

42

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

UÄndG Art. 6 Nr. 1 S. 4; BGB §§ 1361 Abs. 3, 1579 Abs. 1
Nr. 4, Abs. 2 (a.F.), 1570

Soweit Unterhaltsansprüche getrennt lebender oder geschiedener Ehegatten Zeiträume betreffen, die vor dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Änderung unterhaltsrechtlicher, verfahrensrechtlicher und anderer Vorschriften (UÄndG) vom 20. Februar 1986 (BGBl I 301) am 1. April 1986 liegen, sind sie weiterhin nach § 1579 BGB (a.F.) zu beurteilen, wenn eine besondere Härte i.S. des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 14. Juli 1981 (BVerfGE 57, 361) ausscheidet.

In einem derartigen Fall ist auch § 1579 Abs. 2 BGB (a.F.) weiterhin anzuwenden.

BGH, Urt. v. 9. Dezember 1987 - IVb ZR 97/86 - OLG Frankfurt a.M.
AG Bad Schwalbach

BUNDESGERICHTSHOF

412

IM NAMEN DES VOLKES

IVb ZR 97/86

URTEIL

Verkündet am:
9. Dezember 1987
Adomeit,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in der Familiensache

42

- 2 -

Der IVb - Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 9. Dezember 1987 durch den Vorsitzenden Richter Lohmann und die Richter Dr. Blumenröhr, Dr. Krohn, Dr. Zysk und Nonnenkamp

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Schlußurteil des 3. Senats für Familiensachen des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 28. Oktober 1986 wird zurückgewiesen.

Auf die Revision der Klägerin wird das vorgenannte Urteil im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil der Klägerin erkannt worden ist.

Das Urteil des Amtsgerichts - Familiengericht - Bad Schwalbach vom 25. Januar 1978 wird auch dahin abgeändert, daß der Beklagte verurteilt wird, an die Klägerin für April 1982 750 DM nebst 4% Zinsen seit 1. April 1982 zu zahlen.

Soweit die Klägerin für April 1982 weitere 250 DM verlangt hat, wird der Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt.

WIV



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

42

- 3 -

Im weiteren Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Rechtsstreit, in dem es jetzt nur noch um den Unterhalt der Klägerin während des Getrenntlebens geht, befindet sich zum zweiten Mal in der Revisionsinstanz.

Die am [REDACTED] geborene Klägerin und der am [REDACTED] geborene Beklagte schlossen am 21. Februar 1969 die Ehe. Sie haben zwei Kinder, die am [REDACTED] und am [REDACTED] geboren sind. Am 9. September 1977 kam es zur Trennung der Parteien. Damals verließ die Klägerin mit den Kindern die ehelichen Wohnung und zog zu ihrem neuen Partner. Am 8. November 1977 wurde ihr für die Dauer des Getrenntlebens die elterliche Sorge für die Kinder übertragen. Auf den am 17. Januar 1979 zugestellten Scheidungsantrag der Klägerin wurde die Ehe durch Urteil vom 6. März 1981, das am 10. Januar 1985 Rechtskraft erlangte, geschieden.

Die Klägerin ist während der Trennungszeit nicht erwerbstätig gewesen. Der Beklagte war - ab 1. April 1977 - geschäftsführender Direktor einer Sparkasse. Seit 1. April 1982 ist er im Ruhestand und bezieht Pension. Beide Parteien



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 4 -

sind je zur Hälfte Miteigentümer eines Einfamilienhauses, das früher als Ehwohnung diente und vom Beklagten weiter bewohnt wird. Dieser trägt die für die Finanzierung des Hauses anfallenden Zins- und Tilgungsleistungen von monatlich 860 DM.

Die Klägerin hat den Beklagten, der ihr im September 1977 1.500 DM und ab 1. Oktober 1977 monatlich 1.000 DM Unterhalt gewährt sowie Krankenversicherungsprämien von damals monatlich 142,80 DM für sie entrichtet hat, auf zusätzliche Unterhaltsleistungen von monatlich 1.000 DM in Anspruch genommen. Gegen das Urteil des Amtsgerichts, in dem ihr ab 1. Oktober 1977 über die freiwillig gezahlten Beträge hinaus eine monatliche Unterhaltsrente von 250 DM zuerkannt worden ist, haben beide Parteien Berufung eingelegt. Als der Beklagte im Wege der Widerklage die Feststellung begehrt hat, daß der Klägerin kein Unterhaltsanspruch zustehe, hat diese die Klage erweitert. Sie hat die zuvor freiwillig gezahlten Sockelbeträge (1.000 + 142,80 DM) in ihr Klagebegehren einbezogen und ab 1. Oktober 1978 eine monatliche Unterhaltsrente von insgesamt 2.142,80 DM verlangt. Das Berufungsgericht hat ihr nur eine Unterhaltsrente in Höhe der Sockelbeträge von 1.142,80 DM monatlich zugesprochen.

Mit Urteil vom 23. April 1980 (IVb ZR 527/80 - FamRZ 1980, 665) hat der Senat das Berufungsurteil auf die Revisionen beider Parteien aufgehoben und die Sache zurückverwiesen. Die Klägerin hat ohne die Einwilligung des Beklagten die Rücknahme ihrer Klage für die Zeit vom 15. September bis 7. November 1977 erklärt. Als Krankenversicherungskosten, die sie von dem Beklagten verlangt hat, hat sie ab



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

42

- 5 -

1. September 1980 einen auf 152,90 DM erhöhten monatlichen Betrag geltend gemacht. Das Berufungsgericht hat die Klage mit Teilurteil vom 8. Dezember 1981 für den vorgenannten Zeitraum abgewiesen. Soweit die Klage die Zeit ab 8. November 1977 betraf, hat das Oberlandesgericht das Verfahren wegen der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über die Teilverfassungswidrigkeit des § 1579 Abs. 2 BGB (a.F.) vom 14. Juli 1981 (BVerfGE 57, 361) ausgesetzt und nach der Neufassung des § 1579 BGB durch das am 1. April 1986 in Kraft getretene Gesetz zur Änderung unterhaltsrechtlicher, verfahrensrechtlicher und anderer Vorschriften (UÄndG) vom 20. Februar 1986 (BGBl I S. 301) fortgesetzt. Die Klägerin hat ihre Klage erweitert und ab 1. April 1982 monatlichen Altersvorsorgeunterhalt von 250 DM geltend gemacht. Zuvor hatte der Beklagte aufgrund einer einstweiligen Anordnung vom 29. März 1979 Altersvorsorgeunterhalt gezahlt, und zwar zunächst 330 DM monatlich und von November 1981 bis Ende März 1982 296 DM monatlich. Diese einstweilige Anordnung hat das Amtsgericht M. am 24. Februar 1982 mit Wirkung vom 21. Juli 1981 aufgehoben. Darauf hat der Beklagte von der Klägerin die Rückzahlung des in der Zeit vom 21. Juli 1981 bis Ende März 1982 gezahlten Altersvorsorgeunterhalts verlangt und die insoweit ursprünglich vor dem Amtsgericht M. erhobene Klage auf Rückzahlung von insgesamt 2.580 DM nebst gestaffelten Zinsen nach der Verweisung dieser Sache an das Oberlandesgericht im vorliegenden Verfahren als Widerklage weiterverfolgt. Dabei hat er hilfsweise die Feststellung begehrt, daß die Klägerin nicht berechtigt war, aufgrund der einstweiligen Anordnung für die Zeit vom 1. bis 21. Juli 1981 Altersvorsorgeunterhalt zu verlangen. Zuletzt hat die Klägerin ihre Klage in Höhe der



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 6 -

vom Beklagten erbrachten Unterhaltszahlungen für den laufenden Lebensbedarf (Elementarunterhalt) in Höhe von insgesamt 1.000 DM monatlich bis einschließlich März 1982, 250 DM für April 1982, 1.250 DM monatlich für Mai bis einschließlich September 1982, 1.000 DM für Oktober 1982 und 847,10 DM monatlich von November 1982 bis Ende Dezember 1984 sowie für ihre Krankenversicherungsbeiträge in der Hauptsache für erledigt erklärt. Demgemäß hat sie zuletzt beantragt, den Beklagten zur Zahlung eines monatlichen Altersvorsorgeunterhalts von 250 DM für die Zeit vom 1. April 1982 bis 31. Dezember 1984 sowie folgenden Elementarunterhalts, jeweils nebst Zinsen, zu verurteilen:

Monatlich 1.000 DM vom 8. November 1977 bis 31. März 1982,
1.750 DM für April 1982,
monatlich 750 DM vom 1. Mai 1982 bis 30. September 1982,
1.000 DM für Oktober 1982 sowie
monatlich 1.152,90 DM vom 1. November 1982 bis
31. Dezember 1984.

Das Oberlandesgericht hat das amtsgerichtliche Urteil mit Schlußurteil dahin abgeändert, daß es den Beklagten für die Zeit vom 1. November 1982 bis 31. Dezember 1984 zur Zahlung monatlichen Elementarunterhalts von 152,90 DM nebst Zinsen sowie vom 1. April 1982 bis 31. Dezember 1984 zur Leistung monatlichen Altersvorsorgeunterhalts von 250 DM verurteilt hat. Ferner hat es festgestellt, daß hinsichtlich bis 31. Oktober 1982 gezahlter 1.000 DM monatlich und alsdann bis 31. Dezember 1984 monatlich gezahlter 847,10 DM der



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



42

- 7 -

Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt ist. Es hat die weitergehende Klage sowie die Widerklage abgewiesen und die Berufungen der Parteien im übrigen zurückgewiesen.

Gegen das Berufungsurteil haben beide Parteien (zugelassene) Revision eingelegt, mit der sie jeweils ihr in der Berufungsinstanz verfochtenes Begehren, soweit es erfolglos geblieben ist, weiter verfolgen.

Entscheidungsgründe:

I. Revision der Klägerin.

1. Im ersten Berufungsurteil hatte das Oberlandesgericht den Unterhaltsanspruch der Klägerin, den es nach § 1361 Abs. 1 BGB dem Grunde nach für gerechtfertigt erachtet hatte, auf das Maß gekürzt, das erforderlich sei, um die Pflege und Erziehung der gemeinsamen Kinder sicherzustellen. Es war davon ausgegangen, die Klägerin habe dadurch, daß sie aus der Ehe ausgebrochen sei, um mit einem anderen Mann zusammenzuleben, den Tatbestand der Härterege- lung des § 1361 Abs. 3 i.V. mit § 1579 Abs. 1 Nr. 4 BGB (a.F.) erfüllt. Dieser Umstand führe zwar wegen der Be- treuung der Kinder nicht zum Ausschluß des Unterhaltsan- spruchs; der Klägerin könne wegen des Fehlverhaltens aber auch nicht der volle Unterhaltsanspruch zugebilligt werden. Vielmehr sei die aus § 1579 Abs. 1 BGB (a.F.) veranlaßte Kürzung gemäß Abs. 2 der Vorschrift auf das Maß zu beschrän- ken, das zur Sicherstellung von Pflege und Erziehung der Kinder notwendig sei.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2. Diese Beurteilung hat der Senat im ersten Revisionsurteil gebilligt, soweit das Berufungsgericht den Unterhaltsanspruch nach § 1361 Abs. 1 BGB dem Grunde nach bejaht und angenommen hat, daß die Klägerin den Tatbestand des § 1361 Abs. 3 i.V. mit § 1579 Abs. 1 Nr. 4 BGB (a.F.) verwirklicht hat. Dagegen hat er die Anwendung des § 1579 Abs. 2 BGB (a.F.) und die daraus abgeleiteten Rechtsfolgen beanstandet. Soweit es die hier noch maßgebende Zeit seit der Übertragung der elterlichen Sorge auf die Klägerin angeht, hat er dargelegt, daß § 1579 Abs. 2 BGB (a.F.) einer Herabsetzung des Unterhaltsanspruchs aus Härtegründen entgegenstehe. Werde der unterhaltsbedürftige Ehegatte durch das Betreuungsbedürfnis des Kindes an jeglicher Erwerbstätigkeit gehindert, entfalle § 1579 Abs. 1 BGB (a.F.) in vollem Umfang und es stehe der volle Unterhaltsanspruch zu. Der Senat hat das Urteil deshalb aufgehoben und die Sache zur Bemessung des Unterhaltsanspruchs - unter Berücksichtigung der Auswirkungen des Zusammenlebens mit dem neuen Partner auf die unterhaltsrechtliche Bedürftigkeit - an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

3. Im angefochtenen Urteil hat das Oberlandesgericht ausgeführt, daß die Bindung an diese, der Aufhebung zugrunde liegende rechtliche Beurteilung infolge der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 14. Juli 1981 (aaO) entfallen sei. In dieser Entscheidung habe das Bundesverfassungsgericht nämlich die Unvereinbarkeit des § 1579 Abs. 2 BGB (a.F.) mit dem Grundgesetz festgestellt, soweit danach die Anwendung des § 1579 Abs. 1 BGB (a.F.) auch in besonders gelagerten Härtefällen ausgeschlossen worden sei. Ein derartiger Härtefall sei auch hier anzunehmen, so daß § 1579



42

- 9 -

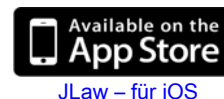
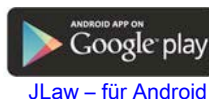
Abs. 2 BGB (a.F.) nicht mehr habe angewendet werden können und eine mit der Verfassung zu vereinbarende Vorschrift abzuwarten gewesen sei. Mit dem Inkrafttreten des UÄndG am 1. April 1986 (Art. 8 UÄndG) sei durch die Neufassung des § 1579 BGB die Gesetzeslücke geschlossen worden. Demgemäß hat das Berufungsgericht die Frage des Ausschlusses oder der Herabsetzung des Unterhaltsanspruchs nunmehr insgesamt nach §§ 1361 Abs. 3, 1579 BGB n.F. beurteilt und den Umstand der Kindesbetreuung durch die Klägerin im Rahmen der dort vorgeschriebenen Wahrung der Kindesbelange berücksichtigt. Auf diese Weise hat es den nach den ehelichen Lebensverhältnissen bestimmten, an sich auf 2.500 DM monatlich bemessenen Unterhaltsbedarf der Klägerin, auf den es einen Betrag von 1.000 DM monatlich als Vergütung für die ihrem Partner erbrachten Betreuungsleistungen angerechnet hat, nach §§ 1361 Abs. 3, 1579 Nr. 6 BGB n.F. von 1.500 DM auf 1.000 DM monatlich herabgesetzt.

4. Dagegen bestehen aus Gründen der Bindung des Berufungsgerichts an die rechtliche Beurteilung durch das Revisionsgericht (§ 565 Abs. 2 ZPO) durchgreifende Bedenken.

Richtig ist allerdings der Ausgangspunkt, daß das Berufungsgericht, an das die Streitsache nach Aufhebung seines Urteils in der Revisionsinstanz zurückverwiesen worden ist, bei der neuen Entscheidung an die der Aufhebung zugrundeliegende rechtliche Beurteilung nicht gebunden ist, wenn sich die maßgebende Rechtslage nach dem Revisionsurteil geändert hat. Eine solche Änderung kann auch durch eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts eintreten. Deshalb hätte das



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



Berufungsgericht im vorliegenden Fall eine Bindung an die vorausgegangene revisionsgerichtliche Beurteilung zu Recht verneint, wenn die vom Bundesverfassungsgericht festgestellte teilweise Verfassungswidrigkeit des § 1579 Abs. 2 BGB (a.F.) einer Anwendung der Vorschrift im vorliegenden Fall im Wege gestanden hätte oder wenn die Neufassung der Härte-
regelung durch das UÄndG nach dessen zeitlichem Geltungs-
willen auf den vorliegenden Sachverhalt, der ausschließlich
Zeiten vor dem Inkrafttreten des UÄndG betrifft, anzuwenden
wäre. Davon kann jedoch nicht ausgegangen werden.

a) Mit dem Urteil vom 14. Juli 1981 hat das Bundesver-
fassungsgericht festgestellt, daß § 1579 Abs. 2 BGB (a.F.)
mit Art. 2 Abs. 1 GG nicht vereinbar sei, soweit danach die
Anwendung des § 1579 Abs. 1 BGB (a.F.) auch in besonders ge-
lagerten Härtefällen ausgeschlossen sei. Wie der Senat in
ständiger Rechtsprechung entschieden hat, hatte dieses
Urteil zur Folge, daß § 1579 Abs. 2 BGB (a.F.) in jenem,
durch den Entscheidungstenor festgelegten Ausmaß von den Ge-
richten nicht mehr angewendet werden durfte. Soweit dieser
Anwendungsbereich nicht betroffen war, war die Vereinbarkeit
der Vorschrift mit dem Grundgesetz hingegen nicht in Frage
gestellt, und es bestand somit kein Hindernis, sie weiterhin
unverändert anzuwenden (vgl. Senatsurteile vom 26. Januar
1983 - IVb ZR 344/81 - FamRZ 1983, 569, 572 f.; 23. März
1983 - IVb ZR 371/81 - FamRZ 1983, 676; 9. November 1983
- IVb ZR 22/82 - FamRZ 1984, 154, 155; 25. Januar 1984
- IVb ZR 51/82 - FamRZ 1984, 356, 357 f.). In diesem Umfang
ist die Vorschrift auch nach dem Inkrafttreten des UÄndG am
1. April 1986 anwendbar geblieben, soweit sie nicht nach dem
zeitlichen Geltungswillen des UÄndG durch die Neufassung des



42

- 11 -

§ 1579 BGB abgelöst worden ist. Wie der Senat mit Urteil vom 14. Januar 1987 (IVb ZR 65/85 - FamRZ 1987, 356) näher dargelegt hat, ergibt sich aus der Übergangsregelung des Art. 6 Nr. 1 Satz 4 UÄndG, daß die neuen materiell-rechtlichen Unterhaltsvorschriften nur für Unterhaltsansprüche gelten, die nach dem 31. März 1986 fällig geworden sind (aaO S. 357; ebenso Senatsurteil vom 30. September 1987 - IVb ZR 79/86). Soweit die Unterhaltsansprüche Zeiträume betreffen, die, wie in der vorliegenden Sache, vor dem Inkrafttreten des UÄndG liegen, und es um den Fallbereich geht, in dem § 1579 Abs. 2 BGB (a.F.) mangels Verfassungswidrigkeit anwendbar geblieben ist und deshalb stets eine tragfähige Entscheidungsgrundlage für die Unterhaltsansprüche bestanden hat, kann kein Zweifel bestehen, daß die Ansprüche bereits vor dem Inkrafttreten des UÄndG fällig geworden sind. Damit unterfallen diese Altfälle nicht der Neufassung des § 1579 BGB; vielmehr bleibt für sie die bisherige Regelung maßgeblich (ebenso Jaeger FamRZ 1986, 737, 739; vgl. auch Begründung zum Entwurf des UÄndG BT-Drucks. 10/2888 S. 39 sowie Johannsen/Henrich/Voelskow, Ehelecht Rdn. 11 f. vor § 1569 BGB).

b) Das gilt auch für die hier zu beurteilenden Ansprüche. Die Annahme des Berufungsgerichts, daß ein besonders gelagerter Härtefall im Sinne der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vorliege, kann aus Rechtsgründen keinen Bestand haben.

aa) Zu der Frage, was unter einem derartigen Härtefall zu verstehen ist, hat der Senat in den vorgenannten Entscheidungen vom 23. März und 9. November 1983 sowie vom



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



25. Januar 1984 ausgeführt, daß damit nach dem Sinnzusammenhang der verfassungsgerichtlichen Entscheidung Sachverhalte gemeint sind, in denen die unverkürzte Zubilligung des eheangemessenen Unterhalts aufgrund des § 1579 Abs. 2 BGB (a.F.) zu einer mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit unvereinbaren Belastung des Unterhaltspflichtigen führen würde. Die Suspendierung der Härteklausel durch § 1579 Abs. 2 BGB (a.F.) soll vornehmlich verhindern, daß der Lebensstandard eines Kindes wegen des von ihm nicht zu verantwortenden Fehlverhaltens des sorgeberechtigten Elternteils absinkt. Insofern kommt den Belangen des Kindes gegenüber denen des unterhaltspflichtigen Elternteils der Vorrang zu. Deshalb kann die Auferlegung von Unterhaltsleistungen im Einzelfall zu einer unverhältnismäßigen Belastung des Verpflichteten führen, wenn sie nicht oder nicht in vollem Umfang durch das Interesse eines betreuten Kindes erfordert wird. Darüber hinaus kann sich eine unverhältnismäßige Belastung auch daraus ergeben, daß der Unterhalt begehrende Ehegatte die Voraussetzungen des § 1579 Abs. 1 Nr. 4 BGB (a.F.) in besonders krasser Weise verwirklicht hat. Insgesamt kann die Frage, ob ein Fall besonderer Härte vorliegt, nur nach umfassender Abwägung der Umstände des Einzelfalles unter besonderer Berücksichtigung des Kindeswohls beantwortet werden (vgl. die vorgenannten Senatsurteile aaO).

bb) Diesen Grundsätzen wird die Beurteilung des Oberlandesgerichts nicht gerecht.

Als Begründung für die Annahme eines besonderen Härtefalles wird im angefochtenen Urteil unter Hinweis auf den



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

42

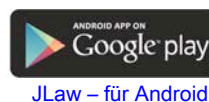
- 13 -

Aussetzungsbeschuß vom 8. Dezember 1981 lediglich angeführt, ein derartiger Härtefall liege mit Rücksicht auf die Höhe der Belastung für den Beklagten vor. In dem Aussetzungsbeschuß heißt es dazu, im Falle der Anwendung des § 1579 Abs. 2 BGB bleibe für die Klägerin ein Unterhaltsanspruch in unverhältnismäßiger Höhe "im Raum". Dabei weist das Berufungsgericht auf den Unterhaltsausspruch in dem amtsgerichtlichen Verbundurteil hin, wonach für die Zeit nach der Scheidung monatlich 1.941 DM Elementarunterhalt nebst 296 DM Altersvorsorgeunterhalt zu zahlen seien, was für den Beklagten eine "starke Belastung" bedeute.

Diese Begründung wird bereits dadurch in Frage gestellt, daß das Berufungsgericht bei der Bestimmung der Unterhaltsbedürftigkeit der Klägerin in der hier angefochtenen Entscheidung zu niedrigeren Beträgen gelangt. Während im Verbundurteil als Vergütung für die Haushaltsführung und Versorgung des Partners der Klägerin ein monatlicher Betrag von 500 DM angerechnet wird, geht das Berufungsgericht insoweit von monatlich 1.000 DM aus und gelangt - vor der Herabsetzung nach § 1579 Nr. 6 BGB n.F. - zu einer monatlichen Unterhaltsrente von 1.500 DM, zu der ein monatlicher Altersvorsorgeunterhalt von 250 DM tritt. Diese Annahme einer anderweitigen Bedarfsdeckung im Umfang von 1.000 DM monatlich bewirkt für den Beklagten eine deutliche Erleichterung der Unterhaltslast, welche allein schon die Unverhältnismäßigkeit der wirtschaftlichen Belastung fraglich erscheinen läßt. Auch das Bundesverfassungsgericht hat in einem Fall, in dem die unterhaltsbedürftige Ehefrau eine eheähnliche Verbindung mit einem anderen Mann eingegangen war und das Oberlandesgericht der Ehefrau für die dem neuen



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



- 14 -

Partner erbrachten Leistungen ein fiktives Einkommen zugerechnet hatte, mit Beschluß des Vorprüfungsausschusses vom 1. Juli 1982 (FamRZ 1982, 991) entschieden, daß durch die Zurechnung des fiktiven Einkommens der Unterhaltsanspruch gegen den Ehemann reduziert und damit eine mit dem Verfassungsgrundsatz der Verhältnismäßigkeit unvereinbare Belastung vermieden worden sei. Hinzu kommt, daß sich das um sämtliche Abzüge sowie den Kindesunterhalt bereinigte Einkommen des Beklagten nach den bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts für die Zeit vor der Pensionierung auf mindestens 7.000 DM und nach dem 1. April 1982 auf etwa 5.000 DM beläuft, wobei Steuervorteile und eventuelle Nebeneinkünfte des Beklagten als Ruheständler unberücksichtigt geblieben sind. Bei einer derartigen Einkommenslage kann nicht angenommen werden, daß der Beklagte durch monatliche Unterhaltsleistungen von 1.500 DM in unverhältnismäßiger, gegen die Verfassung verstoßender Weise finanziell belastet würde. Im übrigen gelangt das Berufungsgericht bei der Kürzung des Unterhaltsanspruchs nach § 1579 Nr. 6 BGB n.F. mit monatlich 1.000 DM selbst zu einem Betrag, der, gemessen an der Höhe des vom Beklagten erzielten Einkommens, nicht so entscheidend hinter dem vollen Unterhalt zurückbleibt, daß im einen Fall von einer unverhältnismäßigen Belastung die Rede sein könnte und im andern nicht. In den Fällen, die den bereits zitierten Entscheidungen vom 23. März und 9. November 1983 zugrunde lagen, hat der Senat die Annahme eines besonders gelagerten Härtefalles als rechtsfehlerhaft beanstandet, obwohl die Einkommensverhältnisse der Unterhaltspflichtigen dort erheblich ungünstiger lagen und sogar ihr angemessener Eigenbedarf tangiert wurde. Im ebenfalls

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



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

42

- 15 -

bereits genannten Urteil vom 25. Januar 1984 hat der Senat die Verneinung eines besonders gelagerten Härtefalles durch das Oberlandesgericht gebilligt, obwohl dem Unterhaltspflichtigen durch die Unterhaltsleistungen nicht viel mehr verblieb, als für den Eigenbedarf erforderlich.

Unter diesen Umständen findet die Annahme des Berufungsgerichts, daß hier ein besonders gelagerter Härtefall anzunehmen sei, in der Urteilsbegründung keine ausreichende Grundlage. Auch sonst sind weder Gründe festgestellt noch vorgetragen, welche diese Annahme rechtfertigen könnten. Insbesondere ergeben die tatrichterlichen Feststellungen nicht, daß die Klägerin den Tatbestand des § 1579 Abs. 1 Nr. 4 BGB (a.F.) durch ihr Fehlverhalten in besonders krasser Weise verwirklicht hat. In Fällen der vorliegenden Art allgemein eine besonders gelagerte Härte anzunehmen, ist rechtlich nicht haltbar (vgl. Senatsurteil vom 9. November 1983 aaO). Daß die Unterhaltsleistungen nicht durch das Kindesinteresse erfordert würden, kann nach der bisherigen Sachlage, insbesondere bei der Höhe des bisher vom Berufungsgericht angenommenen vollen Unterhalts, nicht angenommen werden. Eine derartige Annahme wäre aber auch nicht gerechtfertigt, wenn der volle Unterhalt nach der aus anderem Grund gebotenen Neubemessung (vgl. unten I 8 a) höher anzusetzen und der Klägerin eine Unterhaltsrente bis hin zur Höhe ihres Klagebegehrens zuzubilligen wäre.

c) Hiernach ist der vorliegende Sachverhalt der Fallgruppe zuzurechnen, für die § 1579 Abs. 2 BGB (a.F.) nicht für verfassungswidrig erklärt worden und daher auch nach der



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



Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts anwendbar geblieben ist. Da die hier zu beurteilenden Unterhaltsansprüche sämtlich vor dem 1. April 1986 liegende Zeiträume betreffen, mithin vorher fällig geworden sind und Art. 6 Nr. 1 Satz 4 UÄndG eine Rückwirkung auf derartige, vor dem Inkrafttreten der Novelle fällig gewordene Unterhaltsleistungen ausschließt, sind die Ansprüche damit weiterhin nach § 1579 BGB (a.F.) zu beurteilen. Das führt dazu, daß die Härteregelung hier durch § 1579 Abs. 2 BGB (a.F.) suspendiert bleibt und die Klägerin den vollen Unterhalt beanspruchen kann.

5. Damit hat das Berufungsgericht die Bindung an die der ersten Revisionsentscheidung zugrundeliegende rechtliche Beurteilung zu Unrecht verneint. Dieser Verstoß gegen § 565 Abs. 2 ZPO ist von Amts wegen zu beachten (vgl. BGHZ 3, 320, 324).

6. Wie die Revision der Ehefrau zu Recht rügt, verletzt das angefochtene Urteil ferner das sachliche Recht, weil das Berufungsgericht den Klageanspruch, statt § 1579 Abs. 2 BGB (a.F.) anzuwenden, nach § 1579 Nr. 6 BGB (n.F.) beurteilt hat.

7. Danach muß das angefochtene Urteil auf die Revision der Klägerin aufgehoben werden, soweit zu ihrem Nachteil erkannt worden ist.

Eine solche Entscheidung zu ihrem Nachteil hat das Berufungsgericht auch dadurch getroffen, daß es den Rechtsstreit nicht auch insoweit in der Hauptsache für erledigt



42

- 17 -

erklärt hat, als die Klägerin Krankenversicherungskosten geltend gemacht hat, sondern dieses Begehren durch die Abweisung der weitergehenden Klage mit abgewiesen hat.

Ferner hat das Berufungsgericht insoweit zum Nachteil der Klägerin entschieden, als es für April 1982 in Höhe von 1.000 DM die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache festgestellt hat, obwohl der Beklagte den Unterhaltsanspruch für diesen Monat nach dem Vortrag der Klägerin nur in Höhe von 250 DM erfüllt und die Klägerin den Rechtsstreit insoweit nur in dieser Höhe für erledigt erklärt hat.

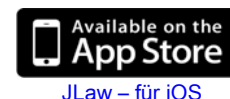
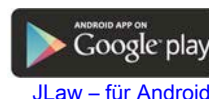
8. Da der Klägerin nach der Beurteilung des Berufungsgerichts, die der Revision der Beklagten standhält (vgl. unten II), auch für April 1982 1000 DM Elementarunterhalt zustehen, ist ihr für diesen Monat jedenfalls noch ein Betrag von 750 DM zuzusprechen.

Im weiteren Umfang der Aufhebung ist die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Insoweit ist eine abschließende Entscheidung des Senats nicht möglich, weil die Sache nicht entscheidungsreif ist.

a) Die Revision der Klägerin hat gerügt, daß das Berufungsgericht den unter Beweis gestellten Behauptungen über höhere Einkünfte des Beklagten als im Berufungsurteil festgestellt, insbesondere aus Vermögenserträgen einschließlich Mieteinnahmen aus dem im Miteigentum des Beklagten stehenden Haus in H., nicht nachgegangen ist und die Steuervorteile, in deren Genuß der Beklagte auch nach der Annahme des Berufungsgerichts gelangt ist, ohne nähere Feststellungen (lediglich) in Höhe des Krankenversicherungsaufwandes angesetzt



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



und berücksichtigt hat. Diese Rügen sind begründet. Für die Ermittlung des vollen Unterhalts der Klägerin ist es notwendig, daß das Berufungsgericht das Einkommen des Beklagten insgesamt ermittelt. Daß dieses Einkommen nach der aus Rechtsgründen an sich nicht zu beanstandenden Beurteilung des Berufungsgerichts teilweise nicht zum Konsum zur Verfügung gestanden und danach nicht in vollem Umfang die ehelichen Lebensverhältnisse der Parteien geprägt hat, ändert daran nichts. Es ist nicht auszuschließen, daß das Berufungsgericht im Falle der Feststellung höherer Einkünfte in der maßgebenden Zeit auch den ehelichen Lebensstandard höher eingestuft hätte, zumal bei der Bemessung des Unterhalts ein objektiver Maßstab anzulegen ist. Entscheidend ist der Lebensstandard, der nach den Einkommensverhältnissen vom Standpunkt eines vernünftigen Betrachters aus angemessen ist. Nur in diesem Rahmen kann das tatsächliche Konsumverhalten der Ehegatten während des ehelichen Zusammenlebens Berücksichtigung finden (vgl. Senatsurteile vom 4. November 1981 - IVb ZR 624/80 - FamRZ 1982, 151, 152; 25. Januar 1984 - IVb ZR 43/82 - FamRZ 1984, 358, 360 sowie auch vom 27. April 1983 - IVb ZR 372/81 - FamRZ 1983, 678, 679).

Bei der neuen Entscheidung der Sache wird das Berufungsgericht zu berücksichtigen haben, daß die Zubilligung eines höheren Elementarunterhalts für die Zeit von Mai bis einschließlich September 1982 bis zum Betrag von monatlich 1.250 DM zur Feststellung der Hauptsacheerledigung und erst darüber hinaus zur Verurteilung des Beklagten führt.

b) Was die Erledigung des Rechtsstreits über den Anspruch der Klägerin auf Zahlung von Krankenversicherungskosten angeht, haben die Parteien in der neuen Verhandlung



42

- 19 -

Gelegenheit zur Klärung, welche Beträge der Beklagte insoweit im einzelnen entrichtet hat und ob diese Zahlungen mit den Beträgen übereinstimmen, welche die Klägerin beansprucht hat. Insoweit fällt auf, daß nach der vom Beklagten mit Schriftsatz vom 14. August 1986 vorgelegten Ablichtung einer Aufstellung der Versicherungsgesellschaft die Krankenversicherungsbeiträge für die Klägerin in der Zeit bis Ende März 1980 monatlich 145,90 DM, danach bis Ende November 1984 monatlich 152,90 DM und für Dezember 1984 149,30 DM betragen haben. Diese Beträge weichen von den Zahlenangaben im übrigen Vorbringen, insbesondere auch zur Hauptsacheerledigung, teilweise ab.

II. Die Revision des Beklagten ist nicht begründet.

1. Die oben dargelegten Rechtsfehler können dem Rechtsmittel des Beklagten nicht zum Erfolg verhelfen, da sie allein die Klägerin beschweren. Daß sie auch dem Beklagten zur Beschwer gereichen, kann ausgeschlossen werden, da für ihn nur günstig ist, daß das Berufungsgericht den Klageanspruch, statt § 1579 Abs. 2 BGB (a.F.) anzuwenden, nach § 1579 BGB n.F. beurteilt hat (vgl. auch Senatsurteil vom 30. September 1987 - IVb ZR 79/86).

2. Soweit die Revision geltend macht, daß das Berufungsgericht den Unterhaltsanspruch der Klägerin gemäß § 1579 Nr. 6 BGB n.F. unabhängig von den ehelichen Lebensverhältnissen und der Leistungsfähigkeit des Beklagten hätte versagen müssen, sich gegen das Maß der vorgenommenen Kürzung wendet und insoweit eine ausreichende Abwägung vermißt, kann sie schon deswegen nicht durchdringen, weil die



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 20 -

Möglichkeit des vollständigen oder teilweisen Ausschlusses hier bereits durch § 1579 Abs. 2 BGB(a.F.) verschlossen ist.

3. Die Revision beanstandet außerdem die Berechnung des Unterhaltsanspruchs der Klägerin. Sie rügt, daß das Berufungsgericht die für die Bemessung des Unterhaltsbedarfs maßgeblichen ehelichen Lebensverhältnisse verfahrensfehlerhaft festgestellt habe. Obwohl es aufgrund des Vortrages der Parteien angenommen habe, daß die Ehegatten während des Zusammenlebens von dem Einkommen des Beklagten, das allein die ehelichen Lebensverhältnisse bestimmt, aber nicht in vollem Umfang zur Befriedigung der täglichen Bedürfnisse zur Verfügung gestanden, sondern teilweise der Vermögensbildung gedient habe, monatlich 5.000 DM für den Lebensunterhalt der gesamten vierköpfigen Familie ausgegeben hätten, habe es den Unterhaltsbedarf der Klägerin während der Trennungszeit mit der Hälfte dieses Betrages veranschlagt. Gehe man von einer gleichmäßigen Verwendung für die Familienmitglieder aus und berücksichtige den altersbedingt geringeren Bedarf der Kinder, könne aus diesem Betrag allenfalls ein Unterhaltsbedarf der Klägerin von 1.500 DM hergeleitet werden.

Der Angriff ist nicht gerechtfertigt. Das Berufungsgericht hat festgestellt, daß der Beklagte, der zum 1. April 1977 vom Beamten der Sparkasse zum geschäftsführenden Direktor aufgestiegen war, fortan im Jahre 1977 ein monatliches Nettoeinkommen von 8.000 DM und 1978 ein solches von 8.500 DM bezogen hat, daß diese Bezüge 1979 auf 9.000 DM und 1980 auf 9.500 DM netto monatlich gestiegen und ihm in mindestens dieser Höhe bis zur Pensionierung gewährt worden



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

42

- 21 -

sind. Von diesen Beträgen hat das Berufungsgericht außer dem Unterhalt für die Kinder den Unterhalt für die erste Ehefrau des Beklagten in Höhe von 220 DM monatlich, die Kosten der Krankenversicherung sowie die Kosten seiner Haushälterin abgesetzt und ist so für die Zeit der Trennung bis zur Pensionierung zu monatlichen Beträgen von rund 7.000 DM gelangt.

Daß das Berufungsgericht den Unterhaltsbedarf der Klägerin bei diesem bereinigten Einkommen des Beklagten mit monatlich 2.500 DM angenommen hat, läßt keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Beklagten erkennen. Daß die eingetretenen Einkommensverbesserungen ohne Auswirkungen auf die ehelichen Lebensverhältnisse geblieben wären und die Klägerin sich weiterhin an dem früheren Betrag für den Lebensaufwand festhalten lassen muß, trifft nicht zu. Der für die Einkommenssteigerung entscheidende berufliche Aufstieg, die Bestellung des Beklagten zum geschäftsführenden Direktor der Sparkasse, lag vor der Trennung der Ehegatten und war schon deshalb für die ehelichen Lebensverhältnisse mitbestimmend. Die nach diesem Aufstieg eingetretenen weiteren Einkommensverbesserungen waren dann nicht mehr unerwartet und außergewöhnlich. Bei dieser Sachlage läßt es keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Beklagten erkennen, wenn das Berufungsgericht aus der Höhe des Einkommens während der Trennung einen Unterhaltsbedarf der Klägerin in Höhe von 2.500 DM monatlich abgeleitet hat. Eine dahingehende Erhöhung gegenüber der Zeit des Zusammenlebens findet ihre Rechtfertigung in dem bereits erwähnten objektiven Maßstab, der bei der Bemessung des ehelichen Unterhalts anzulegen ist (vgl. oben I 8 a) und den unterhaltsbedürftigen Ehegatten davor bewahrt, an einer



während des ehelichen Zusammenlebens erfolgten Einschränkung des Konsums zugunsten der Bildung von Vermögen unverändert festgehalten zu werden (vgl. auch Senatsurteil vom 25. Januar 1984 - IVb ZR 43/82 - FamRZ 1984, 358, 360).

Mit der Pensionierung des Beklagten gingen die Bezüge zwar zurück. Sie erreichten nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ohne Berücksichtigung von Steuervorteilen und "eventuellen Nebeneinkünften" mit durchschnittlichen Nettobeträgen von 7.500 DM je Monat, von denen nach Absetzung des Unterhalts für die Kinder und die erste Ehefrau des Beklagten sowie eines Betrages von 568 DM für seine Betreuung etwas über 5.000 DM je Monat verblieben, immer noch eine Höhe, welche die Annahme des monatlichen Unterhaltsbedarfs der Klägerin in Höhe von 2.500 DM rechtfertigte, zumal, wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat, nach dem Ausscheiden des Unterhaltspflichtigen aus dem Erwerbsleben das verteilungsfähige Einkommen grundsätzlich hälftig aufzuteilen ist (vgl. Senatsurteil vom 28. März 1984 - IVb ZR 64/82 - FamRZ 1984, 662, 664).

4. Im Ergebnis nicht zu beanstanden ist die Auffassung des Berufungsgerichts, die Klägerin habe während der hier maßgebenden Zeit nicht darauf verwiesen werden können, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen. Allerdings kann dem Oberlandesgericht nicht gefolgt werden, wenn es im Blick auf die Zeit, in der wegen des fortschreitenden Alters der Kinder an die Aufnahme einer Teilerwerbstätigkeit zu denken gewesen sei, ausführt, daß die Klägerin dieser Obliegenheit durch die als vergütungspflichtig anzusehende Betreuung ihres



42

- 23 -

Partners gerecht geworden sei. Wenn im Falle des eheähnlichen Zusammenlebens mit einem neuen Partner in einer Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft nach der Rechtsprechung unterhaltsrechtlich eine Vergütung für die Haushaltsführung und Versorgung angerechnet wird, handelt es sich nicht um Einkünfte aus Erwerbstätigkeit, sondern um eine besondere Art anderweitiger Deckung des Unterhaltsbedarfs, der nicht unberücksichtigt bleiben kann (vgl. Senatsurteil vom 20. Mai 1987 - IVb ZR 50/86 - FamRZ 1987, 1011, 1013). Es kann daher grundsätzlich nicht davon die Rede sein, daß der bedürftige Ehegatte mit diesen Betreuungsleistungen eine etwaige Erwerbsobliegenheit erfüllte. Das schließt jedoch nicht aus, daß die Aufnahme einer zuzumutenden Teilerwerbstätigkeit die Bedürftigkeit des unterhaltsberechtigten Ehegatten möglicherweise nicht stärker mindern würde als die Betreuung des Partners und die darauf beruhende Anrechnung einer Vergütung. Von einem solchen Fall ist das Berufungsgericht, das die der Klägerin anzurechnende Vergütung auf 1.000 DM monatlich bemessen hat, hier offensichtlich ausgegangen. Das ist frei von rechtlichen Bedenken. Soweit für die Klägerin im Laufe der Trennungszeit neben der Betreuung der Kinder, die zu Beginn sechs und acht Jahre, im Januar 1985 dreizehn und sechzehn Jahre alt waren, eine Teilzeitbeschäftigung in Betracht kam, mußte diese nicht den Umfang einer Halbtagsarbeit erreichen. Soweit das Oberlandesgericht Karlsruhe in seinem Urteil vom 10. Januar 1985 über den nachehelichen Unterhalt der Klägerin zu einem anderen Ergebnis gelangt ist und die Zumutbarkeit einer Halbtagsstätigkeit mit einem erzielbaren Nettoeinkommen von 1.320 DM monatlich bejaht hat, betraf das eine spätere Zeit.

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](#)

5. Die Revision greift ferner die Beurteilung des Berufungsgerichts an, eine Verwertung des Miteigentumsanteils an dem gemeinsamen Hausgrundstück zur Deckung ihres Unterhaltsbedarfs sei der Klägerin nicht zuzumuten gewesen, weil eine derartige Verwertung vor der Aufhebung der Miteigentumsgemeinschaft, welche die Klägerin während der Trennung zwar verfolgt, aber nicht durchgesetzt habe, unwirtschaftlich sei. Sie führt aus, der Beklagte habe der Klägerin das Angebot gemacht, ihr ein zinsfreies Darlehen über monatlich 1.000 DM auszuzahlen, das aus dem Verkaufserlös des gemeinsamen Hauses habe getilgt werden sollen. Die fehlende Wirtschaftlichkeit dieses Vorschlags, mit dem er ihr den Zugriff auf das in dem Haus gebundene Vermögen vorzeitig eröffnet habe, sei nicht erkennbar.

Auch damit dringt die Revision nicht durch.

Allerdings kann es dem Unterhaltsberechtigten unter Umständen obliegen, zur Behebung oder Verminderung seiner Bedürftigkeit einen Kredit aufzunehmen (vgl. Senatsurteile vom 23. März 1983 - IVb ZR 358/81 - FamRZ 1983, 574, 575 und vom 19. Juni 1985 - IVb ZR 30/84 - FamRZ 1985, 916, 917 m.w.N.). Gegen eine solche Obliegenheit, die nur im Rahmen des Zumutbaren besteht, hat die Klägerin indessen hier nicht verstoßen.

Der Beklagte hat sein Angebot über die Einräumung eines Kredits erstmals in einem Schreiben an den anwaltlichen Vertreter der Klägerin vom 5. August 1984 unterbreitet. Dieses Angebot konnte die Bedürftigkeit der Klägerin und damit ihren Unterhaltsanspruch allenfalls insoweit tangieren, als es um



42

- 25 -

die restliche Trennungszeit ging. Für die Vergangenheit schieden derartige Auswirkungen auf den Anspruch von vornherein aus, weil er insoweit bereits entstanden war. Aber auch für die verbleibende Zeit, für die Trennungsunterhalt begehrt wurde, ist der Unterhaltsanspruch dadurch nicht in Frage gestellt worden. In dem genannten Schreiben des Beklagten, in dem zunächst davon die Rede war, daß der Unterhalt, den er bis dahin stets und ausdrücklich nur unter Vorbehalt bezahlt habe, inzwischen einen Betrag von rund 100.000 DM ausmache, heißt es sodann:

Dies vorausschickend biete ich jetzt diese von mir ab September 1977 immerfort unter Vorbehalt und bislang ohne (rechtskräftigen) Rechtsgrund an Ihre seit 6 3/4 Jahren im gut situierten Dauerkonkubinats lebende Mandantin erbrachte Gesamtleistung ihr als zins- und tilgungsfreies Darlehen zur Behebung oder Verminderung einer (allerdings nur) in ihren Augen bestehenden Bedürftigkeit an.

Im Falle eines endgültigen Obsiegens ihrer Mandantin i.S. 3 UF 124/80 OLG ... - bis dahin sollten auch alle meine weiteren, künftigen Zahlungen Darlehen sein - verpflichte ich mich, auf die Rückzahlung dieses Insgesamt-Darlehens zu verzichten. Andererseits bitte und erwarte ich zur Sicherung meines Anspruchs auf Darlehensrückzahlung die Bewilligung der Eintragung einer leistungentsprechenden, bestrangigen Sicherungsschuld auf dem hälftigen ... Hausanteil Ihrer Klientin.

...
Der ... Hausanteil Ihrer Mandantin ... stellt schon vor der Versilberung dieses Objekts einen sehr hohen Vermögenswert dar; ihn kann Ihre Mandantin als (u.a. Trennungs-)Unterhalt fordernde Miteigentümerin in der von mir dargelegten Art in zumutbarer Weise wirtschaftlich trefflich nutzen.

...



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Dieses Angebot war nicht geeignet, das Immobilienvermögen der Klägerin vor der Aufhebung der Miteigentumsgemeinschaft vorab in wirtschaftlich zumutbarer Weise für die Klägerin verwertbar zu machen. Es war letztlich darauf gerichtet, einen etwaigen Anspruch des Beklagten auf Rückzahlung der als Unterhalt geleisteten Beträge in einen Darlehensanspruch umzuwandeln und diesen zudem dinglich zu sichern. Darauf brauchte sich die Klägerin nicht einzulassen. Daß der Beklagte das Angebot in der Zeit bis zum Ablauf der Trennungszeit modifiziert und insbesondere mit dem von der Revision dargelegten Inhalt wiederholt hätte, ergibt der Sachvortrag nicht. Aus diesem Grunde kann offen bleiben, ob der Klägerin die Annahme eines solchen Kreditangebots unterhaltsrechtlich zuzumuten gewesen wäre.

6. Die Revision wendet sich gegen den Ausspruch des Berufungsgerichts, daß der Rechtsstreit in der Hauptsache teilweise erledigt ist. Sie rügt, das Gericht habe nicht berücksichtigt, daß der Beklagte nach seinem Vortrag und den von ihm vorgelegten Unterlagen Zahlungen stets nur unter Vorbehalt und ohne Anerkennung einer Rechtspflicht geleistet habe. Diese Zahlungen hätten nicht zur Erledigung der Hauptsache geführt. Da die Klägerin ihren ursprünglichen Sachantrag auch nicht hilfsweise aufrechterhalten habe, habe die Klage insoweit abgewiesen werden müssen.

Der Angriff bleibt erfolglos.

Daß die Zahlungen unter dem Vorbehalt der Rückforderung erfolgt sind, steht der Annahme einer Erledigung der Hauptsache nicht ohne weiteres entgegen (vgl. Thomas/Putzo, ZPO



42

- 27 -

15. Aufl. § 91a Anm. 2 b). Wenn ein Schuldner unter Vorbehalt leistet, tritt er damit im allgemeinen lediglich dem Verständnis seiner Leistung als Anerkenntnis (§ 208 BGB) entgegen und schließt die Wirkungen des § 814 BGB aus, hält sich also die Möglichkeit offen, das Geleistete gemäß § 812 BGB zurückzufordern. Ein solcher Vorbehalt stellt die Erfüllung nicht in Frage. Anders ist es, wenn dem Leistungsempfänger durch den Vorbehalt die Beweislast für das Bestehen des Anspruchs auferlegt werden soll. Ein Vorbehalt dieser Art läßt die Schuldtilgung in der Schwebe und steht einer Erfüllung im Wege. Außer im Falle der Zahlung zur Abwendung der Zwangsvollstreckung aus einem nur vorläufig vollstreckbaren Urteil ist er indessen ungewöhnlich (Senatsurteil vom 8. Februar 1984 - IVb ZR 52/82 - FamRZ 1984, 470, 477 m.w.N.). Von einem solchen Vorbehalt kann auch hier nicht ausgegangen werden. Daß der Beklagte im vorliegenden Fall die fraglichen Beträge, bei denen es sich um die sogenannten Sockelbeträge handelte, zur Abwehr der Zwangsvollstreckung geleistet hat (vgl. auch BGH Urteil vom 22. September 1977 - VII ZR 162/74 - WM 1977, 1307; BGHZ 94, 268, 274), ist nicht vorgetragen. Das amtsgerichtliche Urteil vom 25. Januar 1978, das nach der Aufhebung des ersten Berufungsurteils als vorläufig vollstreckbarer Titel weiterhin zur Verfügung stand, enthielt nur eine Verurteilung zur Zahlung der über die Sockelbeträge hinausgehenden Unterhaltsrente. Wegen der Sockelbeträge konnte aus ihm nicht vollstreckt werden.

Hiernach ist der Vorbehalt in dem üblichen Sinne zu verstehen, daß der Beklagte lediglich dem Verständnis seiner Leistung als Anerkenntnis entgegengetreten ist und sich die



Möglichkeit der Rückforderung des Geleisteten nach § 812 BGB offenhalten wollte. Damit hat er durch diese Zahlungen die betreffenden Unterhaltsansprüche erfüllt. Die Folge ist, daß sich insoweit der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt hat.

7. Die Zubilligung des Vorsorgeunterhalts gemäß § 1361 Abs. 1 Satz 2 BGB ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Sie steht im Einklang mit der Rechtsprechung des Senats (vgl. etwa Senatsurteile vom 25. Februar 1981 - IVb ZR 543/80 - FamRZ 1981, 442 sowie vom 21. April 1982 - IVb ZR 687/80 - FamRZ 1982, 679). Damit unterliegt auch die Abweisung der Widerklage auf Rückzahlung der geleisteten Vorsorgeunterhaltsbeträge keinen rechtlichen Bedenken.

Auch im übrigen läßt das angefochtene Urteil keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Beklagten erkennen.

Lohmann

Blumenröhr

Krohn

Zysk

Nonnenkamp

