

21

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB §§ 1570, 1573 Abs. 2, 1578

Kann von einem geschiedenen Ehegatten wegen der Pflege oder Erziehung eines gemeinschaftlichen Kindes (nur) eine Teilerwerbstätigkeit erwartet werden, so kann er nach § 1570 BGB Unterhalt nur bis zur Höhe des Mehreinkommens verlangen, das er durch eine Vollerwerbstätigkeit erzielen könnte. Wenn der ihm hiernach zustehende Unterhalt zusammen mit dem Einkommen aus der Teilerwerbstätigkeit zu seinem vollen Unterhalt (§ 1578 BGB) nicht ausreicht, kommt zusätzlich ein Unterhaltsanspruch nach § 1573 Abs. 2 BGB in Betracht (Aufgabe der bisherigen Senatsrechtsprechung seit Urteil vom 11. Februar 1987 - IVb ZR 15/86 - FamRZ 1987, 572, 573 = NJW 1987, 1761, 1762).

BGH, Urteil vom 13. Dezember 1989 - IVb ZR 79/89 - OLG Hamm
AG Essen

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IVb ZR 79/89

URTEIL

Verkündet am:
13. Dezember 1989
Küpferle
Justizobersekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Dr. Jörg W [REDACTED], R [REDACTED]straße 15, C [REDACTED],

Antragsteller und
Revisionskläger,

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

gegen

Anneliese W [REDACTED] geb. G [REDACTED], H [REDACTED]straße 175,
E [REDACTED],

Antragsgegnerin und
Revisionsbeklagte,

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

- 2 -

Der IVb - Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 13. Dezember 1989 durch den Vorsitzenden Richter Lohmann und die Richter Portmann, Dr. Krohn, Dr. Zysk und Nonnenkamp

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Antragstellers wird das Urteil des 2. Senats für Familiensachen des Oberlandesgerichts Hamm vom 14. Januar 1986 - auch in der Fassung, die es durch das Anerkenntnisurteil des Amtsgerichts (Familiengericht) Essen vom 17. November 1987 für die Zeit ab September 1987 erhalten hat - aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Oberlandesgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien, die um nachehelichen Unterhalt streiten, schlossen am 5. März 1982 die Ehe, aus der eine am 12. August 1982 geborene Tochter hervorging. Der Ehemann (Antragsteller) ist als Richter in Niedersachsen tätig und wohnt in diesem Bundesland. Die Ehefrau (Antragsgegnerin) wohnt

WI



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



- 3 -

in der etwa 300 km entfernten Stadt E. (Nordrhein-Westfalen), wo sie - wie schon 1982 - als Arztsekretärin erwerbstätig ist. Zur Zeit der Eheschließung hatten die Parteien beschlossen, daß der Ehemann nach E. umziehen und seine Versetzung in den Justizdienst des Landes Nordrhein-Westfalen betreiben solle. Als diese sich nach der Eheschließung als unerreichbar erwies, konnten die Parteien sich nicht darüber einigen, wo sie künftig leben wollten. Ohne eine gemeinsame Wohnung oder einen gemeinsamen Haushalt begründet zu haben, trennten sie sich im September 1982.

Das Amtsgericht hat auf den der Ehefrau am 21. September 1983 zugestellten Scheidungsantrag des Ehemannes durch Verbundurteil die Ehe geschieden, den Versorgungsausgleich durchgeführt und die elterliche Sorge für die Tochter der Ehefrau übertragen. Auf ihren Antrag hat es den Ehemann verurteilt, ab Scheidung an sie eine monatliche Unterhaltsrente von 906,43 DM zu zahlen. Eine Widerklage des Ehemannes, mit der dieser die Feststellung begehrt hat, daß sich sein anrechenbares Einkommen um 70% derjenigen Beträge vermindere, die er für zwei Bausparverträge nach deren Zuteilung aufzubringen haben werde, hat das Amtsgericht als unzulässig abgewiesen.

Gegen die Verurteilung zur Zahlung nachehelichen Unterhalts sowie die Abweisung der Widerklage hat der Ehemann Berufung eingelegt, sein Widerklagebegehren jedoch nur noch als Hilfsantrag weiterverfolgt. Das Oberlandesgericht hat die Berufung zurückgewiesen; auf eine Anschlußberufung der Ehefrau hat es die monatliche Unterhaltsrente auf 925 DM erhöht.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 4 -

Der Senat hat die - zugelassene - Revision des Klägers mit Urteil vom 11. Februar 1987 zurückgewiesen (IVb ZR 15/86 = FamRZ 1987, 572). Auf Verfassungsbeschwerde des Ehemannes hat das Bundesverfassungsgericht dieses Urteil aufgehoben und die Sache an den Bundesgerichtshof zurückverwiesen (Beschluß vom 4. Juli 1989 - 1 BvR 537/87 - FamRZ 1989, 941 = NJW 1989, 2807).

Der Ehemann verfolgt sein Berufungsbegehren weiter. Inzwischen ist auf seine Abänderungsklage der an die Ehefrau zu zahlende Unterhalt durch das Anerkenntnisurteil des Amtsgerichts - Familiengericht - Essen vom 17. November 1987 für die Zeit ab September 1987 auf monatlich 687 DM herabgesetzt worden.

Entscheidungsgründe:

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

I. Auf den Unterhaltsanspruch der Ehefrau sind die §§ 1569 ff BGB in der Fassung anzuwenden, die sie aufgrund des Artikels 1 Nr. 5 bis 7 des Gesetzes zur Änderung unterhaltsrechtlicher, verfahrensrechtlicher und anderer Vorschriften (UÄndG) vom 20. Februar 1986 (BGBl. 1986 I 301) seit dem 1. April 1986 erhalten haben. Der Rechtsstreit betrifft ausschließlich Unterhalt, der nach dem 31. März 1986 fällig geworden ist, so daß die Regelung in Artikel 6 Nr. 1 Satz 4 UÄndG hier nicht eingreift (vgl. dazu Senatsurteil



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 5 -

vom 14. Januar 1987 - IVb ZR 65/85 - FamRZ 1987, 356). Denn der Scheidungsausspruch des Verbundurteils ist erst nach dem 1. April 1986 rechtskräftig geworden, wie der Senat in dem ersten Revisionsurteil näher begründet hat.

Der Anwendung des seit dem 1. April 1986 geltenden Rechts steht nicht entgegen, daß das Berufungsgericht die neue Rechtslage bei seiner Entscheidung noch nicht berücksichtigen konnte (vgl. Senatsurteil vom 9. Juli 1986 - IVb ZR 39/85 - BGHR ZPO § 549 Rechtsänderung 1 = FamRZ 1986, 886, 888).

II. 1. Das Berufungsgericht hat den Unterhaltsanspruch der Ehefrau aus den §§ 1570 und 1573 Abs. 2 BGB hergeleitet und zur Begründung ausgeführt, die ehelichen Lebensverhältnisse der Parteien seien von Anfang an durch die volle Erwerbstätigkeit beider Parteien geprägt worden. Die Ehefrau habe bis zur Geburt des Kindes ihren Beruf ausgeübt und ihn, nach zwischenzeitlichem Bezug von Mutterschaftsgeld, seit dem 13. Februar 1983 mit einer wegen der Kindesbetreuung eingeschränkten Wochenarbeitszeit von 30 Stunden wieder aufgenommen. In diesem Umfang erscheine ihre Erwerbstätigkeit weiterhin zumutbar. Da sie auch beibehalten worden wäre und die ehelichen Lebensverhältnisse künftig mitbestimmt hätte, wenn die Ehe nicht gescheitert wäre, sei von einer Doppelverdienerehe auszugehen.

2. Diese Ausführungen, die an sich rechtsfehlerfrei sind und im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung des Senates stehen, stoßen insoweit auf rechtliche Bedenken, als das Berufungsgericht nicht unterscheidet, inwieweit der Unterhaltsanspruch einerseits auf § 1570 BGB und andererseits



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 6 -

auf § 1573 Abs. 2 BGB beruht. Die Revision beanstandet zu Recht, daß als Folge der unterlassenen Klärung dieser Frage die tatrichterliche Prüfung unterblieben ist, ob der Unterhaltsanspruch, soweit er auf § 1573 Abs. 2 BGB beruht, gemäß Abs. 5 dieser Vorschrift zeitlich zu begrenzen ist.

a) Allerdings ist umstritten, ob der Anspruch eines geschiedenen Ehegatten teilweise auf § 1573 Abs. 2 BGB beruht, wenn von ihm wegen der Pflege und Erziehung eines gemeinschaftlichen Kindes keine volle Erwerbstätigkeit erwartet werden kann, er jedoch in erheblichem Umfang teilzeitbeschäftigt ist. Der Senat hat in dem bereits genannten Urteil vom 9. Juli 1986 (aaO unter 3) entschieden, daß der Unterhaltsanspruch auch nicht teilweise auf § 1573 Abs. 2 BGB beruhe, wenn ein unterhaltsberechtigter geschiedener Ehegatte schon nach § 1572 BGB Anspruch auf den nach den ehelichen Lebensverhältnissen bemessenen Unterhalt habe. Den gleichen Standpunkt hat er in dem ersten Revisionsurteil in der vorliegenden Sache vom 11. Februar 1987 (aaO S. 573) und in einem Urteil vom 20. Mai 1987 (IVb ZR 50/86 - FamRZ 1987, 1011, 1012) für den Fall eingenommen, daß ein Anspruch auf den vollen Unterhalt nach § 1570 BGB besteht. In dem Urteil vom 16. Dezember 1987 (IVb ZR 102/86 - FamRZ 1988, 265, 266 f.) hat der Senat die Frage allerdings für einen Unterhaltsanspruch aus § 1572 BGB offen gelassen. Im Schrifttum wird demgegenüber teilweise die Auffassung vertreten, § 1573 Abs. 2 BGB greife auch dann (ergänzend) ein, wenn der aus § 1570 BGB unterhaltsberechtigte Ehegatte Einkünfte aus einer angemessenen Teilzeittätigkeit erziele, solche Einkünfte aber selbst bei Ausdehnung auf eine Vollzeittätigkeit - die aber gerade wegen der Kindesbetreuung nicht zumutbar



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

ist - nicht ausreichen, um den vollen nach den ehelichen Lebensverhältnissen bemessenen Unterhalt zu decken (Jaeger FamRZ 1986, 737, 744 ff; Dieckmann FamRZ 1987, 981, 982; MünchKomm/Richter BGB 2. Aufl. § 1573 Rdn. 22, 22 a; wohl auch Palandt/Diederichsen BGB 49. Aufl. § 1573 Anm. 3).

Der Meinungsstreit hat nicht nur theoretische Bedeutung. Seit dem Inkrafttreten des UÄndG können Unterhaltsansprüche aus § 1573 Abs. 1 bis 4 BGB nach Abs. 5 dieser Vorschrift zeitlich begrenzt werden. Dieser Gesichtspunkt sowie ein im Unterhaltsrecht stets zu besorgendes Abänderungsbegehren zwingen daher regelmäßig zu einer genauen Bestimmung der Anspruchsgrundlage. Nur in Ausnahmefällen kann die Differenzierung unterbleiben, nämlich wenn sich eine unterschiedliche Rechtsfolge im konkreten Fall nicht ergibt (vgl. Senatsurteil vom 16. Dezember 1987 aaO S. 267 unter I 4).

b) Nach ganz herrschender, auch vom Senat stets vertretenen Auffassung beruht der Unterhaltsanspruch eines Berechtigten, der durch Kindesbetreuung vollständig an einer Erwerbstätigkeit gehindert wird, allein auf § 1570 BGB (vgl. Göppinger/Kindermann Unterhaltsrecht, 5. Aufl., Rdn. 259, 269 m.w.N.). Es kommt nicht darauf an, ob er durch eine volle Erwerbstätigkeit den eheangemessenen Unterhalt selbst verdienen könnte, wenn er daran nicht durch die Betreuung gehindert wäre. Auch soweit das nicht der Fall ist, beruht der Anspruch des Berechtigten mithin allein auf § 1570 und nicht etwa auf § 1573 Abs. 2 BGB. Auf diese Weise wird die praktische Schwierigkeit vermieden, daß in vielen Fällen nicht festgestellt werden könnte, was ein nicht erwerbstätiger Unterhaltsberechtigter verdienen würde, wenn er tätig wäre.



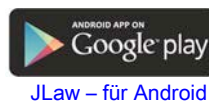
- 8 -

Der Senat hat diesen Grundsatz, an dem er festhält, bisher auch angewendet, wenn der Berechtigte nur teilweise an einer Erwerbstätigkeit gehindert war. Für Fälle solcher Teilzeittätigkeiten gibt er den bisher vertretenen Standpunkt jedoch auf. Er läßt sich aus dem Gesetz nicht zwingend herleiten. Der in § 1573 Abs. 2 BGB enthaltene Nebensatz "... soweit er nicht bereits einen Unterhaltsanspruch nach den §§ 1570 bis 1572 hat" ist undeutlich und kann für jede der beiden Auffassungen herangezogen werden, je nachdem, ob man aus dem Wort "soweit" eine Aussage nur zum Grund oder auch zum Umfang des Anspruchs ableitet. Nach dem Sinn und Zweck der in ihrem Gesamtzusammenhang zu sehenden Regelung - auf den daher abzustellen ist - erscheint dem Senat nach erneuter Prüfung die Auslegung geboten, daß ein geschiedener Ehegatte, von dem wegen der Pflege oder Erziehung eines gemeinschaftlichen Kindes (nur) eine Teilerwerbstätigkeit erwartet werden kann, nach § 1570 BGB Unterhalt nur bis zur Höhe des Mehreinkommens verlangen kann, das er durch eine Vollerwerbstätigkeit erzielen könnte. Wenn der ihm hiernach zustehende Unterhalt zusammen mit dem Einkommen aus der Teilerwerbstätigkeit zu seinem vollen Unterhalt (§ 1578 BGB) nicht ausreicht, kommt zusätzlich ein Unterhaltsanspruch nach § 1573 Abs. 2 BGB in Betracht. Es erscheint nicht gerechtfertigt, den Aufstockungsteil des Unterhaltsanspruchs - der auf der weiteren Teilhabe an dem die ehelichen Lebensverhältnisse in einer Doppelverdienerehe prägenden höheren Einkommen des Unterhaltsschuldners beruht - in die Privilegien einzubeziehen, die das Gesetz allein für den Anspruch aus § 1570 BGB gewährt (vgl. dazu §§ 1577 Abs. 4 Satz 2, 1582 Abs. 1 Sätze 2 und 3, 1586a Abs. 1 BGB). Dementsprechend ist es nicht ungerecht, wenn der Aufstockungsteil des

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
[\(mobile App\)](#)



im übrigen aus § 1570 BGB hergeleiteten Unterhaltsanspruchs der zeitlichen Begrenzung nach § 1573 Abs. 5 BGB unterliegt. Das macht der vorliegende Fall besonders deutlich: Da die Ehefrau ihren Beruf mit 30 Wochenstunden weiter ausübt, ist sie durch die Kindesbetreuung nur in relativ geringem Umfang an einer vollen Erwerbstätigkeit gehindert. Praktische Schwierigkeiten bei der Ermittlung des möglichen Einkommens treten hier nicht auf, weil lediglich festgestellt werden muß, welcher Verdienst bei Ausdehnung der tatsächlich ausgeübten Teilzeitarbeit auf eine volle Erwerbstätigkeit erzielt würde.

Allerdings führt diese Auffassung dazu, daß ein (auch nur teilweise) erwerbstätiger Unterhaltsgläubiger schlechter steht als ein nichterwerbstätiger; denn dessen auf den vollen Unterhalt gerichteter Anspruch unterliegt nicht, auch nicht teilweise, der zeitlichen Begrenzung nach § 1573 Abs. 5 BGB. Diese Konsequenz, die der Senat durch seine bisherige Rechtsprechung hatte vermeiden wollen, beruht indes auf der Konstruktion des Gesetzes; sie kann durch die Rechtsprechung nicht behoben werden.

3. Der Senat ist rechtlich nicht gehindert, seine im ersten Revisionsurteil hierzu geäußerte Auffassung schon für den vorliegenden Fall zu ändern. Das Bundesverfassungsgericht hat jenes Urteil insgesamt - wenn auch aus einem anderen Grunde - aufgehoben; zu der hier erörterten Frage hat es dabei keine Stellung genommen. Eine Bindungswirkung gemäß § 31 Abs. 1 BVerfGG ist daher in diesem Punkt nicht entstanden. Ebensowenig besteht eine sogenannte Innenbindung des



- 10 -

Senats entsprechend § 318 ZPO. Selbst in einem zivilprozessualen Instanzenzug - der im Verhältnis des Bundesgerichtshofs zum Bundesverfassungsgericht aber nicht vorliegt - darf die Vorinstanz ihre ursprüngliche Rechtsauffassung sogar dann aufgeben, wenn sie von der höheren Instanz gebilligt worden ist, die Urteilsaufhebung und die Zurückverweisung der Sache indessen auf anderen Gründen beruht (vgl. BGH Urteil vom 7. Februar 1969 - V ZR 115/65 - NJW 1969, 661; Zöllner/Schneider ZPO 15. Aufl. § 565 Rdn. 3). Auch Grundsätze des Vertrauensschutzes, wie sie zur Begründung einer Selbstbindung im Falle der erneuten revisionsrechtlichen Beurteilung derselben Frage nach Aufhebung und Zurückverweisung eines Rechtsstreits geltend gemacht werden (vgl. dazu BGH Urteil vom 24. April 1989 - AnwZ 1/89 - BGHR BRAO § 40 Abs. 4 Bindung; Zöllner/Vollkommer aaO § 318 Rdn. 14), rechtfertigen keine andere Beurteilung. Ein solcher Schutz kann nicht beansprucht werden, wenn das erste Revisionsurteil insgesamt aufgehoben wird und das Revisionsgericht erneut mit der Sache befaßt ist. Es handelt sich noch um das gleiche Revisionsverfahren, in dem das Revisionsgericht seinem Erkenntnis die Auffassung zugrunde zu legen hat, die es für rechtens ansieht, soweit nicht eine Bindungswirkung gemäß § 31 Abs. 1 BVerfGG besteht.

4. Die Feststellung des Aufstockungsteils des Unterhaltsanspruchs der Ehefrau und die Prüfung, ob dieser gemäß § 1573 Abs. 5 BGB zeitlich zu begrenzen ist, obliegen dem Tatrichter. Wegen der aus anderem Grund gebotenen Aufhebung des Berufungsurteils (vgl. unter III.) wird Gelegenheit bestehen, hierzu weiter vorzutragen. Der Senat beschränkt sich



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

daher auf den Hinweis, daß die Begrenzung nach dieser Vorschrift nicht die Feststellung einer groben Unbilligkeit erfordert (vgl. Senatsurteil vom 7. Dezember 1988 - IVb ZR 23/88 - FamRZ 1989, 483, 486 unter 5 m.w.N.). Sie kann auch trotz einer Kindesbetreuung in Betracht kommen, wenn der Berechtigte durch diese keine beruflichen Nachteile oder nur kurzfristige Einkommenseinbußen erlitten hat. Andererseits kann - etwa für die Bemessung der Übergangsfrist - zugunsten des Berechtigten berücksichtigt werden, daß er seine (Teil-)Erwerbstätigkeit trotz der Übernahme der mit der Kindesbetreuung verbundenen zusätzlichen Belastungen aufrechterhält (vgl. Hahne FamRZ 1986, 305, 308 unter d; Johannsen/Henrich/Voelskow Eherecht BGB § 1573 Rdn. 21; Soergel/Haeberle BGB 12. Aufl. § 1573 Rdn. 40 ff).

III. 1. Die Frage, ob sich der Ehemann gegenüber einem Unterhaltsanspruch der Ehefrau auf die Härteklausel des § 1579 BGB berufen kann, hat das Berufungsgericht nur unter dem Gesichtspunkt des § 1579 Abs. 1 Nr. 4 a.F. geprüft. Im ersten Revisionsurteil hat es der Senat gebilligt, daß der Anspruch nicht nach Nr. 1 dieser Vorschrift beschränkt worden ist. Er hat den Standpunkt eingenommen, daß die Ehe der Parteien nicht von kurzer Dauer im Sinne dieser Vorschrift gewesen sei, weil der tatsächlichen Ehedauer die Zeit gleichstehe, in welcher der Berechtigte wegen der Pflege oder Erziehung eines gemeinschaftlichen Kindes nach § 1570 BGB Unterhalt verlangen könne. Da die Ehefrau aufgrund der nicht angefochtenen Sorgerechtsentscheidung im Verbundurteil die Tochter der Parteien auf Jahre hinaus zu pflegen und zu erziehen habe, könne § 1579 Nr. 1 BGB nicht angewendet werden.



2. Das Bundesverfassungsgericht hat dazu entschieden, die Auslegung und Anwendung des § 1579 Nr. 1 BGB dürfe unabhängig davon, ob der Wortlaut der Vorschrift unter Berücksichtigung ihrer Entstehungsgeschichte eine Einbeziehung zukünftiger Kinderbetreuungszeiten bei der Berechnung der Ehedauer zulasse, nicht zu verfassungswidrigen Ergebnissen führen. Das sei der Fall, wenn der Härtetatbestand der Kurzzeitehe bei einer Ehe mit einem Kind überhaupt nicht mehr erfüllt sein könne. Unter Hinweis auf seine zu § 1579 Abs. 2 BGB a.F. ergangene Entscheidung (BVerfGE 57, 361) hat es den Standpunkt eingenommen, bei allen Ausschußtatbeständen des § 1579 BGB müsse geprüft werden können, ob die Grenze des Zumutbaren eines schuldunabhängigen Unterhaltsanspruchs überschritten werde. Nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit müsse in besonderen Härtefällen ein Ausschluß oder eine Herabsetzung des Anspruchs möglich sein, da andernfalls die Beschränkung der Dispositionsfreiheit des Verpflichteten im finanziellen Bereich als Folge der Unterhaltsansprüche des Bedürftigen nicht mehr Bestandteil der verfassungsmäßigen Ordnung sei und vor dem Grundrecht des Art. 2 Abs. 2 GG nicht bestehen könne. Danach sei es geboten, bei der Auslegung und Anwendung des § 1579 Nr. 1 BGB zunächst auf die tatsächliche Ehezeit abzustellen, und, wenn diese als kurz zu beurteilen ist, anschließend die zur Wahrung der Belange des Kindes gesetzlich vorgesehene Abwägung vorzunehmen.

3. Diese Auffassung des Bundesverfassungsgerichts, die die tragende Begründung für die Aufhebung des ersten Revisionsurteils darstellt, ist gemäß § 31 BVerfGG für die mit dem Rechtsstreit befaßten Gerichte bindend. Das angefochtene Berufungsurteil kann aus diesem Grunde keinen Bestand haben.



Denn ohne die Berücksichtigung einer Kinderbetreuungszeit war die Ehe der Parteien von kurzer Dauer. Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats ist dafür die Zeit von der Eheschließung bis zur Rechtshängigkeit des Scheidungsantrages maßgebend (vgl. Urteile vom 7. Juli 1982 - IVb ZR 726/80 - FamRZ 1982, 894, 895 und vom 9. Juli 1986 - IVb ZR 39/85 - FamRZ 1986, 886, 887), hier demnach die Zeit vom 5. März 1982 bis zum 21. September 1983. Mit ihrer Dauer von etwa 18 Monaten liegt sie damit deutlich in dem Bereich bis zu zwei Jahren, in dem eine Ehe in der Regel als kurz anzusehen ist (vgl. BGH Urteil vom 26. November 1980 - IV ZR 542/80 - FamRZ 1981, 140). Besondere Umstände, die eine andere Beurteilung erlauben könnten, sind nicht ersichtlich.

Es bedarf danach der Prüfung, inwieweit die Inanspruchnahme des Ehemannes auf ungekürzten und unbefristeten Unterhalt auch unter Wahrung der Belange des der Ehefrau zur Pflege und Erziehung anvertrauten Kindes der Parteien grob unbillig ist und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit widerspricht. Sie obliegt dem Tatrichter. Entgegen der von der Revisionserwiderung vertretenen Auffassung hat das Berufungsgericht eine derartige Prüfung bisher nicht vorgenommen. Die in dem angefochtenen Urteil angestellte Hilfserwägung betrifft die Prüfung, ob ein besonderer Härtefall im Sinne der Rechtsprechung des Senats zu § 1579 Abs. 2 BGB a.F. vorliegt. Diese ist mit der nunmehr gebotenen tatrichterlichen Beurteilung nicht gleichzusetzen. Danach ist die Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht geboten. Der Senat verbindet sie mit dem Hinweis auf seine inzwischen ergangenen Urteile vom 9. Dezember 1987 (IVb ZR 97/86 - FamRZ 1988, 259, 260 unter 4 b) und vom 7. Dezember 1988 (IVb ZR 23/88 aaO).



IV. 1. Die Revision greift die Auffassung des Berufungsgerichtes an, die fehlende Bereitschaft der Ehefrau, die eheliche Lebensgemeinschaft mit dem Ehemann aufzunehmen, stelle keinen Härtegrund im Sinne des § 1579 Abs. 1 Nr. 4 BGB a.F. beziehungsweise - seit dem 1. April 1986 - des § 1579 Nr. 6 BGB n.F. dar. Sie meint, daß die Ehefrau verpflichtet gewesen sei, eine Korrektur der Entscheidung zur Begründung des gemeinsamen Wohnsitzes in E. mitzutragen, nachdem sich der geplante Umzug des Ehemannes nach Nordrhein-Westfalen aus beruflichen Gründen als unmöglich erwiesen habe.

2. Die Beurteilung des Berufungsgerichtes, das Verhalten der Ehefrau könne auf dem Hintergrund der bei der Eheschließung getroffenen Wohnsitzwahl jedenfalls nicht als einseitiges schwerwiegendes Fehlverhalten eingestuft werden, hält jedoch revisionsrechtlicher Prüfung stand.

a) In dem ersten Revisionsurteil hat der Senat - ohne daß die verfassungsgerichtliche Prüfung insoweit Anlaß zu Beanstandungen ergeben hat - dazu folgendes ausgeführt:

Gemäß § 1353 Abs. 1 S. 2 BGB sind Ehegatten einander zur ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet. Dazu gehört nach allgemeiner Auffassung das Zusammenleben in häuslicher Gemeinschaft an einem von den Ehegatten gemeinsam gewählten Wohnsitz (vgl. nur Rolland, 1. EheRG, 2. Aufl., BGB § 1353 Rdn. 11 m.w.N.). Die Parteien haben eine solche Wahl nach den unangefochtenen Feststellungen des Berufungsgerichts dadurch getroffen, daß sie bei der Eheschließung E. als ihren künftigen Wohnsitz bestimmt haben. Einer der für diese Wahl



maßgebenden Umstände hat allerdings in der Erwartung der Parteien gelegen, der Ehemann werde in absehbarer Zeit in den Justizdienst des Landes Nordrhein-Westfalen überwechseln können. Als dies nicht gelang, ist eine wesentliche Voraussetzung für die getroffene Wohnsitzwahl entfallen mit der Folge, daß keine Partei die andere an der früheren Vereinbarung noch festhalten durfte. Deswegen konnte der Ehemann aber nunmehr nicht verlangen, daß die Ehefrau zu ihm nach Niedersachsen zog, damit er ohne häufige Bahnfahrten seiner beruflichen Tätigkeit nachgehen konnte. Entfällt die bindende Wirkung einer Einigung über den künftigen Wohnsitz, weil sich die dafür maßgebenden Umstände wesentlich geändert haben, müssen sich beide Ehegatten weiterhin im gegenseitigen Einvernehmen um eine Lösung der (wieder offenen) Wohnsitzfrage bemühen. Das folgt aus ihrer Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft. Kommt es zu keinem Einvernehmen, weil sich beide Seiten auf beachtliche Gründe für die Beibehaltung ihres bisherigen Wohnsitzes berufen, haben sie das grundsätzlich gegenseitig hinzunehmen. Die geltende Rechtsordnung, die die Ehe als partnerschaftliche Verbindung auf der Grundlage der Gleichberechtigung versteht (vgl. BT-Drucksache 7/650 S. 71, 75), kennt weder den Stichtentcheid eines Ehegatten noch eine Entscheidungskompetenz Dritter. Mißlingt die einvernehmliche Regelung des Wohnsitzes, weil keiner der Ehegatten zum Nachgeben oder Verzicht bereit ist, hat es dabei sein Bewenden (vgl. Rolland aaO Rdn. 29, Roth-Stielow in BGB-RGRK 12. Aufl. § 1353 Rdn. 21; Palandt/Diederichsen aaO § 1353 Anm. 2b cc; Gernhuber, Lehrbuch des Familienrechts, 3. Aufl. § 18 III 5 Seite 174). Aus dem Scheitern einer Einigung kann sich ergeben, daß die Ehegatten ihre Lebensgemeinschaft zumindest vorerst ohne



eine gemeinsame Ehwohnung verwirklichen und sich auf gegenseitige Besuche, Telefonate und gemeinsame Urlaubsreisen beschränken. Verstehen sich die Ehegatten nicht auf eine solche Übergangs- oder Ersatzlösung, kann dies allerdings auch - wie im vorliegenden Fall - zum Scheitern der Ehe führen. Eine Sanktion für einen Ehegatten, etwa in Form des Verlustes eines Unterhaltsanspruchs, ist damit jedoch noch nicht verbunden. Nach § 1579 Nr. 6 BGB kann eine Herabsetzung oder ein Ausschluß des Unterhaltsanspruchs erst dann in Betracht kommen, wenn sich der Berechtigte ohne sachliche Gründe von einigem Gewicht einem objektiv vernünftigen und zumutbaren Vorschlag des Verpflichteten willkürlich verschlossen hat, so daß seine Weigerung als offensichtlich schwerwiegendes, eindeutig bei ihm liegendes Fehlverhalten gewertet werden muß.

Bei Anwendung dieser Grundsätze, denen der Senat weiterhin folgt, kann die Beurteilung des Berufungsgerichts, der Ehefrau falle kein solches Fehlverhalten zur Last, rechtlich nicht beanstandet werden. Sie hatte beachtliche Gründe, ihren Arbeitsplatz in E. nicht aufzugeben. Die Beibehaltung ihrer Erwerbstätigkeit als solcher auch nach der Eheschließung entsprach der einvernehmlichen Vorstellung beider Parteien. Der Ehemann hat zwar allgemein behauptet, sie habe in Niedersachsen eine Stellung finden können. Indessen kam es nicht darauf an, ob sie überhaupt in Niedersachsen künftig hätte berufstätig sein können. Entscheidend war, ob sie trotz der Schwangerschaft und der bevorstehenden Niederkunft einen Arbeitsplatz in Niedersachsen hätte finden können, wo sie bis zur Geburt des Kindes ihren Beruf ausüben und ihn nach Ablauf des Mutterschaftsurlaubs mit verminderter Wochenstundenzahl ebenso wie in E. wieder aufnehmen



konnte. Das hat der Ehemann aber selbst nicht behauptet. Die weitere Erwerbstätigkeit setzte zudem voraus, daß die Ehefrau für die zuverlässige Tagesbetreuung des Kindes in dessen ersten Lebensjahren sorgen konnte, was in E. durch ihre Mutter gewährleistet war. Schon danach bestanden für ihre Weigerung, nach Niedersachsen zu ziehen, sachliche Gründe von beachtlichem Gewicht. Es ist nicht allein ausschlaggebend, daß ein Umzug nach Niedersachsen, wie vom Ehemann vorgeschlagen, möglicherweise zu einer finanziell günstigeren Lösung geführt hätte.

b) In der zweiten Revisionsverhandlung hat der Ehemann eingewendet, die Ehefrau sei jedenfalls dann zum Umzug nach Niedersachsen verpflichtet gewesen, wenn sie dort einen ihrem Arbeitsplatz in E. entsprechenden erhalten hätte. Sie habe sich indessen, wie er auch unwidersprochen vorgetragen habe, um einen Arbeitsplatz in Niedersachsen nicht einmal bemüht, denn diese Frage habe für ihre Entscheidung offenbar keine Rolle gespielt. Ihre Verpflichtung zum Umzug ergebe sich auch daraus, daß die Parteien ursprünglich - nämlich bis etwa Mitte Februar 1982 - darüber einig gewesen seien, nach der Eheschließung nach Niedersachsen zu ziehen. Ihre spätere Entscheidung, stattdessen in E. zu wohnen, habe ersichtlich unter der Voraussetzung gestanden, daß es dem Ehemann gelingen werde, sich in den Dienst des Landes Nordrhein-Westfalen versetzen zu lassen. Nachdem dies gescheitert sei, habe die Ehefrau redlicherweise der früheren Lösung der Wohnsitzfrage zustimmen müssen, statt ihn vor die Alternative zu stellen, nach E. umzuziehen oder die Ehe zu beenden.



Der Senat kann jedoch nach erneuter Prüfung auch unter Beachtung dieser vom Ehemann hervorgehobenen Gesichtspunkte nicht als rechtsfehlerhaft erkennen, daß das Berufungsgericht der Ehefrau kein offensichtlich schwerwiegendes, eindeutig bei ihr liegendes Fehlverhalten zur Last gelegt hat. Soweit die Revision - die innerhalb der Revisionsbegründungsfrist Verfahrensrügen gegen die Feststellung des Sachverhalts nicht erhoben hat - das Verhalten der Ehefrau einer von der Beurteilung des Tatrichters abweichenden eigenen Würdigung unterzieht, bewegt sie sich auf einem ihr verschlossenen Gebiet. Abgesehen davon übersieht der Ehemann auch in seiner neuen Stellungnahme, daß es nicht um die Frage geht, ob die Ehefrau generell in Niedersachsen eine Stellung als Arztsekretärin hätte finden können. Die Beurteilung betraf zunächst nur die konkrete berufliche Lage, in der sie sich 1982 während ihrer Schwangerschaft und unmittelbar nach der Geburt des Kindes befand. In dieser Zeit konnte ein Wechsel auf einen anderen Arbeitsplatz von vornherein nicht in Betracht kommen; anderes hat der Ehemann - wie unter a) schon ausgeführt - selbst nicht behauptet. Schon deshalb brauchte sich die Ehefrau - im Jahre 1982 - nicht entsprechend zu bemühen. Für die weitere Zukunft war dann allerdings wesentlich, daß sie nach dem gemeinsamen Plan der Parteien wieder erwerbstätig sein sollte, indessen jedenfalls zunächst nur mit verminderter Wochenstundenzahl und unter der Voraussetzung, in ihrer Mutter eine zuverlässige Hilfe für die Tagesbetreuung des Kleinkindes zu haben. Solche Bedingungen bestanden in Niedersachsen nicht und das erschwerte ihr die Begründung eines dortigen Wohnsitzes. Der Ehefrau ist deshalb nicht der Vorwurf schweren Fehlverhaltens zu machen, wenn sie ihre eigenen Vorstellungen nicht



aufgab und sich nicht denen des Ehemannes fügte, der unbedingt seine Richterstelle in Niedersachsen beibehalten wollte.

V. Wegen der Revisionsangriffe auf die Höhe des der Ehefrau zugesprochenen Unterhalts verweist der Senat auf seine Ausführungen im ersten Revisionsurteil (dort unter V).

Da die Revision Erfolg hat, soweit sie sich gegen den zuerkannten Unterhaltsanspruch wendet, ist eine Entscheidung über den Hilfsantrag nicht geboten.

Lohmann

Portmann

Krohn

Zysk

Nonnenkamp

