

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IVb ZR 384/81

URTEIL

in dem Rechtsstreit

Verkündet am
11. Mai 1983

Ernst
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Der IVb - Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 11. Mai 1983 durch den Vorsitzenden Richter Lohmann und die Richter Dr. Blumenröhr, Dr. Krohn, Dr. Macke und Dr. Zysk

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 17. Zivilsenats - Senat für Familiensachen - des Kammergerichts vom 21. August 1981 wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien haben am 20. Mai 1966 die Ehe geschlossen, aus der die am 22. Januar 1969 geborene Tochter Andrea und der am 12. Juli 1970 geborene Sohn Dirk hervorgegangen sind. Der Beklagte ist, wie schon während der Ehe, als Kraftfahrer tätig; die Klägerin hat gelegentlich als Hausangestellte gearbeitet. Seit Anfang 1977 lebten die Parteien getrennt, wobei zunächst beide Kinder bei der Klägerin verblieben.

Im Scheidungsverfahren hat das Amtsgericht am 28. September 1977 eine einstweilige Anordnung erlassen, wonach der Beklagte für die Klägerin eine

- 3 -

monatliche Unterhaltsrente von 133 DM, für die beiden Kinder eine solche von je 250 DM zu zahlen hat. Die Ehe ist durch Urteil vom 19. September 1979, rechtskräftig seit dem 23. Mai 1980, geschieden worden. Die elterliche Sorge für das Kind Dirk ist der Klägerin übertragen worden, für das Kind Andrea dem Beklagten, nachdem dieses sich im November 1979 zu ihm begeben hatte. Während der berufsbedingten Abwesenheit des Beklagten wird Andrea von der Großmutter, der Mutter des Beklagten, betreut.

Im vorliegenden Rechtsstreit nimmt die Klägerin den Beklagten auf Zahlung von Unterhalt in Anspruch, weil sie wegen der Betreuung des Kindes Dirk keiner vollen Erwerbstätigkeit nachgehen könne. Der Beklagte verweist darauf, daß auch er ein Kind zu versorgen habe. Im Wege der Widerklage begehrt er die Feststellung, daß er nicht verpflichtet sei, an die Klägerin Unterhalt zu zahlen.

Das Amtsgericht hat den Beklagten unter Abweisung der Widerklage verurteilt, an die Klägerin ab 17. Januar 1980 einen monatlichen Unterhalt von 276 DM und ab 4. April 1980 einen solchen von 500 DM zu zahlen. Auf die Berufung des Beklagten hat das Kammergericht das amtsgerichtliche Urteil teilweise abändert und der Klägerin folgende Unterhaltsbeträge zugesprochen: vom 17. Januar 1980 bis 3. April 1980 monatlich 276 DM; vom 4. April 1980 bis 31. Dezember 1980 monatlich 314,60 DM; vom 1. Januar 1981 bis



31. Januar 1981 monatlich 308,04 DM; ab 1. Februar 1981 monatlich 290,96 DM. Im übrigen hat es das Rechtsmittel des Beklagten zurückgewiesen. Die Entscheidung ist veröffentlicht in FamRZ 1982, 386. Mit der - zugelassenen - Revision verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungs- und Widerklageantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision hat im Ergebnis keinen Erfolg.

1. Der Zulässigkeit der Leistungsklage der Klägerin steht nicht die im Scheidungsverfahren ergangene einstweilige Anordnung vom 28. September 1977 entgegen, da diese gemäß § 620 f ZPO durch ein im ordentlichen Rechtsstreit ergangenes Urteil abgelöst wird. Eine solche vorläufige Regelung schafft auch keine Bindungen, wie sie aufgrund des § 323 ZPO für eine Abänderungsentscheidung gelten (Senatsurteil vom 9. Februar 1983 - IVb ZR 343/81 - FamRZ 1983, 355).
2. Der Unterhaltsanspruch der Klägerin richtet sich bis zum 23. Mai 1980, dem Zeitpunkt der Rechtskraft des Scheidungsurteils, nach § 1361 BGB, für die spätere Zeit nach § 1570 BGB.

Daß im vorliegenden Fall sowohl die Klägerin als auch der Beklagte ein gemeinschaftliches Kind betreuen, schließt einen Unterhaltsanspruch der Klägerin nach § 1570 BGB nicht von vornherein aus,

wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat. Ob in derartigen Fällen ein Unterhaltsanspruch gegeben ist und welchem von beiden Ehegatten er für einen bestimmten Zeitraum zusteht, hängt von der beiderseitigen Unterhaltsbedürftigkeit und Leistungsfähigkeit ab (vgl. Soergel/Häberle BGB 11. Aufl. § 1569 Rdn. 22; MünchKomm/Richter Ergänzung zu § 1570 Rdn. 14 a.E.; Göppinger/Wenz Unterhaltsrecht 4. Aufl. Rdn. 285; abweichend Schwab, Handbuch des Scheidungsrechts, Rdn. 298, wonach Gesichtspunkte der Billigkeit entscheiden sollen).

3. Die Unterhaltsbedürftigkeit der Klägerin hat das Kammergericht bejaht, weil sie wegen der Betreuung des im Zeitpunkt der Berufsentscheidung 11jährigen Kindes Dirk nur einer Teilzeitbeschäftigung nachgehen und von den erzielten Einkünften ihren Bedarf nicht vollständig decken könne. Seit dem 1. Juli 1980 arbeite sie halbtags als Reinigungskraft und verdiene monatlich 476,68 DM netto. Hinzuzurechnen sei das Wohngeld von 188 DM monatlich. Vor dem 1. Juli 1980 habe die Klägerin als Hausangestellte gearbeitet und etwa dieselben Einkünfte erzielt. Das von ihr betreute Kind leide an einer Epilepsie. Die Krankheit schließe aber nicht aus, daß der Junge regelmäßig die Schule besuche und einen Leistungssport ausübe. Auch die Kontrolle der regelmäßigen Arztbesuche und der Medikamenteneinnahme werde der Klägerin nicht dadurch erschwert, daß sie halbtags arbeiten gehe. Insgesamt sei nicht ersichtlich, daß ihr aufgrund der Erkrankung

des Sohnes keine Teilzeitbeschäftigung zuzumuten sei, vielmehr seien die tatsächlich von ihr erzielten Einkünfte in voller Höhe auf ihren Unterhaltsanspruch anzurechnen.

Diese Ausführungen sind aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Auch wenn in Fällen, in denen beide Ehegatten Kinder betreuen, eine erhöhte Erwerbsobliegenheit des Unterhaltsberechtigten in Betracht gezogen werden muß (Senatsurteil vom 26. Januar 1983 - IVb ZR 344/81 - zur Veröffentlichung bestimmt), konnte das Berufungsgericht im Hinblick auf die Behinderung des von der Klägerin betreuten Kindes ohne Rechtsverstoß zu dem Ergebnis gelangen, daß die von ihr tatsächlich ausgeübte Erwerbstätigkeit zumutbar ist, aber auch nicht mehr als diese.

4. Das durchschnittliche monatliche Nettoeinkommen des Beklagten als Kraftfahrer hat das Berufungsgericht mit 2.104,23 DM im Jahre 1980 und 2.091,73 DM im Jahre 1981 festgestellt. Es beschwert den Beklagten nicht, daß hierbei zu Unrecht die vermögenswirksamen Leistungen als einkommensmindernd und die Arbeitnehmer-Sparzulagen als einkommenserhöhend berücksichtigt worden sind (zur zutreffenden Berücksichtigung dieser Posten vgl. Senatsurteil vom 25. Juni 1980 - IVb ZR 530/80 - FamRZ 1980, 984 f).

Das Berufungsgericht führt weiter aus, das Einkommen des Beklagten könne bei der Ermittlung des der Klägerin zustehenden Unterhaltsanspruchs nicht in

voller Höhe in Ansatz gebracht werden, weil ihm im Hinblick auf die Betreuung der 12jährigen Tochter Andrea nur eine Halbtagsbeschäftigung obliege. Aus Gründen der Gleichbehandlung könne der Vater insoweit nicht anders gestellt werden als die Mutter, die sich in derselben Situation befinde. Auch wäre es rein willkürlich, die Fortsetzung einer schon während der Ehe ausgeübten vollen Erwerbstätigkeit anders zu beurteilen als die Neuaufnahme einer solchen. Das Problem der Anrechnung von tatsächlich erzielten Einkünften des Unterhaltsverpflichteten aus unzumutbarer Erwerbstätigkeit sei nicht durch entsprechende Anwendung des § 1577 Abs. 2 BGB zu lösen, da diese Vorschrift auf die Verhältnisse des Unterhaltsberechtigten zugeschnitten sei; es sei vielmehr nach den Grundsätzen von Treu und Glauben ein Teil der erzielten Einkünfte des Unterhaltsverpflichteten unberücksichtigt zu lassen. Trotz der Maßgeblichkeit der Umstände des Einzelfalles sei es im Interesse der Rechtssicherheit unverzichtbar, für Fälle dieser Art allgemeine Richtlinien zu entwickeln. Eine solche finde sich in Teil 2 A 5 b der Düsseldorfer Tabelle nach dem Stand vom 1. Januar 1979 (FamRZ 1978, 854, 855), wonach Einkünfte aus zumutbarer Tätigkeit voll anzurechnen seien, Einkünfte aus unzumutbarer Tätigkeit dagegen nur zur Hälfte. Diese Richtlinie ermögliche im Regelfall eine billige und angemessene Regelung und könne auch im vorliegenden Fall herangezogen werden. Da dem Beklagten nur eine Halbtagsbeschäftigung zuzumuten sei, sei nur die Hälfte seines Einkommens voll anrechenbar, von dem Rest sei die Hälfte abzusetzen.

Das ergebe anrechnungsfreie Beträge von monatlich 526,06 DM im Jahre 1980 und 522,93 DM im Jahre 1981.

Diese Ausführungen sind zwar nicht in allen Punkten bedenkenfrei, enthalten jedoch keinen Rechtsverstoß zum Nachteil des Beklagten.

a) Das Berufungsgericht ist im wesentlichen unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung beider Ehegatten davon ausgegangen, dem Beklagten sei wie der Klägerin nur eine Halbtagsbeschäftigung zuzumuten. Dabei hat es Umständen keine hinreichende Beachtung geschenkt, die für eine abweichende Beurteilung dieser Frage bei dem Beklagten sprechen können. Es kommt in Fällen dieser Art vor allem darauf an, welche Möglichkeiten jedem Ehegatten nach seinen persönlichen Verhältnissen zu Gebote stehen, um Kindesbetreuung und Berufstätigkeit zu bewältigen und beides miteinander zu vereinbaren (Senatsurteil vom 26. Januar 1983 aaO). Dabei kann entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts die Fortsetzung einer bereits ausgeübten Berufstätigkeit eher zugemutet werden als die Aufnahme einer neuen (vgl. Senatsurteil vom 23. September 1981 - IVb ZR 600/80 - FamRZ 1981, 1159, 1161). Im vorliegenden Fall ist weiter zu berücksichtigen, daß die Tochter des Beklagten während seiner beruflichen Abwesenheit von der Großmutter betreut wird und Erschwernisse, wie sie bei dem bei der Klägerin lebenden Kind durch dessen Epilepsie auftreten, nicht bestehen. Eine umfassende Würdigung der beiderseitigen Verhältnisse hätte daher zu dem Ergebnis führen können, dem

Beklagten könne anders als der Klägerin mehr als eine Halbtagsbeschäftigung angesonnen werden. Jedenfalls hat aber das Berufungsgericht die Erwerbsobliegenheit des Beklagten nicht zu hoch angesetzt.

b) Die Auffassung des Berufungsgerichts, daß die Anrechenbarkeit von Einkünften des Unterhaltspflichtigen aus unzumutbarer Erwerbstätigkeit nach den Grundsätzen von Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles zu beurteilen ist, steht in Einklang mit der ständigen Rechtsprechung des Senats (Urteile vom 25. Juni 1980 - IVb ZR 530/80 - FamRZ 1980, 984, vom 19. Mai 1982 - IVb ZR 702/80 - FamRZ 1982, 779, 780, vom 24. November 1982 - IVb ZR 310/81 - FamRZ 1983, 146, 148 und zuletzt vom 26. Januar 1983 aaO). Die entsprechende Anwendung des § 1577 Abs. 2 BGB, wie sie die Revision im Anschluß an das OLG Hamm (FamRZ 1980, 255, 256) erstrebt, ist nicht vereinbar mit dem Wortlaut und der systematischen Stellung dieser Vorschrift, die die Anrechnung von Einkünften des Unterhaltsberechtigten regelt.

c) Bei der Bemessung eines aus Billigkeitsgründen vorzunehmenden Abzugs von den Einkünften des Beklagten hat das Berufungsgericht auf die pauschalierende Regel in Teil 2 A 5 b der Düsseldorfer Tabelle nach dem Stand vom 1. Januar 1979 zurückgegriffen, wonach bei der Ermittlung des Kindesunterhalts Einkünfte des sorgeberechtigten Elternteils aus unzumutbarer Erwerbstätigkeit nur zur Hälfte anzurechnen sind. Dies ist nicht unbedenklich. In seinem Urteil vom 19. Mai 1982

(aa0) hat der Senat dargelegt, daß die Berücksichtigung von konkreten Aufwendungen für eine Betreuung des Kindes durch Dritte während der berufsbedingten Abwesenheit des Unterhaltspflichtigen dem Grundsatz von Treu und Glauben besser gerecht wird als die pauschale Nichtanrechnung eines Teils des Einkommens. Im vorliegenden Fall hat der Beklagte nicht geltend gemacht, daß ihm derartige Kosten entstehen, während das Kind von der Großmutter versorgt wird. Er hat auch nichts dazu vorgetragen, daß er Berufstätigkeit und Kindesbetreuung nur unter Inkaufnahme erheblicher Einschränkungen im persönlichen Bereich vereinbaren könne.

Die Frage, ob und nach welchen Maßstäben in Fällen dieser Art aus Gründen der Billigkeit ein Abzug von den Einkünften des Unterhaltsverpflichteten vorgenommen werden kann, braucht hier aber nicht abschließend beantwortet zu werden. Auf die Revision des Beklagten können die vom Berufungsgericht anrechnungsfrei belassenen Beträge von 526,06 monatlich im Jahre 1980 und von 522,93 DM monatlich im Jahre 1981 nicht vermindert werden. Andererseits sind diese Beträge so hoch bemessen, daß weder bei Berücksichtigung fiktiver Kosten einer Fremdbetreuung des Kindes noch des Ausgleichs für einen erhöhten persönlichen Einsatz des Beklagten noch sonstiger Billigkeitsgründe ein für diesen günstigeres Ergebnis in Betracht kommt.

5. Ohne Erfolg rügt die Revision, daß das Berufungsgericht vom Beklagten dargelegte fixe Unkosten von 838,28 DM im Monat nicht besonders berücksichtigt hat.

Dabei handelt es sich nach der Aufstellung im Schriftsatz vom 20. März 1980 um die laufende Miete mit Nebenkosten von zusammen 488,78 DM, Kosten für die Kfz-Versicherung und Kfz-Steuer von zusammen 170 DM, Telefongebühren von 31 DM, Kosten für die Hausratsversicherung von 10 DM sowie eine Rückzahlungsrate für ein Einrichtungsdarlehen von 132,50 DM. Diese Unkosten - mit Ausnahme der Darlehensverbindlichkeit - hat das Berufungsgericht zu Recht als Kosten der privaten Lebensführung angesehen, die aus dem dem Unterhaltspflichtigen verbleibenden Einkommensteil bestritten werden müssen und in den gebräuchlichen Unterhaltstabellen bei der Bemessung des sogenannten Selbstbehalts berücksichtigt sind (vgl. dazu Göppinger/Wenz aaO Rdn. 1153). Was die behauptete Darlehensverbindlichkeit betrifft, hat der Beklagte nicht substantiiert deren Art, Anlaß und Entstehungszeit vorgetragen, so daß sich das Berufungsgericht zu Recht außerstande gesehen hat, sie als die Leistungsfähigkeit einschränkend anzuerkennen (vgl. dazu Senatsurteil vom 7. Oktober 1981 - IVb ZR 598/80 - FamRZ 1982, 23, 24 m.w.N.).

6. Bei der Unterhaltsbemessung ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, daß die Klägerin an sich 3/7 der Differenz der beiderseitigen anrechnungsfähigen Einkünfte zu beanspruchen habe (monatlich 391,50 DM im Jahre 1980 und 387,48 DM im Jahre 1981). Es hat die Notwendigkeit einer weiteren Kürzung gesehen, weil das anrechnungsfähige Einkommen des Beklagten abzüglich des ihm zu belassenden Selbstbehalts nicht zur vollen Deckung

der Unterhaltsansprüche der Klägerin und der beiden Kinder ausreiche. Den tatsächlich hierfür zur Verfügung stehenden Betrag hat es in der Weise aufgeteilt, daß es die Ansprüche sämtlicher Unterhaltsberechtigten verhältnismäßig herabgesetzt hat.

Diese Berechnungsweise hat die Revision nicht angegriffen. Sie läßt auch keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Beklagten erkennen.

a) Hätte das Berufungsgericht von dem verteilungsfähigen Einkommen des Beklagten die Unterhaltsbeträge der Kinder vorweg abgezogen wie im Regelfall in der Praxis verfahren wird, hätte sich für die Klägerin ein geringerer Unterhaltsbetrag ergeben. Es ist jedoch nicht zu beanstanden, sondern trägt der aus § 1609 Abs. 2 BGB folgenden Gleichrangigkeit des Unterhaltsanspruchs des geschiedenen Ehegatten mit denjenigen der unverheirateten minderjährigen Kinder Rechnung, wenn in sogenannten Mangelfällen sowohl der Ehegattenunterhalt als auch der Kindesunterhalt verhältnismäßig herabgesetzt werden (vgl. dazu Senatsurteil vom 10. Dezember 1980 - IVb ZR 534/80 - FamRZ 1981, 241, 242; OLG Bamberg FamRZ 1981, 59; Göppinger/Wenz aaO Rdn. 877; Soergel/Häberle aaO § 1578 Rdn. 4; s.a. Unterhaltsrichtlinien des OLG Köln FamRZ 1982, 100, 103 f unter Nr. 27).

b) Nicht bedenkenfrei ist allerdings, daß das Berufungsgericht bei seiner Berechnung für das Kind Dirk statt des an sich für maßgebend angesehenen

Tabellenunterhalts von 228 DM monatlich einen solchen von 250 DM monatlich zugrundegelegt hat, weil insoweit die einstweilige Anordnung des Familiengerichts vom 28. September 1977 fortwirke. Ungeachtet des bestehenden Titels hätte es diese Frage so beurteilen müssen, wie wenn es über die Ansprüche aller Unterhaltsberechtigten gleichzeitig zu befinden gehabt hätte (vgl. dazu BGH, Urteil vom 23. Januar 1980 - IV ZR 2/78 - FamRZ 1980, 555, 557). Eine einstweilige Anordnung gemäß § 620 Satz 1 Nr. 4 ZPO ist keiner materiellen Rechtskraft fähig und hat gemäß § 620 f ZPO jeder "anderweitigen Regelung" zu weichen. Wenn die Unterhaltspflicht lediglich in den Gründen eines nachfolgenden Urteils anderweitig beurteilt wird, ist der Schuldner des Unterhaltstitels gegebenenfalls darauf verwiesen, dessen formelle Abänderung mit der jederzeit möglichen negativen Feststellungsklage herbeizuführen. Auch der insoweit vorliegende Rechtsfehler kann aber auf die Revision des Beklagten nicht korrigiert werden, weil dies eine - geringfügige - Erhöhung des Unterhaltsanspruchs der Klägerin bewirken würde.

Lohmann

Blumenröhr

Krohn

Macke

Zysk