

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

UÄndG Art. 6 Nr. 1 Satz 4; BGB §§ 1361 Abs. 3, 1579 Abs. 1 Nr. 4
a.F., 1570, 1634 Abs. 1

a) Die materiell-rechtlichen Vorschriften des Gesetzes zur Änderung unterhaltsrechtlicher, verfahrensrechtlicher und anderer Vorschriften - UÄndG - vom 20. Februar 1986 (BGBl I 301) gelten nur für Unterhalt, der nach dem 31. März 1986 fällig geworden ist.

b) Zur Frage, ob der personensorgeberechtigte Elternteil seinen Unterhaltsanspruch dadurch gemäß § 1579 Abs. 1 Nr. 4 BGB a.F. ganz oder teilweise verliert, daß er mit den Kindern auswandert und damit dem anderen Elternteil die Ausübung des Umgangsrechtes erschwert.

BGH, Urt. vom 14. Januar 1987 - IVb ZR 65/85 - OLG Schleswig
AG Lübeck

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IVb ZR 65/85

URTEIL

Verkündet am
14. Januar 1987
Ernst,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Hans-Dietrich H [REDACTED], T [REDACTED] Allee [REDACTED], L [REDACTED],

Kläger, Widerbeklagter
und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

gegen

Birgit K [REDACTED] - H [REDACTED] geb. Ha [REDACTED],
c/o Sabine und Dieter S [REDACTED], S [REDACTED] Road, F [REDACTED]
[REDACTED], M [REDACTED]/USA,

Beklagte, Widerklägerin
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

2

- 2 -

Der IVb – Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. Januar 1987 durch den Vorsitzenden Richter Lohmann und die Richter Portmann, Dr. Krohn, Dr. Macke und Nonnenkamp

für Recht erkannt:

- Die Revision gegen das Urteil des 2. Senats für Familiensachen des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts in Schleswig vom 1. Juli 1985 wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die im Jahre 1970 geschlossene Ehe der Parteien ist seit 15. Februar 1980 geschieden. Die Parteien streiten darüber, ob der Beklagten Trennungs- und nachehelicher Unterhalt zusteht.

Der Kläger nahm im Jahre 1977 Beziehungen zu einer anderen Frau auf, mit der er seitdem zusammenlebt. Nach der Aufnahme dieser Beziehungen wandte sich auch die Beklagte einem neuen Partner (K.) zu und lebte von etwa Juli/August bis Oktober/November 1978 mit ihm zusammen.



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



- 3 -

In dem im April 1978 eingeleiteten Ehescheidungsverfahren wurde durch einstweilige Anordnungen vom 24. Juli 1978 die elterliche Sorge für die der Ehe entstammenden, 1971 und 1975 geborenen Kinder J. und P. für die Dauer des Scheidungsverfahrens der Beklagten übertragen und dem Kläger aufgegeben, ab 1. September 1978 an die Beklagte - neben Unterhalt für die Kinder - monatlich 564 DM Unterhalt für sie selbst zu zahlen. Mit Verbundurteil vom 29. Januar 1979, durch das die Ehe der Parteien geschieden wurde, übertrug das Amtsgericht - Familiengericht - die elterliche Sorge auch für die Zeit nach der Ehescheidung der Beklagten.

Im Februar 1979 verzog diese ohne Wissen des Klägers und entgegen vorherigen Erklärungen, sie beabsichtige keine Auswanderung, mit den Kindern auf eine Insel in der Karibik. Insbesondere darauf stützte der Kläger eine Beschwerde gegen die in dem Verbundurteil getroffene Sorgerechtsregelung. Das Oberlandesgericht wies die Beschwerde jedoch zurück; mit dem Beschluß vom 15. Februar 1980 erlangte der Scheidungsausspruch Rechtskraft.

Im Oktober 1983 übersiedelte die Beklagte mit den Kindern in die Nähe von B██████/USA, wo sie in der folgenden Zeit lebte. Am 20. September 1984 heiratete sie K., der vor den nord-amerikanischen Küsten als Skipper auf Charterschiffen segelt. Sie ist nicht erwerbstätig, erzielte aber in einigen Monaten



2

- 4 -

dadurch Einkünfte, daß sie gemeinsam mit K. Schiffe über den Atlantik und im Seegebiet Karibik/USA überführte.

Der Kläger begehrt die Feststellung, daß der Beklagten seit 1. Februar 1979 kein Unterhaltsanspruch gegen ihn zustehe. Nach Abweisung der Klage durch das Amtsgericht – Familiengericht – hat er das negative Feststellungsbegehren mit der Berufung weiter verfolgt. Die Beklagte hat vor dem Oberlandesgericht Widerklage erhoben mit dem Antrag, den Kläger zu verurteilen, an sie ab Scheidung zunächst monatlich 564 DM und vom 1. Februar 1982 bis 31. August 1984 monatlich 748 DM Unterhalt zu zahlen. Dem ist der Kläger entgegengetreten.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Die Widerklage hat es hinsichtlich des Unterhalts für die Monate Mai 1980, Mai 1981 und Mai 1983 wegen der gelegentlichen Einkünfte der Beklagten aus der Überführung von Schiffen abgewiesen; im übrigen hat es ihr stattgegeben.

Mit der zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren, beschränkt auf die Zeit bis zur Scheidung der Parteien (15. Februar 1980), und den Antrag auf (gänzliche) Abweisung der Widerklage weiter.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 5 -

Entscheidungsgründe:

Die Revision bleibt ohne Erfolg.

A.

Gegen die Zulässigkeit der negativen Feststellungsklage bestehen keine Bedenken, soweit sie Unterhaltsansprüche der Beklagten für die Zeit bis zur Ehescheidung (15. Februar 1980) betrifft. Auch wenn über den Unterhalt eine einstweilige Anordnung ergangen ist, haben die Parteien jederzeit die Möglichkeit, den Bestand des Unterhaltsanspruchs in einem ordentlichen Rechtsstreit klären zu lassen; dafür steht hier dem Kläger die negative Feststellungsklage zur Verfügung (vgl. Senatsurteil vom 9. Februar 1982 - IVb ZR 343/81 - FamRZ 1983, 355, 356). Für die Zeit nach der Rechtskraft des Scheidungsurteils verfolgt der Kläger die Feststellungsklage nicht weiter und hat er die Revision gegen das Berufungsurteil, soweit dieses die Abweisung der Feststellungsklage durch das Amtsgericht bestätigt hat, zurückgenommen.

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 6 -

B.

Soweit das Berufungsgericht die negative Feststellungsklage - für die Zeit bis zum 15. Februar 1980 - für unbegründet gehalten und soweit es der Widerklage stattgegeben hat, beruht das auf der Annahme, daß der Beklagten bis zur Scheidung ein Unterhaltsanspruch aus § 1361 BGB und danach ein solcher aus § 1570 BGB zusteht. Das hält der rechtlichen Überprüfung stand.

I. Zur Feststellungsklage:

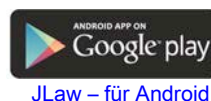
1. Der Anspruch aus § 1361 BGB setzt Bedürftigkeit der Unterhalt beanspruchenden Partei und Leistungsfähigkeit des in Anspruch Genommenen voraus (vgl. Senatsurteile vom 26. September 1984 - IVb ZR 17/83 - FamRZ 1985, 158, 159 und vom 16. Januar 1985 - IVb ZR 60/83 - FamRZ 1985, 360).

a) Die Leistungsfähigkeit des Klägers, der als Rechtsanwalt tätig ist, hat das Berufungsgericht rechtlich unbedenklich bejaht. Insoweit erhebt auch die Revision keine Einwendungen.

b) Zur Unterhaltsbedürftigkeit der Beklagten in der Zeit bis zur Ehescheidung (15. Februar 1980) hat das Berufungsgericht festgestellt, sie habe keine Erwerbstätigkeit ausgeübt. In diesem Zusammenhang hat es zu Recht geprüft, ob die Beklagte, wie der Kläger behauptet hat, bereits in der Karibik mit ihrem



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



jetzigen Ehemann K. in einer eheähnlichen Gemeinschaft zusammengelebt und ihm den Haushalt geführt habe. In einem solchen Falle wäre nach der ständigen Rechtsprechung des Senats die zumindest anspruchsmindernde Anrechnung einer Vergütung für dem neuen Partner geleistete Dienste sowie gegebenenfalls für Wohnungsgewährung in Betracht gekommen (Urteile vom 26. September 1979 - IVb ZR 87/79 - FamRZ 1980, 40, 42; vom 23. April 1980 - IVb ZR 527/80 - FamRZ 1980, 665, 668 und vom 25. Juni 1980 - IVb ZR 523/80 - FamRZ 1980, 879, 880). Das Berufungsgericht hat jedoch aufgrund der Parteivernehmung der Beklagten festgestellt, daß sie in der Karibik nicht mit K. zusammengelebt hat.

Die Revision rügt, diese Feststellung sei verfahrenswidrig zustande gekommen. Der Kläger hatte für seine Behauptung, die Beklagte habe bereits während ihres Aufenthalts in der Karibik mit K. zusammengelebt und ihm den Haushalt geführt, K. als Zeugen benannt. Nach dem Beweisbeschluß des Berufungsgerichts vom 23. April 1982 sollte dieser im Wege der Rechtshilfe zu dem Beweisthema vernommen werden. Er war jedoch unter der angegebenen Anschrift in der Karibik nicht erreichbar, weil er mit unbekanntem Ziel verzogen war. Daraufhin setzte das Berufungsgericht dem Kläger mit Beschluß vom 19. April 1984, der seinem Prozeßbevollmächtigten am 26. April 1984 zugestellt wurde, gemäß § 356 ZPO für die Mitteilung der ladungsfähigen Anschrift des Zeugen eine Frist bis zum 25. Mai 1984. Nach



2

- 8 -

fruchtlosem Ablauf der Frist gab die Beklagte mit Schriftsatz vom 26. April 1985 die neue Anschrift des Zeugen (in Fort Lauderdale/Florida) bekannt. Zu jener Zeit war bereits Termin zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung auf den 31. Mai 1985 bestimmt. Auf diese mündliche Verhandlung entschied das Berufungsgericht, ohne den Zeugen vernommen zu haben.

Das Vorgehen des Berufungsgerichts kann von Rechts wegen nicht beanstandet werden. Mit der Unkenntnis der Anschrift des Zeugen stand der Beweisaufnahme ein Hindernis von ungewisser Dauer entgegen. Damit mußte das Berufungsgericht dem beweisführenden Kläger eine Frist zur Beibringung der Anschrift des Zeugen bestimmen (vgl. BGH Urteile vom 11. Dezember 1972 - III ZR 129/70 - LM § 823 (Dc) BGB Nr. 89 Bl. 3 und vom 5. November 1973 - II ZR 165/72 - LM § 356 ZPO Nr. 2). Die Rüge, diese Frist sei ermessensfehlerhaft kurz bemessen gewesen, hat die Revision in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat zu Recht fallen gelassen. Der Kläger war nach der Fristsetzung über ein Jahr hin nicht in der Lage, die neue Anschrift des Zeugen zu nennen.

Nach dem fruchtlosen Ablauf der Frist konnte das Beweismittel gem. § 356 Satz 1 ZPO nur noch benutzt werden, wenn nach der freien Überzeugung des Gerichts dadurch das Verfahren nicht verzögert wurde. Einen solchen Fall hat das Berufungsgericht unbedenklich nicht angenommen. Insoweit hat es ausgeführt, die



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

ladungsfähige Anschrift des Zeugen K. in Fort Lauderdale in Florida sei erst durch den Schriftsatz der Beklagten vom 26. April 1985 bekannt geworden. Eine Ladung des Zeugen zu dem am 31. Mai 1985 anstehenden Verhandlungstermin und seine Vernehmung im Wege der Rechtshilfe vor dem Termin seien zeitlich nicht mehr durchführbar gewesen. Damit ist dargetan, daß eine Benutzung des Beweismittels das Verfahren verzögert hätte und deshalb nach § 356 ZPO ohne Rücksicht darauf ausscheiden mußte, ob den Kläger insoweit ein Verschulden trifft.

Soweit die Revision – erst in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat – die Ansicht vertreten hat, das Berufungsgericht hätte gleichwohl unter den besonderen Umständen des Falles, insbesondere wegen der anscheinend unbürgerlich-unsteten Lebensweise des Zeugen, diesen nach dem Bekanntwerden seiner Anschrift trotz der damit eintretenden Verzögerung des Verfahrens noch vernehmen lassen müssen, kann dem nicht gefolgt werden. Diese Rüge hätte auch bei rechtzeitiger Erhebung keinen Erfolg haben können. Es ist nichts dafür ersichtlich, daß der Beklagten eine Beweisvereitelung oder eine sonstige Verletzung prozessualer Mitwirkungspflichten vorzuwerfen wäre.

2. Der Unterhaltsanspruch aus § 1361 BGB setzt weiter voraus, daß der nicht erwerbstätige Ehegatte nicht darauf verwiesen werden kann, seinen Unterhalt durch eine Erwerbstätigkeit selbst zu verdienen (Abs. 2 der Vorschrift). Diese Anspruchs-



2

- 10 -

voraussetzung hat das Berufungsgericht deshalb bejaht, weil von der Beklagten, der die elterliche Sorge zustehe und die die im Anspruchszeitraum noch jungen Kinder der Parteien auch tatsächlich betreut habe, daneben eine Erwerbstätigkeit nicht zu erwarten gewesen sei.

Den Einwand des Klägers, auf die Kindesbetreuung könne der Unterhaltsanspruch nicht gestützt werden, weil die Beklagte sich die elterliche Sorge erschlichen habe, hat das Berufungsgericht für nicht durchgreifend erachtet. Dagegen wendet sich die Revision ohne Erfolg. Ob und unter welchem rechtlichen Gesichtspunkt ein Erschleichen des Personensorgerechts erheblich sein könnte, kann dahinstehen. Das Berufungsgericht hat rechtlich unangreifbar festgestellt, daß die Sorgerechtsentscheidungen des Falles nicht auf der unrichtigen Angabe der Beklagten beruhten, sie hege keine Auswanderungspläne.

II. Zur Widerklage:

1. Auch der Anspruch auf nachehelichen Unterhalt gemäß § 1570 BGB (hier: für die Zeit ab 15. Februar 1980) setzt Bedürftigkeit der Unterhalt beanspruchenden Partei und Leistungsfähigkeit des in Anspruch Genommenen voraus (§§ 1577, 1581 BGB).

a) Die Leistungsfähigkeit des Klägers ist auch insoweit rechtlich bedenkenfrei bejaht.



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



- 11 -

b) Zur Unterhaltsbedürftigkeit hat das Berufungsgericht auch für die Anspruchszeit vom 15. Februar 1980 bis 31. August 1984 festgestellt, die Beklagte habe – abgesehen von den bereits genannten Schiffsüberführungen, derentwegen es die Widerklage für drei Monate abgewiesen hat – keine Erwerbstätigkeit ausgeübt und nicht mit K. in einer eheähnlichen Gemeinschaft zusammengelebt. Hinsichtlich der Angriffe der Revision auf die letztgenannte Feststellung gilt das oben unter I. 1. b) Gesagte.

2. Dazu, daß von der Beklagten wegen der Pflege und Erziehung der ihrer Personensorge anvertrauten Kinder eine Erwerbstätigkeit nicht erwartet werden konnte (§ 1570 BGB) und sie das Sorgerecht nach tatrichterlicher Feststellung nicht erschlichen hatte, wird auf die Ausführungen oben unter I. 2. verwiesen.

3. Die Entscheidung über die Widerklage begegnet auch hinsichtlich der Höhe des zugesprochenen Anspruchs auf nachehelichen Unterhalt keinen rechtlichen Bedenken. Solche werden von der Revision insoweit auch nicht erhoben.

III. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, die Voraussetzungen für einen Ausschluß oder eine Herabsetzung des Anspruchs auf Trennungsunterhalt gemäß § 1579 Abs. 1 Nr. 4 BGB (a.F.) i.V. mit § 1361 Abs. 3 BGB wie auch des Anspruchs auf nachehelichen Unterhalt gemäß § 1579 Abs. 1 Nr. 4 BGB



(a.F.) lägen nicht vor. Dagegen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

1. Obwohl die Vorschrift des § 1579 BGB durch Art. 1 Nr. 7 des Gesetzes zur Änderung unterhaltsrechtlicher, verfahrensrechtlicher und anderer Vorschriften - UÄndG - vom 20. Februar 1986 (BGBl I 301) Änderungen erfahren hat, ist das anzuwendende Recht der alten Fassung der Bestimmung zu entnehmen. Allerdings hat das Revisionsgericht das zur Zeit seiner Entscheidung geltende Recht auch dann anzuwenden, wenn das Gericht der Vorinstanz die neue Rechtslage bei seiner Entscheidung noch nicht berücksichtigen konnte (vgl. Senatsurteil vom 9. Juli 1986 - IVb ZR 39/85 - FamRZ 1986, 886, 888 m.w.N.). Das setzt indes voraus, daß das neue Gesetz nach seinem zeitlichen Geltungswillen das streitige Rechtsverhältnis mit erfassen will (BGHZ 9, 101, 103; 36, 348, 350; 37, 233, 236; 90, 52, 57). Danach kann § 1579 BGB n.F. nicht auf die hier zu beurteilenden Ansprüche angewendet werden, die insgesamt Unterhalt aus der Zeit vor dem Inkrafttreten des UÄndG am 1. April 1986 (Art. 8 UÄndG) betreffen. Die neuen materiell-rechtlichen Unterhaltsvorschriften gelten nur für Unterhalt, der nach dem 31. März 1986 fällig geworden ist. Das ist der Regelung in Art. 6 Nr. 1 Satz 4 UÄndG zu entnehmen, nach der "Unterhaltsleistungen", die vor dem Inkrafttreten des Gesetzes fällig geworden sind, "unberührt bleiben" (ebenso Jaeger FamRZ 1986, 737, 738 sowie bereits - zum Gesetzentwurf - FamRZ 1985, 865, 871; so



auch OLG Hamm FamRZ 1986, 1219, 1220; AG Mülheim a.d. Ruhr FamRZ 1986, 1216, 1217). Diese Vorschrift kann nicht lediglich dahin verstanden werden, daß sie Titel über Unterhalt für die Zeit vor dem 1. April 1986 der Abänderung entziehe. Art. 6 Nr. 1 UÄndG hat nicht nur verfahrensrechtlichen Inhalt, sondern verhält sich (in Satz 1) beispielsweise auch darüber, ob und unter welchen Voraussetzungen nicht titulierte Unterhaltsvereinbarungen einer Abänderung unterliegen, also über eine Anwendung der Grundsätze zur Änderung der Geschäftsgrundlage und damit über materielles Recht. So ist auch die Anordnung, daß früher fällig gewordene "Unterhaltsleistungen" unberührt bleiben, nicht nur als verfahrensrechtlicher Schutz insoweit bestehender Titel aufzufassen, sondern ihr ist zur möglichst weitgehenden Vermeidung von Rückwirkungen des Gesetzes (Jaeger FamRZ 1985, 865, 871) - eine Beschränkung der neuen materiell-rechtlichen Vorschriften auf ab 1. April 1986 fällig werdende Unterhaltsansprüche zu entnehmen. Dieses Verständnis des Gesetzes entspricht dem Rechtsstandpunkt, der in der Begründung der Bundesregierung zu dem Entwurf des UÄndG zum Ausdruck gekommen ist (BT-Drucks. 10/2888 S. 38 f.).

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

2. Unter hiernach zutreffender Anwendung des § 1579 Abs. 1 Nr. 4 BGB a.F. hat das Berufungsgericht dargelegt, es rechtfertige weder einen Ausschluß noch eine Herabsetzung des Unterhaltsanspruchs, daß die Beklagte Beziehungen zu K. aufgenommen und von etwa Juli/August bis Oktober/November 1978 mit



ihm zusammengelebt habe. Denn sie sei nicht einseitig aus einer intakten Ehe ausgebrochen, vielmehr habe der Kläger sich bereits vorher von der Ehe losgesagt, indem er ehewidrige Beziehungen zu einer anderen Frau aufgenommen habe und zu dieser gezogen sei.

Diese Beurteilung, gegen die auch die Revision nichts erinnert, unterliegt keinen rechtlichen Bedenken. Das Berufungsgericht hat zu Recht dem Umstand, daß vor der Beklagten der Kläger seinerseits sich bereits von den ehelichen Bindungen losgesagt hatte, maßgebende Bedeutung beigemessen (vgl. Senatsurteile vom 20. Mai 1981 - IVb ZR 556/80 - FamRZ 1981, 752, 753 und vom 3. Februar 1982 - IVb ZR 654/80 - FamRZ 1982, 463, 464).

3. Das Berufungsgericht hat sich auf den Standpunkt gestellt, die Beklagte habe ihren Unterhaltsanspruch auch nicht dadurch gemäß § 1579 Abs. 1 Nr. 4 BGB a.F. (für den Trennungsunterhalt: i.V. mit § 1361 Abs. 3 BGB) verloren, daß sie - wie der Kläger geltend macht - das Recht der Personensorge dazu benutzt habe, den Wohnsitz der Kinder so zu bestimmen, daß er gehindert sei, sein Recht zum Umgang mit ihnen (§ 1634 Abs. 1 Satz 1 BGB) auszuüben.

a) Dazu hat das Oberlandesgericht im wesentlichen ausgeführt: Obwohl die Beklagte auf Unterhaltsleistungen des Klägers angewiesen sei, stehe es ihr frei, wo sie nach dem Scheitern der Ehe ihr Leben verbringe. Auch wer gemeinsame Kinder betreue und



deshalb unterhaltsberechtigter sei, könne nicht gezwungen werden, seinen neuen Lebenskreis so einzurichten, daß Besuchskontakte zwischen dem anderen Elternteil und den Kindern reibungslos möglich seien. Eine erhebliche Erschwernis oder auch ein faktischer Ausschluß des persönlichen Umgangs mit einem gemeinsamen Kinde sei schon dann denkbar, wenn die Eltern innerhalb der Bundesrepublik Deutschland weit voneinander entfernt lebten. Für einen Aufenthalt im Ausland könne letztlich nichts anderes gelten. Telefonische und briefliche Kontakte seien auch dann möglich; ferner könnten die persönlichen Beziehungen durch Übersenden von Geschenken aufrechterhalten bleiben. Zudem seien bei ernsthaftem Bemühen aller Beteiligten auch vereinzelte Besuche durchaus denkbar. Schließlich sei es das persönliche Schicksal des nicht sorgeberechtigten Elternteils, daß seine Ehe zerstört und dadurch der Kontakt zu den Kindern auf ein Mindestmaß beschränkt sei. Im vorliegenden Falle komme hinzu, daß gerade der Kläger zu dieser Situation entscheidend beigetragen habe, indem er sich aus der ehelichen Lebensgemeinschaft gelöst und Beziehungen zu einer anderen Frau aufgenommen habe. Er habe sie sich damit - zumindest auch - selbst zuzuschreiben.

Ob die rechtliche Lage anders zu beurteilen sei, wenn der sorgeberechtigte Elternteil den Wohnsitz nur zur Vereitelung der Besuchskontakte so wähle, daß ein Umgang kaum noch durchführbar sei, könne dahinstehen. So liege der Fall nicht. Die Beklagte sei nicht mit solchen Motiven in die Karibik verzogen, sondern



- 16 -

sie habe auf Anraten ihres Vaters von der eingetretenen ehelichen Situation Abstand gewinnen wollen. Die durch eine solche, menschlich verständliche Entscheidung eingetretene Verhinderung des persönlichen Kontaktes des Klägers zu den Kindern könne sich unterhaltsrechtlich nicht auswirken. Hiernach sei nicht von ausschlaggebender Bedeutung, ob die Beklagte zugesagt habe, nach Deutschland zurückzukehren. Schließlich habe sie die Kinder nicht in rechtswidriger Weise in das Ausland verbracht. Aufgrund der einstweiligen Anordnung vom 24. Juli 1978 sei sie Inhaberin der elterlichen Sorge gewesen. Obgleich sie mit den Kindern unverhofft und entgegen vorherigen Äußerungen in die Karibik verzogen sei, könne ihr Handeln unter unterhaltsrechtlichem Aspekt nicht mißbilligt werden.

b) Die angefochtene Entscheidung hält auch insoweit den Angriffen der Revision stand. Die Ablehnung des – allein in Betracht kommenden – Härtegrundes des § 1579 Abs. 1 Nr. 4 BGB a.F. ist nicht rechtsfehlerhaft. Auf § 1579 Abs. 2 BGB a.F. kommt es infolgedessen nicht an, mithin auch nicht darauf, ob ein "besonders gelagerter Härtefall" im Sinne des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 14. Juli 1981 (BVerfGE 57, 361) vorliegt und welches Recht dann anzuwenden wäre (vgl. dazu Jaeger FamRZ 1986, 737, 739 f.).

aa) Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist jedes klar bei einem Ehegatten liegende Fehlverhalten



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

geeignet, die Voraussetzungen der Vorschrift zu erfüllen. Allerdings muß das Fehlverhalten, damit es einen Wegfall oder eine Herabsetzung des Unterhalts rechtfertigen kann, schwerwiegend sein (BGH Urteile vom 7. März 1979 - IV ZR 36/78 - FamRZ 1979, 569, 570; vom 9. Mai 1979 - IV ZR 88/78 - FamRZ 1979, 571, 573; Senatsurteile vom 23. April 1980 - IVb ZR 527/80 - FamRZ 1980, 665, 666; vom 25. Februar 1981 - IVb ZR 544/80 - FamRZ 1981, 439, 440; vom 20. Mai 1981 aaO und vom 3. Februar 1982 aaO). Dies ergibt sich aus der in § 1579 Abs. 1 Nr. 4 BGB a.F. enthaltenen Bezugnahme auf die **Schwere** der in den Nummern 1 bis 3 der Vorschrift aufgeführten Gründe und aus dem Merkmal der **großen Unbilligkeit** (BGH Urteil vom 9. Mai 1979 aaO).

Nach diesen Maßstäben ist die Beurteilung des Berufungsgerichts auch unter Beachtung der von der Revision erneut hervorgerufenen Umstände im Vorfeld der gerichtlichen Sorgerechtsregelung nicht zu beanstanden. Das Berufungsgericht hat damit das Vorliegen eines für einen Wegfall oder eine Herabsetzung des Unterhalts ausreichenden Fehlverhaltens der Beklagten im Ergebnis rechtsfehlerfrei verneint.

Allerdings kann die Überlegung, es sei das persönliche Schicksal des nicht sorgeberechtigten Elternteils, daß seine Ehe zerstört und dadurch der Kontakt zu den Kindern auf ein Mindestmaß beschränkt sei, dem in § 1634 Abs. 1 Nr. 1 BGB normierten



Umgangsrecht nichts von seiner Bedeutung nehmen. Zu einer Übertragung der Personensorge auf nur einen Elternteil und damit zu der Situation, die eine Befugnis des anderen Teils zum persönlichen Umgang mit dem Kinde erfordert, kommt es stets und gerade wegen des Scheiterns der Ehe der Eltern. Dieser Gesichtspunkt ist daher nicht geeignet, das Umgangsrecht des nicht betreuenden Elternteils zu relativieren.

Auch den Erwägungen des Berufungsgerichts dazu, daß bereits ein Umzug an einen weiter entfernten Ort innerhalb der Bundesrepublik Deutschland das Umgangsrecht des nicht sorgeberechtigten Elternteils erheblich beeinträchtigen könne, sowie den Überlegungen zur möglichen Aufrechterhaltung eines gewissen Kontaktes durch Telefonanrufe, Briefe und Geschenke vermag der Senat keine entscheidende Bedeutung beizumessen. Das Recht zum persönlichen Umgang mit dem Kinde geht weiter. Es soll dem Elternteil die Möglichkeit geben, sich von dem körperlichen und geistigen Befinden seines Kindes und seiner Entwicklung durch Augenschein und gegenseitige Aussprache fortlaufend zu überzeugen, die verwandtschaftlichen Beziehungen aufrechtzuerhalten, einer Entfremdung vorzubeugen sowie dem gegenseitigen Liebesbedürfnis Rechnung zu tragen (BGHZ 42, 364, 371; 51, 219, 222). Ein derartiger Umgang wird jedenfalls durch eine Auswanderung in überseeische Gebiete regelmäßig - und auch im vorliegenden Fall - praktisch verhindert (vgl. dazu bereits RGZ 141, 319, 321); der verbleibende Rest an Kontaktmöglichkeiten ist gering.



Gleichwohl kann eine Auswanderung des Sorgeberechtigten mit dem Kinde gegen den Willen des anderen Elternteils, dessen Umgangsbefugnis damit jedenfalls erheblich behindert wird, nicht regelmäßig als ein schwerwiegendes Fehlverhalten mit der Folge des Verlustes oder der Verringerung des Unterhaltsanspruchs gemäß § 1579 Abs. 1 Nr. 4 BGB a.F. gewertet werden. Das Personensorgerecht und das Umgangsrecht des anderen Elternteils stehen einander als selbständige Rechte gegenüber. Das Umgangsrecht des einen schränkt das Personensorgerecht des anderen ein (BGHZ 51, 219, 221). Umgekehrt muß das nur im Rahmen der tatsächlichen Wohnsitzverhältnisse praktisch ausübbares Umgangsrecht, dem eine Umgangspflicht nicht entspricht, bisweilen als das schwächere Recht dem stärkeren Sorgerecht weichen. Das kommt insbesondere im Falle einer Auswanderung ins Ausland in Betracht (vgl. RGZ 141, 319, 321 f. = JW 1933, 2587 m. Anm. Endemann; BayObLG JR 1957, 141, 143 m. Anm. Beitzke; OLG Neustadt FamRZ 1963, 300, 301 m. Anm. Schwoerer; OLG Düsseldorf FamRZ 1979, 965, 966; Erman/Ronke BGB 7. Aufl. § 1634 Rdn. 4; Gernhuber Familienrecht 3. Aufl. § 53 III 8; MünchKomm/Hinz BGB § 1634 Rdn. 9; Palandt/Diederichsen BGB 46. Aufl. § 1634 Anm. 1 a; Soergel/Lange BGB 11. Aufl. § 1634 Rdn. 6). Wenn mißbräuchliche Ausübung der elterlichen Sorge das Kindeswohl gefährdet, so ist dem – wie stets – gemäß § 1666 BGB entgegenzutreten (vgl. Gernhuber aaO). Die Auswanderung kann u.U. auch Veranlassung bieten, eine Entscheidung des Familiengerichts gemäß § 1696 BGB mit dem Ziel einer Änderung der Sorgerechtsre-



2

gelung im Interesse des Kindes zu beantragen. Darüber, unter welchen Voraussetzungen im einzelnen trotz der Freizügigkeit des sorgeberechtigten Elternteils und seines verfassungsmäßigen Rechtes auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) eine solche Entscheidung ergehen kann, sind die angeführten Meinungen in Rechtsprechung und Schrifttum nicht ganz einheitlich. Indes zieht sich durch das gesamte Bild der Meinungen der Gedanke, daß im Konfliktfall, wie ihn eine Auswanderung mit den Kindern darstellt, das Personensorgerecht als das stärkere den Vorzug genießen muß. Weitere Erwägungen dazu sind hier nicht veranlaßt. Einen Antrag auf Abänderung der Sorgerechtsregelung hat der Kläger nicht gestellt, und zwar nach seinem Vortrag deshalb nicht, weil er eine solche Abänderung für unerreichbar gehalten hat. Jedenfalls würde ein Antrag auf Übertragung der elterlichen Sorge von der Beklagten auf den Kläger - wenn überhaupt - nur unter dem Gesichtspunkt des Wohles der Kinder Erfolg haben können (§§ 1671 Abs. 2, 1696 Abs. 1 BGB).

Eine Auswanderung des Sorgeberechtigten mit den ihm anvertrauten Kindern regelmäßig im Rahmen des § 1579 Abs. 1 Nr. 4 BGB a.F. als ein schwerwiegendes Fehlverhalten zu qualifizieren, das zum Wegfall oder zur Einschränkung des Unterhalts aus §§ 1361 oder 1570 BGB führen könnte, wäre mit der rechtlichen Stellung, die ihm hiernach die Übertragung des Personensorgerechts vermittelt, nicht zu vereinbaren. Vielmehr handelt er auch dann, wenn er gegen den Wunsch des anderen Elternteils aus-



wandert, im allgemeinen jedenfalls nicht so schwerwiegend fehlerhaft, daß er deshalb den Verlust oder eine Herabsetzung seines Unterhaltsanspruchs nach § 1579 Abs. 1 Nr. 4 BGB a.F. gewärtigen müßte. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Auswanderung mit den Kindern – wie hier tatrichterlich festgestellt – nicht in der Absicht erfolgt, das Umgangsrecht des anderen Elternteils zunichte zu machen, sondern auf anderen, verständlichen Motiven beruht. In einem solchen Falle ist von dem nicht sorgeberechtigten Unterhaltsverpflichteten regelmäßig zu verlangen, daß er an den anderen Ehegatten auch weiterhin Betreuungsunterhalt leistet, zumal damit wesentlich dem Interesse der Kinder gedient wird.

Allerdings ist der Revision zuzugeben, daß in der Täuschung über ihre Auswanderungsabsichten ein schuldhaftes Fehlverhalten der Beklagten gegenüber dem Kläger gesehen werden kann, das Gewicht hat. Indessen reicht dieses auch in Verbindung mit der Aufnahme der Beziehungen zu K. angesichts der vorausgegangenen Verfehlung des Klägers, der sich als erster von der Ehe losgesagt und damit die familiären Bindungen bereits entscheidend geschwächt hatte, nicht aus, um ein klar bei der Beklagten liegendes schwerwiegendes Fehlverhalten im Sinne der Rechtsprechung zu § 1579 Abs. 1 Nr. 4 BGB a.F. anzunehmen.

bb) In der Rechtsprechung des Senats ist anerkannt, daß § 1579 Abs. 1 Nr. 4 BGB a.F. auch dann zum Ausschluß oder



zur Herabsetzung des Unterhalts führen kann, wenn nicht ein Fehlverhalten des Unterhaltsberechtigten, sondern objektive Gegebenheiten und Entwicklungen der Lebensverhältnisse der Ehegatten die Unzumutbarkeit der Unterhaltsbelastung ergeben (Senatsurteile vom 26. Januar 1983 - IVb ZR 344/81 - FamRZ 1983, 569, 572; vom 11. Juli 1984 - IVb ZR 22/83 - FamRZ 1984, 986, 987 und vom 25. September 1985 - IVb ZR 49/84 - FamRZ 1986, 443, 444). Auch unter diesem Gesichtspunkt kommt indes ein Ausschluß oder eine Herabsetzung des Unterhaltsanspruchs der Beklagten nicht in Betracht. Ihre Auswanderung mit den Kindern beeinträchtigt den Kläger allein durch die Behinderung seiner Umgangsbefugnis. Dies aber stellt die Zumutbarkeit der verlangten Unterhaltszahlungen nicht in Frage. Die Ansicht der Revision, es sei ein Korrelat der Unterhaltspflicht gemäß § 1570 BGB, daß der unterhaltsberechtigte Elternteil die Kinder so erziehe und ihren Aufenthalt so bestimme, daß der Unterhaltsverpflichtete sein Umgangsrecht wahrnehmen könne, findet im Gesetz keine Stütze. Das Umgangsrecht besteht unabhängig davon, ob der Sorgeberechtigte auch Unterhaltsgläubiger nach § 1570 BGB ist. Es steht dem Vater in gleicher Weise zu, wenn die sorgeberechtigte Mutter nach § 1577 Abs. 1 BGB keinen naheheiligen Unterhalt verlangen kann, weil sie sich aus ihrem Vermögen selbst zu unterhalten vermag. Dadurch, daß die Mutter Unterhalt nach § 1570 BGB zu beanspruchen hat und erhält, wird die Umgangsbefugnis des Vaters weder begründet noch verstärkt. Sie beruht vielmehr auf dem natürlichen Elternrecht (BGHZ 42, 364, 370; 51, 219, 221). Um-



gekehrt hängt auch der Unterhaltsanspruch aus § 1570 BGB nicht davon ab, daß der Elternteil, der das Kind nicht betreut, das Recht zum persönlichen Umgang mit dem Kinde ausüben kann. Stehen die tatsächlichen Verhältnisse der Ausübung des Umgangsrechts entgegen, so macht dieser objektive Umstand die Erfüllung der nachehelichen Unterhaltspflicht gegenüber dem das Kind betreuenden geschiedenen Ehegatten noch nicht unzumutbar.

IV. Die Revision hat insbesondere zur Frage des Zusammenlebens der Beklagten mit K. und dazu, daß der Aufenthalt bei der Beklagten dem Wohle der Kinder nicht zuträglich sei, unter Beweisantrag neu vorgetragen und sich dazu auf Art. 6 Nr. 2 UÄndG berufen. Diesen Sachvortrag kann das Revisionsgericht nicht berücksichtigen (§ 561 ZPO). Die Voraussetzungen für den



2

- 24 -

Vortrag neuer Tatsachen, die erst durch das UÄndG erheblich geworden sind, liegen schon deshalb nicht vor, weil der Streitfall nach der vor dem Inkrafttreten des UÄndG bestehenden Rechtslage zu beurteilen ist (oben III. 1.).

Lohmann

Portmann

Krohn

Macke

Nonnenkamp

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)



JLaw – Gesetze und Urteile
(mobile App)

Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)