

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB §§ 1361, 1569 ff.

In welchem Umfang bei der Bemessung des Ehegattenunterhalts das (Mehr-)Einkommen eines Ehegatten aus einer Erwerbstätigkeit zu berücksichtigen ist, die dieser neben der Sorge für die ehelichen Kinder über das gebotene Maß hinaus ausübt, ist nach den Grundsätzen von Treu und Glauben zu beurteilen. Läßt der Ehegatte die Kinder in dem infolge der Erwerbstätigkeit erforderlichen Umfang gegen Entgelt anderweitig betreuen, kann das Einkommen abzüglich des Betreuungsaufwands angerechnet werden.

BGH, Urt.v. 19. Mai 1982 - IVb ZR 702/80 - OLG Köln, AG Köln

20

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IVb ZR 702/80

URTEIL

Verkündet am
19. Mai 1982
Ernst,
Justizsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in der Familiensache

Saarfried A [REDACTED], S [REDACTED] weg [REDACTED], K [REDACTED],

Beklagter und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dres. [REDACTED]
und [REDACTED] -

gegen

Gudrun Gertrud A [REDACTED] geb. H [REDACTED], Z [REDACTED]straße [REDACTED],
K [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

20

- 2 -

Der IVb - Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die
mündliche Verhandlung vom 19. Mai 1982 durch den Vorsitzenden
Richter Lohmann und die Richter Portmann, Dr. Seidl, Dr.
Blumenröhr und Nonnenkamp

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das
Urteil des 21. Zivilsenats - Senat für
Familiensachen - des Oberlandesgerichts
Köln vom 19. Juni 1980 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und
Entscheidung, auch über die Kosten der
Revision, an das Berufungsgericht zurück-
verwiesen.

Von Rechts wegen



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

20

- 3 -

Tatbestand:

Die Parteien haben im Jahre 1956 die Ehe geschlossen, aus der neben einer bereits verheirateten Tochter zwei am 2. April 1964 und 6. Juni 1965 geborene Söhne hervorgegangen sind. Im Oktober 1978 ist die Klägerin aus der Ehewohnung ausgezogen. Seither leben die Parteien getrennt. Die beiden Söhne sind in der Obhut des (berufstätigen) Beklagten verblieben.

Die Klägerin begehrt vom Beklagten Unterhalt für die Zeit des Getrenntlebens. Das Amtsgericht hat ihr - unter Abweisung der weitergehenden Klage - für einen Teil des Monats Januar 1979 150 DM und für die Zeit ab 1. Februar 1979 monatlich 440 DM zugesprochen. Die Berufung des Beklagten ist erfolglos geblieben. Mit der (zugelassenen) Revision erstrebt der Beklagte wie in den Vorinstanzen die Abweisung der Klage in vollem Umfang.

Entscheidungsgründe:

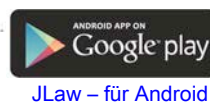
Die Revision hat Erfolg.

I. In sachlich-rechtlicher Hinsicht hält das Berufungsurteil der Nachprüfung - jedenfalls im Ergebnis - stand.

1. Der Beklagte hat sich auf einen Ausschluß des Unterhaltsan-



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



spruchs nach §§ 1361 Abs. 3, 1579 Abs. 1 Nr. 3 und 4 BGB berufen und geltend gemacht, die Klägerin habe ihn wegen eines anderen Mannes verlassen, mit dem sie seit der Trennung in eheähnlicher Gemeinschaft zusammenlebe. Das Oberlandesgericht hat einen Ausschluß oder eine Kürzung des Unterhaltsanspruchs verneint und hierzu ausgeführt: Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme könne nicht festgestellt werden, daß die Klägerin im Klagezeitraum eine eheähnliche Wohn- und Lebensgemeinschaft mit einem neuen Lebensgefährten begründet habe. Nach der Aussage des vom Beklagten benannten Zeugen unterhalte dieser zwar seit geraumer Zeit geschlechtliche Beziehungen zur Klägerin; eine Wohngemeinschaft zwischen dem Zeugen und der Klägerin habe indessen nur im Oktober 1978 bestanden. Es könne auch nicht davon ausgegangen werden, daß die Klägerin den Beklagten grundlos verlassen habe. Die Klägerin habe bereits in einem früheren, durch Aussöhnung erledigten Ehescheidungsverfahren geltend gemacht, daß der Beklagte seit Jahren übermäßig dem Alkohol zuspreche und sie dann bedrohe und körperlich mißhandele. Die gleichen Gründe habe sie auch im jetzt anhängigen Ehescheidungsverfahren als Ursache des Scheiterns der Ehe angegeben. Dieses Vorbringen sei nicht widerlegt und vom Beklagten nicht einmal substantiiert bestritten worden.

Diese Ausführungen halten im Ergebnis der von der Revision erbetenen sachlich-rechtlichen Überprüfung stand.



20

- 5 -

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ist ein schwerwiegendes, klar bei einem der Ehegatten liegendes Fehlverhalten geeignet, die Voraussetzungen des § 1579 Abs. 1 Nr. 4 BGB zu erfüllen. Ein schwerwiegendes Fehlverhalten in diesem Sinne kann nicht nur in der (gegen den Willen des anderen Ehegatten erfolgten) Begründung einer eheähnlichen Gemeinschaft, sondern auch schon in der Aufnahme eines nachhaltigen, auf längere Dauer angelegten intimen Verhältnisses mit einem anderen Partner liegen. Der auf Unterhalt in Anspruch genommene Ehegatte trägt jedoch die Darlegungs- und Beweislast dafür, daß ein einseitiges, klar bei dem anderen Ehegatten liegendes Fehlverhalten vorliegt. Insoweit können Verfehlungen des unterhaltspflichtigen Ehegatten von einigem Gewicht Bedeutung erlangen, die dem Unterhalt begehrenden Gatten das Festhalten an der Ehe erheblich erschwert haben und dessen eigenes Fehlverhalten in einem mildereren Licht erscheinen lassen. Solche Vorwürfe hat der in Anspruch genommene Ehegatte, der sich auf die rechtsvernichtende Einwendung des § 1579 Abs. 1 Nr. 4 BGB beruft, gegebenenfalls zu widerlegen (vgl. zu allem: Senatsurteil vom 3. Februar 1982 - IVb ZR 654/80 - FamRZ 1982, 463 m.w.N.).

Nach diesen Grundsätzen ist es nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht vom Beklagten verlangt hat, den Vortrag der Klägerin über seinen übermäßigen Alkoholkonsum und die damit zusammenhängenden Vorgänge auszuräumen, und daß es angesichts des nicht widerlegten Vortrags die Voraussetzungen des § 1579



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 6 -

Abs. 1 Nr. 4 BGB verneint hat. Die Frage, ob die Anwendung dieser Vorschrift auch deshalb ausscheiden müßte, weil der Beklagte nach den Feststellungen des Berufungsgerichts inzwischen seinerseits eine andere Frau in seinen Haushalt aufgenommen hat, bedarf danach keiner Prüfung mehr.

2. Der Beklagte hat nach den Feststellungen des Berufungsgerichts eine Frau und deren 15-jährigen Sohn in seinen Haushalt aufgenommen. Diese Frau versorgt neben einer Teilzeitberufstätigkeit den Haushalt und hilft dem Beklagten auch bei der Betreuung der beiden minderjährigen Söhne der Parteien. Der Beklagte zahlt ihr für Benzinkosten wöchentlich 50 DM und stellt ihr für den 5-Personen-Haushalt ein Wirtschaftsgeld von wöchentlich 200 DM zur Verfügung.

Das Berufungsgericht hat der Unterhaltsbemessung das gesamte Einkommen des Beklagten einschließlich der darin enthaltenen Vergütung für durchschnittlich 50 bis 60 Überstunden im Monat zugrunde gelegt; davon hat es den Barunterhaltsbedarf der beiden Kinder sowie die finanziellen Zuwendungen an die im Haushalt tätige Frau (einschließlich der im Wirtschaftsgeld enthaltenen anteiligen Verpflegungskosten für diese und ihren Sohn) abgezogen und vom Restbetrag zuzüglich der Hälfte des Kindergeldes der Beklagten einen Anteil von 5/13 zugebilligt.

Gegen diese Berechnung, deren Ergebnis die vom Amtsgericht



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

20

- 7 -

zugesprochene Unterhaltsrente erreicht (und sogar übersteigt), wendet sich die Revision ohne Erfolg.

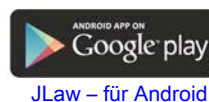
a) Die Revision macht geltend, daß der Beklagte im Hinblick auf die Betreuung der beiden ehelichen Kinder - die zu Beginn des Klagezeitraums 13 und 14 Jahre, im Zeitpunkt der Berufungsverhandlung 14 (nahezu 15) und 16 Jahre alt waren - allenfalls gehalten gewesen sei, eine Halbtagsstätigkeit auszuüben. Sie meint, das Einkommen des Beklagten sei danach nur in Höhe der Vergütung einer Halbtagsstätigkeit bei der Unterhaltsbemessung anzusetzen. Daß der Beklagte seine ganztägige Berufstätigkeit nach der Trennung beibehalten habe und sich von der bei ihm lebenden Frau bei der Betreuung der Kinder helfen lasse, beruhe darauf, daß ihm die Klägerin keinen Unterhalt leisten könne, der es ihm erlauben würde, sich auf eine Halbtagsstätigkeit zu beschränken. Der Betreuungsaufwand für die Kinder könne im übrigen nicht rechnerisch bewertet werden und sei jedenfalls in der vom Berufungsgericht bezifferten Höhe zu niedrig angesetzt.

Mit diesen Angriffen dringt die Revision nicht durch.

Es kann dahingestellt bleiben, ob bei der hier gegebenen Sachlage den Beklagten trotz der Betreuungsbedürftigkeit der bei ihm lebenden ehelichen Kinder im Verhältnis zur Klägerin die unterhaltsrechtliche Obliegenheit traf, seine Erwerbstätigkeit in dem vor der Trennung der Parteien ausgeübten Umfang beizu-



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



behalten (vgl. dazu die Senatsurteile vom 23. September 1981 - IVb ZR 600/80 - FamRZ 1981, 1159 und vom 4. November 1981 - IVb ZR 629/80 - FamRZ 1982, 148, jeweils m.w.N.). Selbst wenn er seine Erwerbstätigkeit hätte einschränken dürfen, um die Betreuung der Kinder in größerem Umfang persönlich wahrnehmen zu können, würde dies nicht zur Folge haben, daß das Einkommen aus der über das gebotene Maß hinaus ausgeübten Erwerbstätigkeit bei der Unterhaltsbemessung unberücksichtigt bleiben müßte. Die Frage, in welchem Umfang ein solches (Mehr-)Einkommen bei der Unterhaltsbemessung anzurechnen ist, muß nach den Grundsätzen von Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles beantwortet werden (vgl. Senatsurteil vom 23. September 1981 aaO S. 1160 m.w.N.). Damit steht es in Einklang, das Einkommen aus einer trotz der Kinderbetreuung ausgeübten Berufstätigkeit unter Abzug des Betrages anzusetzen, der für die infolge dieser Berufstätigkeit notwendig gewordene anderweitige Betreuung der Kinder aufgewendet werden mußte. Dies hat der Bundesgerichtshof bereits für einen Fall entschieden, in dem die (nach § 58 EheG) unterhaltsberechtignte Ehefrau eine Erwerbstätigkeit aufgenommen hatte und die Kinder in Ganztagschulen versorgen ließ (Urteil vom 29. November 1978 - IV ZR 8/78 - FamRZ 1979, 210, 211; vgl. auch Senatsurteil vom 21. Mai 1980 - IVb ZR 522/80 - FamRZ 1980, 771, 772). Die dem zugrunde liegende Billigkeitserwägung gilt in gleicher Weise für den hier vorliegenden Fall, daß der (nach § 1361 BGB n.F.)



10

- 9 -

Unterhaltspflichtige eine Erwerbstätigkeit ausübt und dafür die Kinder anderweitig betreuen läßt.

Danach stellt es keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Beklagten dar, wenn das Berufungsgericht seine Zuwendungen an die bei ihm lebende Frau, die die Kinder mitversorgt, vom anzurechnenden Einkommen abgesetzt, im übrigen aber das Einkommen angerechnet hat. Eine derartige Berücksichtigung der konkreten Umstände wird in Fällen, in denen der berufstätige Ehegatte die mit seiner Berufstätigkeit verbundene Einschränkung der persönlichen Sorge für die Kinder dadurch ausgleicht, daß er die Kinder im erforderlichen Umfang gegen Entgelt anderweitig versorgen läßt, dem Grundsatz von Treu und Glauben besser gerecht als die pauschale Nichtanrechnung eines Teils des Einkommens. Der konkreten Bewertung des zusätzlichen Aufwands für die Kinderbetreuung steht nicht entgegen, daß in Bezug auf die Unterhaltspflicht der Eltern gegenüber minderjährigen unverheirateten Kindern Bar- und Betreuungsunterhalt grundsätzlich als gleichwertig anzusehen sind und insoweit ein Ansatz des Geldwerts der Betreuungsleistungen ausscheidet (Senatsurteil vom 2. Juli 1980 - IVb ZR 519/80 - FamRZ 1980, 994). Das hat seinen Grund in der Vorschrift des § 1606 Abs. 3 Satz 2 BGB, die insoweit die Betreuungsleistungen des einen Elternteils den Barleistungen des anderen im Wege einer typisierenden Wertung für den Regelfall gleichsetzt. Das schließt jedoch nicht aus, bei der Berechnung des Ehegattenunterhalts den



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Aufwand zu ermitteln, der dem sorgeberechtigten Elternteil dadurch entsteht, daß er infolge seiner Berufstätigkeit die Betreuung der Kinder (zum Teil) auf Dritte übertragen muß.

Die Feststellungen zur tatsächlichen Höhe der Zuwendungen an die Betreuungsperson, die auf den Angaben des Beklagten beruhen, sind von der Revision nicht angegriffen worden. Entgegen der Ansicht der Revision mußte das Berufungsgericht nicht davon ausgehen, daß die Zuwendungen unangemessen niedrig waren. Es handelte sich nicht um eine ganztägige Sonderbetreuung der Kinder, sondern um die Mitversorgung im gemeinsamen Haushalt. Darüber hinaus fiel der Beklagte durch seine Berufstätigkeit für die persönliche Betreuung der - schon heranwachsenden - Kinder nicht völlig aus, sondern konnte insbesondere die eigentlichen Erziehungsaufgaben daneben persönlich wahrnehmen. Bei dieser Sachlage bedarf es keiner Prüfung mehr, welche Folgerungen sich für den Unterhaltsanspruch der Klägerin ergeben würden, wenn die beim Beklagten lebende Frau die (Mit-)Betreuung der Kinder der Parteien gegen eine unangemessen niedrige Gegenleistung übernommen hätte.

b) Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich zugleich, daß die Notwendigkeit der Kinderbetreuung im Hinblick auf die Berücksichtigung des hierfür entstandenen konkreten Mehraufwands nichts darüber besagt, ob und in welchem Umfang der Ansatz der Vergütung für die vom Beklagten geleisteten Überstun-



20

- 11 -

den gerechtfertigt ist. Diese Frage ist vielmehr nach den hierfür allgemein geltenden Grundsätzen zu beantworten (vgl. dazu das Senatsurteil vom 25. Juni 1980 - IVb ZR 53o/80 - FamRZ 1980, 984). Danach kann es im vorliegenden Fall aus Rechtsgründen nicht beanstandet werden, wenn das Berufungsgericht die Überstundenvergütung voll berücksichtigt hat. Es hat angenommen, daß es sich bei den Überstunden - auch vom Ausmaß her - um einen "geradezu typischen, regulären und untrennbaren" Bestandteil des vom Beklagten ausgeübten Berufes handelte, zu dessen Aufgabe als Schachtmeister es gehört habe, morgens als erster und abends als letzter auf der Baustelle zu sein. Nach dieser - von der Revision nicht angegriffenen - tatrichterlichen Feststellung kann es nicht als Verstoß gegen Treu und Glauben angesehen werden, wenn das Berufungsgericht die Überstundenvergütung in die Unterhaltsberechnung einbezogen hat. Diese Vergütung hat auch während der intakten Ehe die Lebensverhältnisse der Ehegatten mitgeprägt.

II. Das Berufungsurteil ist jedoch aufzuheben, weil die von der Revision erhobenen Verfahrensrügen durchgreifen.

1. Die Revision greift mit Recht die Feststellung des Berufungsgerichts an, daß der von der Klägerin erzielte Verdienst aus den von ihr ausgeübten Aushilfstätigkeiten monatlich nur 200 DM betrage. Das Berufungsgericht hat diese Feststellung aufgrund der "glaubhaften Angaben" der Klägerin



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 12 -

getroffen und aus diesem Grunde die Vernehmung zweier Zeugen für entbehrlich erachtet, mit denen der Beklagte unter Beweis gestellt hat, daß die Klägerin bei diesen Zeuginnen als Putz- und Haushaltshilfe einen monatlichen Verdienst von mindestens 260 DM erzielt habe. Dies war rechtsfehlerhaft. Der Tatrichter kann zwar im Rahmen der freien Beweiswürdigung (§ 286 ZPO) auch bloßen Parteibehauptungen Glauben schenken. Er darf aber aufgrund einer so gewonnenen Überzeugung nicht Beweisanträge, insbesondere solche auf Vernehmung von Zeugen, ablehnen mit der Begründung, daß das Gegenteil der behaupteten Tatsache bereits erwiesen sei. Darin würde eine verbotene, vorweggenommene Würdigung der nicht erhobenen Beweise liegen (BGHZ 53, 245, 260).

Dieser Verfahrensfehler hat sich auf die Entscheidung ausgewirkt. Das Berufungsgericht hat angenommen, daß mit dem Verdienst der Klägerin von 200 DM und einem etwa anzusetzenden Entgelt für die Betreuung ihres Freundes an den Wochenenden der Betrag von 360 DM nicht erreicht werde, um den der Mindestbedarf der Klägerin den zugesprochenen Unterhaltsbetrag übersteige. Ob diese Rechnung auch für den Fall des vom Kläger behaupteten höheren Verdienstes im Ergebnis aufrechterhalten bleiben kann, muß gegebenenfalls einer neuen tatrichterlichen Würdigung vorbehalten bleiben.

2. Darüber hinaus rügt die Revision zu Recht, daß das Be-



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

20

- 13 -

berufungsgericht den Antrag des Beklagten, ein fachärztliches Gutachten über die Arbeitsfähigkeit der Klägerin einzuholen, unberücksichtigt gelassen hat. Der Beklagte hat substantiiert dargelegt, daß er das im ersten Rechtszug eingeholte amtsärztliche Gutachten ebenso wie die von der Klägerin im zweiten Rechtszug vorgelegte Bescheinigung des behandelnden Arztes als für eine abschließende Beurteilung unzureichend erachtete. Sein Vorbringen, zur Frage der von ihm behaupteten Arbeitsfähigkeit der Klägerin müsse "notfalls" ein fachärztliches Gutachten eingeholt werden, durfte unter diesen Umständen nicht lediglich als Anregung einer in das Ermessen des Gerichts gestellten Beweisaufnahme (vgl. BGHZ 66, 62, 69) aufgefaßt werden. Das Vorbringen des Beklagten genügte der Formvorschrift des § 403 ZPO. Die Einschränkung, daß das Gutachten "notfalls" eingeholt werden müsse, sollte ersichtlich nur zum Ausdruck bringen, daß nach Auffassung des Beklagten die Klägerin beweisfällig geblieben war und das Gutachten vorsorglich für den Fall erbeten wurde, daß das Gericht diese Auffassung nicht teilte.

Wie das Berufungsgericht nicht verkannt hat, war das amtsärztliche Gutachten aus dem ersten Rechtszug seinem Inhalt nach nicht für den gesamten in Frage stehenden Zeitraum aussagekräftig. Auch die - im Wege des Urkundenbeweises verwertbare - Bescheinigung des behandelnden Arztes lag im Zeitpunkt der Berufungsverhandlung bereits länger zurück und ergab keine



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 14 -

abschließende, gesicherte Prognose. Beide Gutachten waren darüber hinaus sehr kurz gefaßt und beschrieben den Krankheitszustand nur pauschal. Unter diesen Umständen begegnet es durchgreifenden Bedenken, wenn das Berufungsgericht "angesichts des Zustandbildes der rheumatischen Erkrankung" der Klägerin ohne Einholung des beantragten Sachverständigengutachtens darauf geschlossen hat, daß sich die Folgen der Erkrankung nicht kurzfristig beheben oder nachhaltig bessern ließen.

Lohmann

Portmann

Seidl

Blumenröhr

Nonnenkamp



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)