit

danach mußte die Sache an das Oberlandesgericht zurückverwiesen werden, damit es unter Nachholung der gebotenen Feststellungen erneut über den Unterhaltsanspruch der Beklagten befindet.

4. Daß die Beklagte im August 1981 eine teurere Wohnung zu einem monatlichen Mietzins von 661,62 DM bezogen hat, mindert entgegen der Auffassung der Revision ihren Unterhaltsanspruch nicht. Ungeachtet ihres Umzugs kann die Beklagte nur einen an den ehelichen Lebensverhältnissen im Zeitpunkt der Scheidung orientierten Unterhalt verlangen. Dies hat das Berufungsgericht auch beachtet, indem es für die Zeit nach dem Umzug einen unveränderten Lebensbedarf der Beklagten zugrundegelegt hat. Aus dem gleichen Grunde ist unerheblich, daß der Sohn der Parteien im Oktober 1981 Zeitsoldat geworden und aus der Wohnung der Beklagten ausgezogen ist.

5. Für die neue Verhandlung wird noch auf folgendes hingewiesen:

Nach den bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts ist beiden Parteien aus dem Verkauf des Hauses, in dem sich die frühere eheliche Wohnung befunden hat, ein Erlösanteil von je 75.000 DM zugeflossen. Der Kläger habe den Betrag teilweise für Anschaffungen verwandt, habe Schulden abgedeckt, seine im Versorgungsausgleich gekürzten Rentenanwartschaften aufgestockt und die Miete für seine jetzige Wohnung für 13 Jahre vorausgezahlt. Die

Beklagte habe ihren Anteil ebenfalls teilweise für Anschaffungen sowie für Zuwendungen an die Kinder verwandt. Rund 50.000 DM stünden ihr noch zur Verfügung. Sie habe diesen Betrag nicht angelegt und erziele daraus keine nachhaltigen regelmäßigen Einkünfte, sondern wolle über die Verwendung - nach sachkundiger Beratung - in Kürze befinden, wobei sie an ihre Altersvorsorge und die Einrichtung ihrer neuen Wohnung denke. Nach der Auffassung des Berufungsgerichts sind ihr bei dieser Sachlage Einkünfte aus dem Erlösanteil, die ihren Unterhaltsanspruch gegen den Kläger berühren könnten, nicht zuzurechnen.

Diese Beurteilung berücksichtigt nicht, daß einem Unterhaltsberechtigten, der aus einem zur Verfügung stehenden Kapital keine Erträge erzielt, Erträge anzurechnen sind, die er in zumutbarer Weise hätte erzielen können (vgl. Schwab Handbuch des Scheidungsrechts Rdn. 311; Göppinger/Häberle aaO Rdn. 1087 ff.; s.a. BGH, Urteil vom 24. Oktober 1979 - IV ZR 171/78 - FamRZ 1980, 126, 128). Soweit der Beklagten zugestanden worden ist, erst nach dem 11. September 1981 über die Anlage des Kapitals zu entscheiden, ist der - bisher nicht festgestellte - Zeitpunkt von Bedeutung, zu dem ihr der Erlösanteil zugeflossen ist. Dieser dürfte vor dem 9. März 1981 gelegen haben, da der Kläger mit der Berufungsbeurteilung von diesem Tage den Zufluß des Geldes - unbestritten - geltend gemacht hat. Das Berufungsgericht wird daher in der neuen Verhandlung auch zu überprüfen haben, ob und ggfs. seit wann die Beklagte

im Verhältnis zu dem unterhaltspflichtigen Kläger gehalten war, das Geld ertragbringend anzulegen. Die Beklagte wird Gelegenheit haben, ihren Vertrag zu diesem Punkt gegebenenfalls zu ergänzen, zumal sie insoweit darlegungs- und beweispflichtig ist (BGH, Urteil vom 24. Oktober 1979 aaO; Senatsurteil vom 8. Dezember 1982 - IVb ZR 331/81 - FamRZ 1983, 150, 152). Bei Berücksichtigung des bisherigen unstreitigen Sachverhalts und einer angemessenen Überlegungsfrist erscheint allerdings ausgeschlossen, daß der Beklagten fiktive Kapitalerträge schon für die Zeit vor dem 1. Januar 1981 anzurechnen sind, so daß der Zeitraum bis Ende des Jahres 1980 auch insoweit nicht betroffen ist.

Lohmann

Blumenröhr

Macke

Zysk

Nonnenkamp