

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB § 1579

Zur Frage, wann die Belange eines dem Unterhaltsberechtigten zur Pflege oder Erziehung anvertrauten gemeinschaftlichen Kindes gewahrt sind.

BGH; Urt.v. 27. September 1989 - IVb ZR 78/88 - OLG Koblenz
AG Bingen
am Rhein

BUNDESGERICHTSHOF

20

IM NAMEN DES VOLKES

IVb ZR 78/88

URTEIL

Verkündet am:
27. September 1989
Ernst
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Hiltrud T [REDACTED], M [REDACTED] platz 7, S [REDACTED],

Klägerin und
Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

Hans Uwe T [REDACTED], S [REDACTED] straße 38, S [REDACTED] -
E [REDACTED],

Beklagter und
Revisionsbeklagter,

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

20

- 2 -

Der IVb - Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. Juli 1989 durch den Vorsitzenden Richter Lohmann und die Richter Portmann, Dr. Blumenröhr, Dr. Krohn und Dr. Zysk

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 11. Ferienzivilsenats - 3. Senat für Familiensachen - des Oberlandesgerichts Koblenz vom 4. Oktober 1988 aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

WI



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Die Parteien sind seit dem 22. Mai 1981 verheiratet. Sie haben einen im Jahre 1985 geborenen Sohn. Eine am 4. März 1987 von der Klägerin geborene Tochter stammt nicht von dem Beklagten, der die Ehelichkeit dieses Kindes erfolgreich angefochten hat, sondern von S.. Im Oktober 1986 trennte sich die Klägerin von dem Beklagten und hielt sich zunächst bei ihren Eltern auf. Vom 19. November 1987 bis zum 22. Juli 1988 wurde sie wegen einer chronischen Leukämie in einem Krankenhaus behandelt, wo bei ihr eine Knochenmarkstransplantation vorgenommen wurde. Seit ihrer Entlassung aus dem Krankenhaus lebt sie mit S. zusammen. Der Sohn der Parteien befindet sich bei ihr; der Beklagte, der damit einverstanden ist, zahlt ihr für den Unterhalt des Kindes monatlich 360 DM.

Die Klägerin verlangt von dem Beklagten Trennungsunterhalt. Wegen ihrer Erkrankung ist sie nicht in der Lage, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen. Sie ist stets lebensbedrohlich infektgefährdet und bedarf ständiger ärztlicher Behandlung und Kontrolle. Der Beklagte zahlte der Klägerin bis einschließlich Oktober 1987 monatlich 307,53 DM Unterhalt. Dieser Betrag war unter Berücksichtigung eines Erziehungsgeldes von monatlich 600 DM errechnet worden, das die Klägerin nach der Geburt ihrer Tochter bis einschließlich Januar 1988 erhielt.

Die Klägerin hat beantragt, den Beklagten zur Zahlung von monatlich 307,53 DM ab 1. November 1987 zu verurteilen. Das Amtsgericht - Familiengericht - hat die Klage abgewiesen, weil der Unterhaltsanspruch nach §§ 1361 Abs. 3, 1579



Nr. 6 BGB zu versagen sei. Die Berufung der Klägerin ist durch Versäumnisurteil zurückgewiesen worden. In dem auf ihren Einspruch anberaumten Verhandlungstermin ist für den Beklagten niemand aufgetreten. Die Klägerin hat beantragt, ihrem Klageantrag durch Versäumnisurteil stattzugeben. Das Berufungsgericht hat jedoch sein Versäumnisurteil aufrechterhalten, da die Klägerin ihren Unterhaltsanspruch gemäß §§ 1361 Abs. 3, 1579 Nr. 7 BGB verwirkt habe. Gegen dieses Urteil richtet sich die Revision der Klägerin, die ihr Klagebegehren weiterverfolgt.

Entscheidungsgründe:

Die Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

Der Anspruch der Klägerin ist vorbehaltlich der Prüfung, ob ihm ein Härtegrund (§ 1579 BGB) entgegensteht, begründet.

1. Nach § 1361 Abs. 1 Satz 1 BGB ist der Beklagte der Klägerin jedenfalls zur Zahlung eines Trennungsunterhalts von monatlich 307,53 DM verpflichtet. Die Klägerin ist bedürftig. Sowohl wegen der Pflege und Erziehung des Sohnes der Parteien als auch wegen ihrer Krankheit braucht sie sich nicht darauf verweisen zu lassen, ihren Unterhalt durch eine



Erwerbstätigkeit selbst zu verdienen (§ 1361 Abs. 2 BGB). Das Erziehungsgeld, das sie nach der Geburt der Tochter bezog, ließ die Unterhaltsverpflichtung des Beklagten unberührt (§ 9 Satz 1 des Bundeserziehungsgeldgesetzes - BErzGG - vom 6. Dezember 1985, BGBl. I 2154). Sonstiges Einkommen hat die Klägerin nicht; insbesondere kann sie nach ihrem Sachvortrag im Berufungsrechtszug, der nach § 542 Abs. 2 Satz 1 ZPO als zugestanden anzusehen ist, von S. keine Zuwendungen verlangen. Denn danach ist sie gesundheitlich nicht in der Lage, S. den Haushalt zu führen, leistet ihm also keine Dienste, für die sie sich ein Entgelt zurechnen lassen müßte. Außerdem wäre S. bei einem Monatseinkommen von 1.973 DM und Unterhaltungspflichten von monatlich 600 DM gegenüber seiner Ehefrau und seinen beiden ehelichen Kindern sowie 300 DM gegenüber der Tochter der Klägerin zur Zahlung eines solchen Entgelts nicht in der Lage (vgl. Senatsurteil vom 21. Dezember 1988 - IVb ZR 18/88 - FamRZ 1989, 487, 488 f). Andererseits ergibt sich aus dem Sachvortrag der Klägerin nicht, daß der Beklagte nicht in der Lage ist, den verlangten Unterhalt zu leisten. Sie hat vielmehr behauptet, er verdiene monatlich 2.700 DM netto und erhalte jährlich 1.800 DM Steuererstattung. Außer der Unterhaltungspflicht in Höhe von monatlich 360 DM gegenüber dem Sohn der Parteien sind weitere Verpflichtungen des Beklagten nicht vorgetragen.

2. Die gesetzlichen Voraussetzungen einer Unterhaltsforderung für die Vergangenheit sind für die Zeit ab 1. November 1987 gegeben. Denn da der Beklagte die Höhe des verlangten Trennungsunterhalts kannte, da er ihn bis einschließlich Oktober 1987 gezahlt hatte, lagen seit der Einstellung seiner Zahlungen die Voraussetzungen des Verzuges



- 6 -

vor (§ 1361 Abs. 4 Satz 4 i.V. mit §§ 1360a Abs. 3, 1613 Abs. 1 BGB; Senatsurteile vom 26. Januar 1983 - IVb ZR 351/81 - FamRZ 1983, 352, 354 f; vom 30. November 1983 - IVb ZR 31/82 - FamRZ 1984, 163).

II.

Das Berufungsgericht hat der Klägerin den begehrten Unterhalt versagt, da sie den Anspruch durch ihre Beziehung zu S. "verwirkt" habe. Insoweit hält die angefochtene Entscheidung der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

1. Allerdings liegt der Härtegrund des § 1579 Nr. 6 BGB (i.V. mit § 1361 Abs. 3 BGB) vor. Da die Klägerin während ihrer Ehe eine nachhaltige, von ihr selbst als ernsthaft bezeichnete intime Beziehung zu S. aufgenommen hat, die im Zeitpunkt der Berufungsverhandlung noch andauerte, liegt ihr ein offensichtlich schwerwiegendes Fehlverhalten im Sinne dieser Vorschrift zur Last. Durch eine solche Zuwendung zu einem anderen Partner kehrt sich ein Ehegatte von den ehelichen Bindungen, die während des Getrenntlebens weiter bestehen, so offensichtlich ab, daß nach dem Grundsatz der Gegenseitigkeit, der dem ehelichen Unterhaltsrecht zugrunde liegt, die Inanspruchnahme des anderen Ehegatten regelmäßig grob unbillig erscheint (Senatsurteile vom 24. November 1982 - IVb ZR 314/81 - FamRZ 1983, 142; vom 26. Januar 1983 - IVb ZR 344/81 - FamRZ 1983, 569, 571; vom 25. September 1985 - IVb ZR 48/84 - NJW 1986, 722). Dieses Fehlverhalten liegt auch eindeutig bei der Klägerin. Sie wirft dem Beklagten zwar Verhaltensauffälligkeiten im Zusammenhang mit einer



20

- 7 -

sein Befinden weiterhin beeinflussenden psychischen Erkrankung vor. Krankheitsbedingte Verhaltensauffälligkeiten sind jedoch keine Verfehlungen im Sinne der Härteregelung, da diese ein schuldhaftes Verhalten voraussetzt (vgl. Senatsurteil vom 16. September 1981 - IVb ZR 622/80 - NJW 1982, 100 zu § 1579 Abs. 1 Nr. 2 BGB a.F.), und schon deshalb nicht geeignet, dem Fehlverhalten der Klägerin den Charakter der Einseitigkeit zu nehmen. Ob krankheitsbedingtes Fehlverhalten in solchen Fällen geeignet sein kann, die Inanspruchnahme des Verpflichteten als nicht grob unbillig erscheinen zu lassen, kann auf sich beruhen. Denn was die Klägerin hierzu bisher vorgetragen hat, ist zu allgemein gehalten und zeitlich zu wenig fixiert, um ernstlich ins Gewicht zu fallen.

Da mithin ein Härtegrund im Sinne des § 1579 Nr. 6 BGB vorliegt, kommt es nicht darauf an, ob - wie das Berufungsgericht gemeint hat - (auch) ein Härtegrund im Sinne der Nr. 7 der Vorschrift gegeben ist.

2. Da die Klägerin im Einvernehmen mit dem Beklagten den im Jahre 1985 geborenen Sohn der Parteien betreut, ist ihr Unterhaltsanspruch nach § 1579 BGB nur zu versagen, herabzusetzen oder zeitlich zu begrenzen, soweit die Inanspruchnahme auch unter Wahrung der Belange des Kindes grob unbillig wäre.

a) Das Berufungsgericht, das einen besonders schwerwiegenden Härtefall angenommen hat, hat die Auffassung vertreten, die Belange des Kindes seien auch bei völliger Versagung eines Unterhaltsanspruchs der Klägerin gewahrt. Es hat



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



dazu ausgeführt, sie werde dadurch nicht zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit genötigt, weil sie ohnehin nicht arbeitsfähig sei, sondern werde zur Deckung ihres Unterhalts auf den Bezug von Sozialhilfe verwiesen. Auch die materiellen Bedürfnisse des Sohnes, dem der Beklagte monatlich 360 DM Barunterhalt leiste, würden dadurch nicht eingeschränkt, da die Klägerin weniger Unterhalt verlange, als sie an Sozialhilfe zu erwarten haben werde.

b) Diese Auffassung begegnet, wie die Revision zu Recht beanstandet, durchgreifenden rechtlichen Bedenken.

aa) Da die Belange des Kindes nicht nur, wie im Regierungsentwurf des Gesetzes zur Änderung unterhaltsrechtlicher, verfahrensrechtlicher und anderer Vorschriften (UÄndG; BT-Drucks. 10/2888 S. 5) zunächst vorgesehen, zu "berücksichtigen", sondern zu "wahren" sind, kommt eine Versagung, Herabsetzung oder zeitliche Begrenzung des Unterhalts nach § 1579 BGB zumindest im Grundsatz nur in Betracht, soweit die Pflege und Erziehung des Kindes trotzdem gesichert bleibt. Das ist der Fall, soweit der Unterhalt das Maß dessen übersteigt, was der betreuende Ehegatte zur Deckung eines Mindestbedarfs benötigt (vgl. BVerfGE 57, 361, 388); ferner, soweit dieser die dazu erforderlichen Mittel von anderer Seite erhalten kann und daher auf den Unterhalt nicht angewiesen ist. Schließlich können die Belange des Kindes gewahrt sein, wenn seine Pflege und Erziehung in anderer Weise als durch elterliche Betreuung sichergestellt werden kann (vgl. OLG Düsseldorf FamRZ 1987, 1267, 1268 f; OLG Frankfurt FamRZ 1987, 588 f; BGB-RGRK/Cuny 12. Aufl. § 1579 Rdn. 55; Johannsen/Henrich/Voelskow Eherecht § 1579



20

- 9 -

Rdn. 9, 10; Heiß/Heiß Unterhaltsrecht I.9.5; Schwab/Borth, Handbuch des Scheidungsrechts 2. Aufl. Teil IV Rdn. 294; Soergel/ Häberle BGB 12. Aufl. § 1579 Rdn. 34 f). Ob es besonders schwerwiegende Härtefälle gibt, in denen diese Grenzen zur Vermeidung untragbarer Ergebnisse überschritten werden, in denen also die Belange des Kindes denen des Unterhaltspflichtigen in weiterem Umfang weichen müssen (vgl. OLG Celle FamRZ 1987, 603; Jaeger FamRZ 1986, 737, 747; s. auch Beschlußfassung und Bericht des BT-Rechtsausschusses BT-Drucks. 10/4514 S. 20, wonach den Belangen des Kindes gegenüber denen des Unterhaltspflichtigen "grundsätzlich" der Vorrang zukommt; a.M. Henrich FamRZ 1986, 401, 404 f; Johannsen/Henrich/Voelskow aaO; Schwab/Borth aaO), kann hier auf sich beruhen. Denn angesichts des Wortlauts und der Zielsetzung des Gesetzes kann es sich nur um seltene Ausnahmefälle handeln, zu denen der vorliegende nicht gehört. Auch das Berufungsgericht hat die Sache insoweit nicht anders beurteilt. Soweit es von einem "besonders schwerwiegenden Fall" gesprochen hat, hat es damit nur seine Ansicht begründen wollen, daß die Klägerin sich auf den Bezug von Sozialhilfe verweisen lassen müsse. Hingegen hat es die Kindesbelange, deren Wahrung es selbst als "erforderlich" bezeichnet hat, nicht zurückgesetzt, sondern als durch seine Entscheidung "nicht beeinträchtigt" angesehen.

bb) Nach diesen Grundsätzen lassen es die Belange des Kindes nicht zu, daß der Klägerin der begehrte Unterhalt versagt oder auch nur der Höhe nach oder zeitlich gekürzt wird. Daß die Pflege und Erziehung des Kindes in anderer Weise als durch die Klägerin sichergestellt werden könnte, ist nicht ersichtlich. Die Klägerin, die keine sonstigen



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



Einkünfte hat, ist auf den verlangten Unterhalt angewiesen; dieser reicht nicht einmal aus, auch nur ihren notwendigsten Bedarf zu decken. Wie oben zu I. 1. ausgeführt, kann sie nach ihrem hier zugrunde zu legenden Vortrag auch nicht auf Zuwendungen ihres neuen Partners S. verwiesen werden. Soweit für die Monate November 1987 bis Januar 1988 gemäß § 9 Satz 2 BErzGG das der Klägerin gewährte Erziehungsgeld von monatlich 600 DM zu berücksichtigen ist (vgl. dazu Köhler FamRZ 1986, 229), führt dies auch für diesen Zeitabschnitt zu keinem anderen Ergebnis. Denn auch zusammen mit dem Erziehungsgeld erreicht der verlangte Unterhalt nicht den Betrag von monatlich 910 DM (vgl. OLG Düsseldorf FamRZ 1986, 912, 913; 1987, 1267, 1269) oder 950 DM (OLG Hamm FamRZ 1987, 600, 602), der damals in der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte mit Recht als Existenzminimum angesehen wurde.

Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts sind die Belange des Kindes auch nicht deshalb gewahrt, weil die Klägerin Sozialhilfe beanspruchen kann, wenn ihr Unterhalt versagt wird. Allerdings wird die Auffassung vertreten, Pflege und Erziehung eines Kindes könnten anderweitig sichergestellt sein, wenn dem betreuenden Ehegatten ein Anspruch auf Sozialhilfe zustehe; sofern die Ehegatten schon bisher in bescheidenen Verhältnissen gelebt hätten, werde dadurch der Lebensstandard nicht wesentlich verändert (Henrich aaO S. 404; ihm folgend HeiB/HeiB aaO). Dieser Ansicht, die Widerspruch erfahren hat (Soergel/Häberle aaO Rdn. 35) und die sich - soweit ersichtlich - im übrigen Schrifttum nicht findet, vermag der Senat jedoch nicht zu folgen. Sie ist mit dem Grundsatz der Subsidiarität der Sozialhilfe (§ 2 Abs. 1



20

- 11 -

BSHG) nicht zu vereinbaren. Außerdem hätte sie zur Folge, daß Kinder aus beengten Verhältnissen weitgehend den Schutz entbehren müßten, den § 1579 BGB durch das Erfordernis der Wahrung der Kindesbelange gewähren will. Denn § 18 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 1 BSHG sieht vor, daß dem Hilfesuchenden eine Arbeit nicht zugemutet werden darf, soweit dadurch die geordnete Erziehung eines Kindes gefährdet würde. Bei der Beurteilung, inwieweit die Betreuung von Kindern für den betreuenden Elternteil eine Erwerbstätigkeit unzumutbar macht, werden die in der Rechtsprechung zum bürgerlichen Unterhaltsrecht entwickelten Maßstäbe als wertvolle Anhaltspunkte für die Praxis der Sozialämter angesehen (vgl. Gottschick/Giese BSHG 9. Aufl. § 18 Rdn. 4.5). Es wird sogar darauf hingewiesen, daß das Unterhaltsrecht an die Freistellung von eigener Erwerbstätigkeit teilweise strengere Anforderungen stellt als das Sozialhilferecht in § 18 Abs. 3 BSHG und die daran anknüpfende Sozialhilfepraxis (Schellhorn/Jirasek/Seipp BSHG 13. Aufl. § 18 Rdn. 26). Einem hilfsbedürftigen Ehegatten, der ein ihm anvertrautes gemeinschaftliches Kind im Vorschul- oder ersten Schulalter betreut, könnte daher - unter den sonstigen Voraussetzungen der Härteklausel - der Unterhaltsanspruch regelmäßig versagt werden. Schließlich könnte die gesetzliche Rangordnung der Unterhaltspflichtigen unterlaufen werden, wonach der Ehegatte grundsätzlich vor den Verwandten des Bedürftigen haftet (§ 1608 Satz 1 BGB). Denn wenn der Unterhaltsanspruch gegen den Ehegatten im Hinblick auf die Sozialhilfe versagt wird, könnte der in Anspruch genommene Sozialhilfeträger einen nach § 90 BSHG auf ihn übergeleiteten Unterhaltsanspruch des bedürftigen Ehegatten gegen dessen unterhaltspflichtige Verwandte (§ 1601



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BGB) geltend machen, eine Rechtslage, die diesen zudem von der Inanspruchnahme der Sozialhilfe abhalten könnte (vgl. Schwenzer FamRZ 1989, 685, 689).

Das angefochtene Urteil wird insoweit auch nicht durch seine Erwägung getragen, da die Klägerin wegen ihrer Krankheit arbeitsunfähig sei, werde sie durch die Versagung von Unterhalt nicht zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit veranlaßt und deshalb nicht an der weiteren Pflege und Erziehung des Kindes gehindert. Sie beachtet nicht hinreichend, daß die Belange des Kindes nicht schon dadurch in der erforderlichen Weise gewahrt werden, daß die Klägerin Zeit für seine Betreuung hat, sondern erst dann, wenn sie über die Mittel verfügt, die sie zur Bestreitung ihrer eigenen notwendigen Lebensbedürfnisse braucht. Die Auffassung des Berufungsgerichts würde im übrigen zu dem ungereimten Ergebnis führen, daß die Klägerin ohne Unterhalt bliebe, solange sie außer durch die Betreuung des Kindes durch ihre Krankheit belastet wird, im Falle ihrer Genesung und der Wiederherstellung ihrer Arbeitsfähigkeit aber einen Anspruch auf Unterhalt erwürbe.

III.

Da das Berufungsgericht nach alledem durch Versäumnisurteil nach dem Berufungsantrag der Klägerin hätte erkennen müssen, kann das angefochtene Urteil nicht bestehen bleiben.

Das Revisionsgericht kann die seinerzeit gebotene Entscheidung nicht erlassen, weil dadurch die prozessualen



20

- 13 -

Rechte des Beklagten verkürzt würden (BGH, Urteil vom 6. Juni 1986 - V ZR 96/85 - NJW 1886, 3085, 3086; RGZ 108, 257, 258; Baumbach/Lauterbach/Albers ZPO 47. Aufl. § 542 Anm. 3 B). Gegen ein Versäumnisurteil des Berufungsgerichts hätte er den Einspruch gehabt, mit dem er eine sachliche Prüfung seines Vortrages hätte herbeiführen können. Damit ihm diese Möglichkeit nicht durch eine den Rechtsstreit abschließende Entscheidung des Revisionsgerichts genommen wird, muß die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

Lohmann

Portmann

Blumenröhr

Krohn

Zysk



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)