

BUNDESGERICHTSHOF

43

IM NAMEN DES VOLKES

IVb ZR 99/86

URTEIL

Verkündet am:
9. Dezember 1987
Ernst,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

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:

Auf die Rechtsmittel der Klägerin werden das Urteil des 2. Familiensenats in Kassel des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 22. Oktober 1986 aufgehoben und das Urteil des Amtsgerichts - Familiengericht - Kassel vom 10. Dezember 1985 abgeändert.

Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 8.123,40 DM nebst 4% Zinsen seit dem 20. Dezember 1984 zu zahlen.

Die Kosten des Rechtsstreits werden dem Beklagten auferlegt.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien sind seit 1977 (zum zweitenmal) verheiratet. Sie leben seit Mitte Februar 1983 getrennt. Mit Anwaltsschreiben vom 28. Februar 1983 forderte die Klägerin

- 3 -

den Beklagten auf, ihr "zunächst 3.000 DM monatlichen Unterhalt, beginnend im März 1983" zu zahlen. Am 10. März 1983 wiederholte sie die Aufforderung mit der Erklärung, sie sei nicht bereit, auf Unterhaltszahlungen vorderhand zu verzichten, es bleibe vielmehr "im Hinblick auf den eingeforderten Unterhaltsbetrag von 3.000 DM bei der gesetzten Frist".

Da der Beklagte der Aufforderung nicht nachkam, reichte die Klägerin am 22. März 1983 ein Prozeßkostenhilfegesuch für eine (beigefügte) Klage auf Zahlung monatlichen Trennungsunterhalts von 3.000 DM ein (71 (75) F 641/83 AG Kassel). Im April 1983 erweiterte sie die Klage um einen Auskunftsantrag. Die Schriftsätze wurden dem Beklagten formlos zur Stellungnahme zugeleitet. Das Gericht verwies die Klägerin wegen der Prozeßkosten auf eine Vorschußpflicht des Beklagten. Daraufhin beantragte sie den Erlass einer entsprechenden einstweiligen Anordnung. In dem zur Verhandlung über diesen Antrag bestimmten Termin vom 7. Juli 1983 erläuterte sie ihr Vorgehen dahin, daß sie im Wege der Stufenklage zunächst Auskunft über die Einkünfte des Beklagten in den Jahren 1980 bis 1982 begehren und nach erteilter Auskunft den angemessenen Unterhalt verlangen wolle. Die Anträge wurden dem Beklagten am 13. Juli 1983 zugestellt. Nach Erledigung des Auskunftsbegehrens beantragte die Klägerin in der mündlichen Verhandlung vom 7. März 1984, den Beklagten zur Zahlung eines monatlichen Unterhalts von 3.500 DM "ab Rechtshängigkeit" zu verurteilen.

Das Amtsgericht - Familiengericht - verurteilte den Beklagten durch Urteil vom 21. März 1984 antragsgemäß zur



Zahlung von monatlich 3.500 DM ab 1. Juli 1983 und bezog sich hierbei ohne nähere Erläuterung ersichtlich darauf, daß die Stufenklage vom 7. Juli 1983 am 13. Juli 1983 zugestellt worden war. Gegen das Urteil legte der Beklagte Berufung ein, mit der er - wie schon in der Vorinstanz - seine Leistungsfähigkeit in der geltend gemachten Höhe in Abrede stellte. In der Berufungserwiderung vom 12. Oktober 1984 wies die Klägerin - unter anderem - darauf hin, daß das Amtsgericht den Unterhalt erst ab 1. Juli 1983 zugesprochen habe, obwohl der Verzug schon vorher eingetreten sei. Sie erklärte, insoweit bleibe die Erhebung einer Anschlußberufung vorbehalten.

Das Oberlandesgericht änderte die Entscheidung auf die Berufung des Beklagten durch Urteil vom 5. Dezember 1984 dahin ab, daß dieser ab 1. Juli 1983 monatlich 2.750 DM Trennungsunterhalt an die Klägerin zu zahlen habe.

Nach Abschluß des Verfahrens forderte die Klägerin den Beklagten mit Schreiben vom 19. Dezember 1984 auf, noch den Unterhalt für die Zeit vom 1. März bis zum 30. Juni 1983 in der nunmehr festgesetzten Höhe von monatlich 2.750 DM - abzüglich bereits geleisteter 2.876,60 DM - zu zahlen, und sie bemerkte - auf das Antwortschreiben des Beklagten vom 25. Januar 1985 - am 28. Januar 1985, auf den Unterhaltsrückstand der Monate März bis Juni 1983 sei "keinesfalls" verzichtet worden. Der Beklagte verweigerte die Zahlung. Daraufhin nahm ihn die Klägerin mit Antrag vom 5. Februar 1985 zunächst auf Zahlung eines Prozeßkostenvorschusses für die beabsichtigte Klage in Anspruch. Nach Zurückweisung



- 5 -

dieses Antrags (wegen hinreichenden eigenen Einkommens) erhob sie am 1. Juli 1985 Klage auf Zahlung des rückständigen Trennungsunterhalts für März bis Juni 1983 in Höhe von 8.123,40 DM nebst 4% Zinsen seit dem 20. Dezember 1984.

Das Amtsgericht - Familiengericht - hat die Klage abgewiesen, weil die Klägerin den Anspruch verwirkt habe. Die Berufung der Klägerin hatte keinen Erfolg. Mit der zugelassenen Revision verfolgt sie ihr Klagebegehren weiter.

Entscheidungsgründe:

Das Rechtsmittel ist begründet.

I.

1. Das Berufungsgericht hat zwar nicht die Auffassung des Amtsgerichts geteilt, daß dem von der Klägerin erhobenen Anspruch der allgemeine Einwand der Verwirkung entgegenstehe. Es hat die Klage jedoch daran scheitern lassen, daß sich der Beklagte nicht mehr in Verzug befinde. Zwar habe ihn die Klägerin mit ihrem Schreiben vom 28. Februar 1983 in einer Verzug begründenden Weise zur Zahlung von monatlich 3.000 DM aufgefordert; die Wirkung dieser Mahnung sei jedoch mit Abschluß des Vorprozesses erloschen. Denn das gesamte Verhalten der Klägerin im Vorprozeß sei als - konkludente - Rücknahme der Mahnung zu werten. Damit seien deren Wirkungen beseitigt worden.



2. Diese Auffassung kann aus Rechtsgründen nicht gebilligt werden. Wie der Senat im Urteil vom 17. September 1986 (IVb ZR 59/85 = BGHR BGB § 284 I Verzugsfolgen 1 = FamRZ 1987, 40) näher dargelegt hat, lassen sich die durch eine Mahnung ausgelösten Rechtsfolgen nicht dadurch rückwirkend beseitigen, daß der Mahnende die Mahnung einseitig zurücknimmt. Da das Berufungsgericht von der Möglichkeit einer solchen - einseitigen - rückwirkenden Beseitigung der Verzugsfolgen ausgegangen ist und sie zur Grundlage seiner Entscheidung gemacht hat, kann das angefochtene Urteil mit der ihm gegebenen Begründung nicht bestehen bleiben.

II.

1. Das Berufungsurteil stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 563 ZPO). Es ist vielmehr auf die Revision der Klägerin aufzuheben, und der Beklagte ist antragsgemäß zur Zahlung des rückständigen Trennungunterhalts zu verurteilen.

Zu dieser Entscheidung ist der Senat selbst in der Lage (§ 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO). Die erforderlichen tatsächlichen Feststellungen sind getroffen und weitere - etwa entgegenstehende - nicht zu erwarten. Sowohl der Inhalt der jeweiligen vorprozessualen Schreiben der Klägerin an den Beklagten bzw. seine Bevollmächtigten als auch das für die Beurteilung des Klageanspruchs erhebliche Verhalten der Klägerin im Vorprozeß ergeben sich aus dem angefochtenen Urteil in Verbindung mit den darin in Bezug genommenen Akten des Verfahrens 71 (75) F 641/83 AG Kassel (= 2 UF 130/84 OLG Frankfurt am Main).



- 7 -

2. Die Klägerin hat den Beklagten mit dem Mahnschreiben vom 28. Februar 1983 und der Erklärung vom 10. März 1983 in Verzug gesetzt. Die Verzugswirkung erstreckte sich, da eine Mahnung wegen laufenden Unterhalts im allgemeinen nicht monatlich wiederholt werden muß (Senatsurteil vom 26. Januar 1983 - IVb ZR 351/81 = FamRZ 1983, 352, 354), auch auf den Unterhalt für die demnächst folgenden Monate, um die es im vorliegenden Verfahren allein noch geht. Mit ihrer im Termin vom 7. Juli 1983 erhobenen Ankündigung, sie werde - entsprechend ihrem bisherigen Vorbringen - nach erteilter Auskunft den angemessenen Unterhalt verlangen, hat die Klägerin die Mahnung sodann wiederholt. Damit hat sie nach inzwischen eingetretener Fälligkeit des Trennungsunterhalts für die Monate März bis Juni 1983 (§ 284 Abs. 1 BGB) für diese nunmehr zurückliegende Zeit nochmals eine zur Begründung des Verzuges geeignete Handlung vorgenommen. Auf diese Weise hat sie sich die ihr sonst verschlossene Möglichkeit eröffnet, noch nachträglich den Trennungsunterhalt für den jetzt streitigen Zeitraum zu verlangen (§ 1613 Abs. 1 BGB), auf den sich ihr Klagebegehren im Vorprozeß nicht erstreckt hatte.

Da mit der hier erhobenen Klage nur (noch) Unterhalt geltend gemacht wird, den die Klägerin - wie dargelegt - jedenfalls am 7. Juli 1983 auch als rückständige, damals bereits fällige Beträge angemahnt hat, kann für den vorliegenden Fall auf sich beruhen, ob und unter welchen Voraussetzungen etwa eine Mahnung für zukünftige Unterhaltsansprüche erneuert werden müßte, um die Verzugswirkung des § 284 Abs. 1 BGB aufrechtzuerhalten (vgl. Derleder in Anm. zu Senatsurteil vom 17. September 1986 - IVb ZR 59/85 - bei EZFamR BGB § 286 Nr. 3).



43

- 8 -

Der Umstand, daß die Klägerin in dem Mahnschreiben vom 28. Februar 1983 ebenso wie in ihrem Schreiben vom 10. März 1983 eine Unterhaltsforderung von monatlich 3.000 DM geltend gemacht hatte, während sich ihr Anspruch nach dem Urteil des Berufungsgerichts im Vorprozeß nur auf monatlich 2.750 DM beläuft, steht der Wirksamkeit ihrer Mahnung nicht entgegen. Eine Zuvielforderung ist im Unterhaltsrecht - jedenfalls wenn sie sich, wie hier, in einem nicht außergewöhnlichen Rahmen bewegt - für die Mahnungswirkung unschädlich (vgl. Senatsurteile vom 26. Mai 1982 - IVb ZR 715/80 = FamRZ 1982, 887, 890 unter B 1; vom 26. Januar 1983 aaO; vgl. auch BGH Urteil vom 12. Februar 1987 - III ZR 251/85 = BGHR BGB § 284 Abs. 1 Mahnung 1).

Nachdem der Beklagte durch die Mahnungen der Klägerin in Verzug gekommen und damit die Rechtsfolge des § 1613 Abs. 1 BGB eingetreten ist, kann diese grundsätzlich nur durch Vereinbarung der Parteien, also durch einen Verzicht der Klägerin in der Form eines Erlaßvertrages (§ 397 Abs. 1 BGB), wieder beseitigt worden sein. Daneben könnte unter Umständen in Betracht kommen, daß sich die Klägerin aus besonderen Gründen nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) - insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Verwirkung - nicht auf die Verzugsfolgen berufen könnte (Senatsurteil vom 17. September 1986 aaO).

Beides ist jedoch nicht der Fall.

a) Für die Annahme einer - gegebenenfalls durch schlüssiges Verhalten zustande gekommenen - vertraglichen Vereinbarung der Parteien, durch die die Klägerin auf ihre Unterhaltsansprüche für die Monate März bis Juni 1983 verzichtet



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



hätte, bietet der festgestellte Sachverhalt weder objektiv noch subjektiv hinreichend begründete Anhaltspunkte.

aa) Die Klägerin hat zu keinem Zeitpunkt durch ihr Verhalten im Verlauf des Vorprozesses zum Ausdruck gebracht, daß sie auf eine - weitere - Geltendmachung ihrer mit dem Schreiben vom 28. Februar 1983 angemahnten Unterhaltsansprüche für die Zeit ab März 1983 verzichten wolle. Daß sie in der mündlichen Verhandlung vor dem Amtsgericht vom 7. März 1984 die Verurteilung des Beklagten zu der begehrten Unterhaltsleistung "ab Rechtshängigkeit" beantragt hat, ergibt nicht, daß sie den Unterhalt für die Zeit seit ihrer ersten Mahnung nicht mehr geltend machen wollte. Mit der Berufungserwiderung vom 12. Oktober 1984 hat sie sich sodann ausdrücklich die Erhebung einer Anschlußberufung wegen der rückständigen Unterhaltsbeträge vorbehalten und damit unmißverständlich ihren Willen zu erkennen gegeben, weiterhin auf der Erfüllung auch dieser Forderung zu bestehen. Daß sie sodann in dem Verfahren, in dem ihre Unterhaltsansprüche erheblich umstritten waren, von der Erhebung einer Anschlußberufung abgesehen hat, kann ohne besondere Anhaltspunkte nicht als Verzicht auf die Unterhaltsrückstände gewertet werden, zumal die Klägerin den Beklagten unmittelbar nach Erlaß des Berufungsurteils vom 5. Dezember 1984 mit ihrem Schreiben vom 19. Dezember 1984 an die Zahlung der Unterhaltsrückstände erinnert hat.

bb) Dies gilt insbesondere deshalb, weil die Annahme eines Erlaßvertrages den rechtsgeschäftlichen Willen des "Verzichtenden" zum Erlaß der Forderung voraussetzt. An die



Feststellung eines solchen Willens sind strenge Anforderungen zu stellen, wobei ein allgemeiner Erfahrungssatz dahin geht, daß der Verzicht auf ein Recht niemals zu vermuten ist (BGH Urteil vom 20. Dezember 1983 - VI ZR 19/82 = NJW 1984, 1346, 1347). Auch im Unterhaltsrecht wird erfahrungsgemäß - ohne Gegenleistung - nur in seltenen Fällen und auch dann nur aus besonderen Gründen, auf eine einmal begründete Forderung verzichtet (vgl. Senatsurteil vom 17. September 1986 aaO). Gründe, die hier für die Annahme eines solchen Ausnahmefalles sprechen könnten, sind indessen nicht ersichtlich. Immerhin hatte die Klägerin im Vorprozeß bereits mit der Klageschrift vom 21. März 1983 und mit einem weiteren Schriftsatz vom 26. April 1983 darauf hinweisen lassen, daß sie keinen Beruf erlernt habe, angesichts ihres Alters von 54 Jahren und auch aus Gesundheitsgründen nicht in der Lage sei, ihren Lebensunterhalt selbst zu verdienen, und daß sie deshalb völlig mittellos und auf Unterhaltszahlungen des Beklagten angewiesen sei. Überdies hatte sie den Beklagten sowohl für die erste als auch für die zweite Instanz auf Zahlung eines Prozeßkostenvorschusses in Anspruch genommen. Im vorliegenden Verfahren schließlich hat sie vorgetragen, sie habe sich infolge der verzögerten Unterhaltszahlungen des Beklagten und für die Einrichtung eines eigenen Haushalts bei ihrer Bank in einer Weise verschuldet, daß sie noch jetzt mit einem Soll-Saldo von über 40.000 DM belastet sei.

b) Die Klägerin ist unter den gegebenen Umständen auch nicht - ausnahmsweise - nach den Grundsätzen von Treu und Glauben an einer Geltendmachung der Unterhaltsrückstände gehindert. Insoweit teilt der Senat die Auffassung des Berufungsgerichts, das - wenn auch ohne nähere Begründung - der



Meinung des Familiengerichts entgegengetreten ist und sich auf den Standpunkt gestellt hat, der allgemeine Einwand der Verwirkung stehe dem geltend gemachten Anspruch nicht entgegen.

Von den Voraussetzungen der Verwirkung, nämlich dem "Zeitmoment" und dem "Umstandsmoment" (vgl. BGHZ 25, 47, 51, 52; 43, 289, 292; Palandt/Heinrichs 46. Aufl. § 242 Anm. 9 d) ist schon das erstere nicht erfüllt.

aa) Für die zeitlichen Voraussetzungen einer Verwirkung sind im Unterhaltsrecht besondere Anforderungen zu beachten. Einerseits gilt auch hier, wie allgemein, der Grundsatz, daß je kürzer die Verjährungsfrist ist, desto seltener Raum für eine Verwirkung sein wird (BGH Urteile vom 12. Mai 1959 - VIII ZR 43/58 = NJW 1959, 1629; vom 21. April 1960 - II ZR 193/58 = VersR 1960, 604, 605; vom 17. Februar 1969 - II ZR 30/65 = BB 1969, 332). Da Ansprüche auf rückständigen Unterhalt - abgesehen von der (hier eingreifenden) Besonderheit des § 204 Satz 1 BGB - in vier Jahren verjähren (§ 197 BGB), könnte eine Verwirkung hiernach zwar grundsätzlich seltener eingreifen als bei Ansprüchen mit der regelmäßigen 30jährigen Verjährung (§ 195 BGB), jedoch häufiger als in den Fällen der kürzer verjährenden Forderungen des täglichen Lebens (§ 196 BGB; vgl. Senatsurteil BGHZ 84, 280). Andererseits kann auch im Rahmen der Grundsätze von Treu und Glauben nicht unberücksichtigt bleiben, daß sich der Unterhaltsgläubiger den Rückgriff auf rückständigen Unterhalt - neben der Klageerhebung - nur durch Inverzugsetzung, also durch Mahnung des Schuldners erhalten kann (§ 1613 Abs. 1 BGB). Wie



ausgeführt, braucht eine Mahnung zwar im allgemeinen nicht monatlich wiederholt zu werden, um die Wirkungen des Verzuges aufrechtzuerhalten. Da aber auch die Interessen des Unterhaltsschuldners angemessen gewahrt werden müssen und dieser ein Recht darauf hat, zu wissen, welchen (Nach-)Forderungen des Unterhaltsgläubigers er für vergangene Zeiträume - in der Regel neben der Verpflichtung zur Zahlung des laufenden Unterhalts - noch ausgesetzt sein wird, kann der Unterhaltsgläubiger nach einer einmal ausgesprochenen Mahnung unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben nicht beliebig lange Zeit verstreichen lassen, bevor er den angemahnten Betrag gerichtlich geltend macht oder in sonstiger Weise auf die Mahnung zurückgreift (§ 242 BGB).

Die Klägerin hat jedoch ihre Mahnung im Verlauf des Vorprozesses in regelmäßigen Zeitabständen erneuert und durch ihr Verhalten deutlich zu erkennen gegeben, daß sie nicht von der Geltendmachung ihrer Unterhaltsforderung auch für die zurückliegenden Monate März bis Juni 1983 absehen wolle. Nach den ersten Mahnungen vom 28. Februar und 10. März 1983 hat sie am 7. Juli 1983 den Zahlungsantrag der Stufenklage angekündigt, ohne ihre Forderung zu diesem Zeitpunkt auf einen Zeitraum zu beschränken, der die Unterhaltsansprüche für März bis Juni 1983 nicht umfaßte. Eine solche Beschränkung ließ sich, wie bereits erwähnt, auch nicht aus ihrem Antrag vom 7. März 1984 entnehmen, mit dem sie die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung von Trennungsunterhalt "ab Rechtshängigkeit" begehrte. Nachdem das Familiengericht ihr daraufhin Unterhalt erst für die Zeit ab 1. Juli 1983 zugesprochen hatte, hat die Klägerin mit der Berufungserwiderung vom 12. Oktober 1984 klargestellt, daß sie weiterhin auf der Erfüllung ihrer Unterhaltsforderung auch für



die zurückliegenden Monate März bis Juni 1983 bestehe. Schließlich hat sie den Beklagten nach Abschluß des Vorprozesses durch das Urteil des Oberlandesgerichts vom 5. Dezember 1984 innerhalb weniger Wochen, mit Schreiben vom 19. Dezember 1984, erneut gemahnt, und sie hat die Mahnung nochmals durch schlüssiges Verhalten mit dem Antrag vom 5. Februar 1985 auf Zahlung eines Prozeßkostenvorschusses für die Klage wiederholt, bevor sie sodann im Juli 1985 die Klage erhoben hat.

bb) Was der Beklagte im übrigen zur Begründung des Verwirkungseinwandes vorträgt, nämlich daß er "sich darauf einrichten konnte und durfte, und das auch getan habe, daß die Klägerin trotz erfolgter Ankündigung diese Ansprüche offenbar nicht durchzusetzen beabsichtige", rechtfertigt nicht die Schlußfolgerung, der Anspruch auf den Trennungsunterhalt für die Monate März bis Juni 1983 sei trotz des geschilderten Verhaltens der Klägerin verwirkt.

3. Der Höhe nach unterliegt der Anspruch ebenfalls keinen Bedenken. Nachdem das Oberlandesgericht der Klägerin durch das Urteil vom 5. Dezember 1984 Trennungsunterhalt von monatlich 2.750 DM zugebilligt hat, setzt sie diesen Betrag zu Recht auch für die Monate März bis Juni 1983 an. Der Beklagte hat unstreitig für März 1983 682,13 DM, für April 1983 694,47 DM, für Mai 1983 1.000 DM und für Juni 1983 500 DM, insgesamt also für den hier streitigen Zeitraum bereits einen Betrag von 2.876,60 DM gezahlt. Damit schuldet er der Klägerin restliche (11.000 DM - 2.876,60 DM =) 8.123,40 DM. Diese sind für die Zeit ab Rechtshängigkeit (am



23. Juli 1985) gemäß § 291 BGB (vgl. Senatsurteil vom 14. Januar 1987 - IVb ZR 3/86 = BGHR BGB § 291 Satz 1, Unterhaltsschulden 1 = FamRZ 1987, 352) und für den zurückliegenden Zeitraum seit Zugang des Mahnschreibens vom 19. Dezember 1984 - jedenfalls bei der gegebenen besonderen Sachlage, bei der die Klägerin nach der Ausurteilung ihrer Unterhaltsansprüche für die Zeit ab Juli 1983 im Vorprozeß die hier geltend gemachten rückständigen Beträge dazu benötigen dürfte, den wegen der zeitweise unterbliebenen Zahlungen des Beklagten aufgenommenen verzinslichen Bankkredit zurückzuführen - nach § 288 Abs. 1 i.V. mit § 286 Abs. 1 BGB mit 4% zu verzinsen (vgl. Senatsurteil vom 14. Januar 1987 aaO m.N.; OLG Celle FamRZ 1983, 525 m.Anm. Brüggemann sowie Senatsurteil vom 24. Oktober 1984 - IVb ZR 43/83 = FamRZ 1985, 155, 158 a.E.)

Lohmann

Blumenröhr

Krohn

Zysk

Nonnenkamp



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)