

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB § 1578

Berufliche und wirtschaftliche Dispositionen, die der Unterhaltspflichtige in der Zeit zwischen Trennung und Scheidung unter Verletzung seiner Erwerbsobliegenheit getroffen hat, können die für die Bemessung des nachehelichen Unterhalts maßgebenden ehelichen Lebensverhältnisse nicht zum Nachteil des Unterhaltsberechtigten verändern. Die ehelichen Lebensverhältnisse sind dann nach dem erzielbaren Einkommen zu bemessen.

BGH, Urteil vom 18. März 1992 - XII ZR 23/91 - OLG Stuttgart
AG Göppingen

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XII ZR 23/91

Verkündet am:
18. März 1992
Küpferle
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

- 2 -

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 18. März 1992 durch den Vorsitzenden Richter Lohmann und die Richter Dr. Krohn, Dr. Zysk, Nonnenkamp und Dr. Hahne

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 18. Zivilsenats - Familiensenat - des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 18. Dezember 1990 - 18 UF 522/89 - wird auf Kosten des Antragsgegners zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Ehefrau (Antragstellerin) macht nachehelichen Unterhalt geltend.

Die am 24. September 1982 geschlossene Ehe der Parteien, aus der ein am 3. April 1983 geborener Sohn hervorgegangen ist, wurde auf Antrag der Ehefrau (dem Ehemann - Antragsgegner - zugestellt am 15. Juni 1985) mit Urteil vom 20. Februar 1987, rechtskräftig seit 16. Juni 1987, geschieden. Ihre eheliche Lebensgemeinschaft hatten die Parteien - nach vorübergehender Trennung in den Jahren 1983/1984 - endgültig am 29. Mai 1985 beendet.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Durch Ehevertrag vom 15. Oktober 1982 hatten die Parteien Gütertrennung vereinbart und wechselseitig auf den Versorgungsausgleich verzichtet.

Der Ehemann, früher Gymnasiallehrer, ist seit 1980 selbständiger Handelsvertreter. Bis zur Veräußerung seines Gesellschaftsanteils am 28. Januar 1988 und der Übernahme der Geschäftsführung durch seine damalige Lebensgefährtin und jetzige Ehefrau am 7. März 1988 war er außerdem Alleingesellschafter und Geschäftsführer der Firma C. Vermittlung von Versicherungen und Bausparverträgen GmbH. Er ist Eigentümer zweier Häuser, von denen er eines selbst bewohnt, und zweier Eigentumswohnungen, die nach dem Bauherrenmodell erstellt wurden.

Die Ehefrau ist gelernte Bankkauffrau und war während der Ehe bis einschließlich Juni 1985 in der Firma des Ehemannes teilzeitbeschäftigt. Seit 3. Februar 1987 ist sie als städtische Verwaltungsangestellte tätig, zunächst nur stundenweise, seit September 1989 zu 66,66% einer Vollzeittkraft. Sie ist Eigentümerin eines früher ihren Eltern gehörenden, 1983 vom Ehemann gekauften und von ihr im Zuge der Ehekrise durch Vertrag vom 17. Juli 1984 erworbenen Zweifamilienhauses. Den Erwerb hat sie teilweise durch Aufnahme eines Bankdarlehens in Höhe von 22.500 DM und eines zinslosen Darlehens ihrer Eltern in Höhe von 78.500 DM finanziert. Sie bewohnt seit 1985 mit dem Kind die Obergeschoßwohnung. Die untere Wohnung wird aufgrund eines ihren Eltern bestellten dinglichen Dauerwohnrechts von ihrer Mutter allein genutzt; der Vater ist verstorben.

Das Amtsgericht hat die Ehe geschieden, die elterliche Sorge auf die Ehefrau übertragen und den Ehemann zu einem monatlichen Kindesunterhalt von 550 DM und einem nachehelichen Unterhalt von 2.500 DM verurteilt. Die Berufung des Ehemannes hat das Oberlandesgericht mit Urteil vom 3. November 1987 zurückgewiesen, soweit sie sich gegen die Sorgerechtsregelung richtete. Seine dagegen eingelegte Verfassungsbeschwerde ist erfolglos geblieben. Mit weiterem Urteil vom 22. Dezember 1987 hat das Oberlandesgericht seine Berufung gegen die Verurteilung zur Zahlung von Ehegattenunterhalt und seinen erstmals in der Berufungsinstanz gestellten Antrag auf Feststellung, daß der Ehefrau kein weiterer Unterhalt zustehe, zurückgewiesen. Dieses Urteil hat das Bundesverfassungsgericht durch Beschluß vom 21. November 1989 - 1 BvR 208/88 - aufgehoben und das Verfahren an das Oberlandesgericht zurückverwiesen, wo der Ehemann sein Begehren weiterverfolgt hat.

Mit Urteil vom 18. Dezember 1990 hat das Oberlandesgericht das amtsgerichtliche Urteil teilweise abgeändert. Ausgehend von einem an den ehelichen Lebensverhältnissen bemessenen Unterhaltsbedarf von monatlich 2.500 DM hat es der Ehefrau unter Anrechnung ihrer jeweiligen Arbeitsverdienste einen monatlichen Unterhalt in unterschiedlicher Höhe, zuletzt ab Januar 1990 von monatlich 835 DM, zugesprochen. Es hat ferner festgestellt, daß ihr, abgesehen von Vorsorgeunterhalt in unterschiedlicher Höhe, zuletzt ab Januar 1990 von monatlich 183 DM, kein weiterer Unterhalt zustehe.

Mit der zugelassenen Revision verfolgt der Ehemann sein Begehren weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist nicht begründet.

I. Das Oberlandesgericht hat einen Unterhaltsanspruch der Ehefrau aus § 1570 BGB bejaht, weil von ihr wegen der Betreuung des zum Zeitpunkt der Berufungsverhandlung sieben Jahren alten gemeinsamen Kindes eine Erwerbstätigkeit nicht erwartet werden könne. Das entspricht der Rechtsprechung des Senats (Urteile vom 23. Februar 1983 - IVb ZR 363/81 - FamRZ 1983, 456, 458; vom 25. Januar 1984 - IVb ZR 51/82 - FamRZ 1984, 356). Es wird auch von der Revision nicht angegriffen.

II. Die Bemessung des nach den ehelichen Lebensverhältnissen angemessenen Elementarunterhaltsbedarfs mit 2.500 DM hat das Oberlandesgericht wie folgt begründet: Maßgebend sei das Einkommen des Ehemannes, das er aus seiner Handelsvertretung und seiner Tätigkeit bei der C. GmbH erzielt habe und bei zumutbarem vollem Arbeitseinsatz auch weiter erzielen könne. Unter Bezugnahme auf sein Urteil vom 22. Dezember 1987 hat es dieses Einkommen - jeweils unter Zugrundelegung eines mehrjährigen Durchschnitts - für die Jahre 1983 bis 1985 anhand der vorgelegten Steuerunterlagen mit monatlich 11.191 DM netto angenommen. Den Einkommensdurchschnitt in den Jahren 1984 bis 1986 hat es auf monatlich mindestens 8.000 DM netto geschätzt. Von einem jedenfalls

in dieser Höhe erzielbaren Einkommen ist es auch für 1987 und die Folgejahre ausgegangen. Zwar sei der Gewinn aus der Handelsvertretung, der 1986 noch 109.711 DM betragen habe, nach der vorläufigen Gewinnermittlung für das Jahr 1987 auf 68.843 DM gesunken; auch habe sich der Ehemann, obwohl er 1986 bei der C. GmbH noch ein Geschäftsführergehalt von 54.940 DM bezogen habe, ab Februar 1987 kein solches Gehalt mehr bewilligt. Daher sei nicht auszuschließen, daß sein tatsächliches Einkommen bis zur Scheidung im Jahre 1987 erheblich unter 8.000 DM gesunken sei. Ob hierfür eine berechnete Reduzierung seiner Erwerbstätigkeit mit dem Ziel, die elterliche Sorge für das Kind zu erlangen, ursächlich gewesen sei, wie im Ersturteil zu seinen Gunsten angenommen worden sei, oder ob er, wie jetzt eher zu vermuten sei, seine Arbeitskraft mit Blick auf den Unterhaltsrechtsstreit nicht mehr voll eingesetzt habe, könne auf sich beruhen. Denn die Bedarfsbemessung nach den ehelichen Lebensverhältnissen sei, ebenso wie die Leistungsfähigkeit, von dem Grundsatz geprägt, daß ein Unterhaltspflichtiger seine Arbeitskraft zur Erzielung zumutbarer Einkünfte so gut wie möglich einzusetzen habe. Dabei handele es sich um eine echte Rechtspflicht, durch die die ehelichen Lebensverhältnisse nicht anders geprägt würden als durch das tatsächlich erzielte Einkommen eines rechtstreuen Unterhaltsschuldners. Der Unterhaltspflichtige könne daher die ehelichen Lebensverhältnisse durch eine freiwillige Einkommensminderung während der Trennung bis zum maßgebenden Zeitpunkt der Scheidung nicht nachhaltig zum Nachteil des Unterhaltsberechtigten prägen.

1. Dem hält die Revision entgegen, daß nur tatsächlich erzielte, nicht aber lediglich erzielbare Einkünfte die ehelichen Lebensverhältnisse prägen. Damit hat sie keinen Erfolg.

Die für den nachehelichen Unterhalt maßgebenden Lebensverhältnisse im Sinne von § 1578 Abs. 1 BGB werden durch das bis zur Scheidung nachhaltig erreichte Einkommen bestimmt (st.Rspr. des Senats, vgl. Senatsurteile BGHZ 89, 108, 110; sowie vom 23. April 1986 - IVb ZR 34/85 - FamRZ 1986, 783, 785; vom 4. November 1987 - IVb ZR 81/86 - FamRZ 1988, 145, 146). Der Vorschrift liegt das gesetzgeberische Anliegen zugrunde, dem bedürftigen Ehegatten den in der Ehe erreichten bisherigen Lebensstandard zu erhalten (BT-Drucks. 7/650 S. 136; vgl. BVerfGE 57, 361, 389 ff.). Dabei sind grundsätzlich auch solche Veränderungen der Einkommensverhältnisse zu berücksichtigen, die während der Trennung bis zur Scheidung eintreten, gleichgültig, ob sie zu einer Erhöhung oder Verringerung des Lebensstandards führen. Denn erst mit der Scheidung tritt eine Zäsur in der beiderseitigen Teilhabe der Ehegatten an den wirtschaftlichen Verhältnissen ein (Senatsurteil vom 30. Januar 1985 - IVb ZR 70/83 - FamRZ 1985, 471, 472). Demnach ist eine tatsächliche Entwicklung des Einkommens bis zur Scheidung grundsätzlich beachtlich (vgl. Senatsurteile vom 31. März 1982 - IVb ZR 661/80 - FamRZ 1982, 576, 578; vom 9. Juni 1982 - IVb ZR 698/80 - FamRZ 1982, 892, 893; vom 26. Januar 1983 - IVb ZR 351/81 - FamRZ 1983, 352, 353). Unerwartete und vom Normalverlauf erheblich abweichende Entwicklungen bleiben dabei außer Betracht, was der Senat bisher aber nur für Fälle der Einkommenssteigerung entschieden hat (Senats-

urteile vom 31. März 1982, 9. Juni 1982; 26. Januar 1983, jeweils aaO). Handelt es sich um Einkommensminderungen, die auf freiwilligen beruflichen oder wirtschaftlichen Dispositionen des Unterhaltspflichtigen beruhen, etwa in Gestalt eines Berufswechsels, den der Unterhaltsberechtigte hinnehmen muß, so schlägt dies nicht ohne weiteres auf den Maßstab für die Bemessung des Unterhaltsbedarfs durch. Denn dem Unterhaltspflichtigen obliegt es, in einem solchen Fall zumutbare Vorsorgemaßnahmen zu treffen, um sicherzustellen, daß er seinen Unterhaltspflichten vorerst auch bei geringeren Einkünften nachkommen kann (Senatsurteil vom 4. November 1987 - IVb ZR 81/86 - FamRZ 1988, 145, 147 zum nachehelichen Unterhalt). Erst wenn solche Vorsorge nicht oder nicht in vollem Umfang möglich ist, kann dem Unterhaltsberechtigten ein vorübergehendes Absinken des ehelichen Lebensstandards zuzumuten sein, wenn bei einer Abwägung der beiderseitigen Interessen dasjenige des Unterhaltspflichtigen an der beruflichen Veränderung überwiegt (Senatsurteil vom 23. Dezember 1987 - IVb ZR 108/86 - FamRZ 1988, 256, 258 zum Trennungsunterhalt). Den vom Senat bisher entschiedenen Fällen war allerdings gemeinsam, daß die Einkommenseinbuße auf einem zwar bewußten, aber nicht gegen seine Erwerbsobliegenheit verstoßenden Verhalten des Unterhaltspflichtigen beruhte. Ob die ehelichen Lebensverhältnisse auch durch eine Einkommensminderung verändert werden, die ein Ehegatte unter Verletzung seiner Pflicht, die Arbeitskraft so gut wie möglich einzusetzen, selbst herbeigeführt hat, konnte bisher offenbleiben. Ein solcher Fall ist aber nunmehr gegeben, da der Ehemann nach den Feststellungen des Oberlandesgerichts seine Erwerbsobliegenheit verletzt hat.

a) Die ehelichen Lebensverhältnisse der Parteien waren in den Jahren bis zur Trennung von einem überdurchschnittlich guten Einkommen geprägt, das der Ehemann durch seine Tätigkeit als Handelsvertreter und Geschäftsführer erzielte. Dies hat das Oberlandesgericht unter zulässiger Bezugnahme auf sein ausreichend bezeichnetes, zwischen den Parteien ergangenes Urteil vom 22. Dezember 1987 (vgl. BGHZ 39, 333, 345) für den Zeitraum 1983 - 1985 festgestellt. Dabei lagen der Gewinn (vor Steuern) aus der Handelsvertretung 1983 bei 71.633 DM, 1984 bei 123.816 DM, das Brutto-Geschäftsführergehalt 1983 bei 131.899 DM, 1984 bei 164.816 DM. Erst ab der Trennung der Parteien gingen die Einkünfte zurück, was sich jedoch für 1985 zunächst nur in einer Herabsetzung des dem Ehemann von ihm selbst bewilligten Geschäftsführergehalts von 164.816 DM auf 49.296 DM und für 1986 auf 54.940 DM zeigte; der Gewinn aus der Handelsvertretung lag 1985 bei 124.627 DM, 1986 immer noch bei 109.711 DM. Erst ab Februar 1987 bewilligte sich der Ehemann kein Geschäftsführergehalt mehr; der Gewinn aus der Handelsvertretung belief sich nach der vorläufigen Gewinnermittlung 1987 auf 68.843 DM.

b) Diese rückläufige Einkommensentwicklung beruht nicht etwa auf Einflüssen, die der Ehemann nicht zu vertreten hat. Ursächlich war vielmehr sein eigenes, in unmittelbarem Zusammenhang mit der Auflösung der Ehe stehendes Verhalten. Denn, wie das Oberlandesgericht festgestellt hat, hat er seine Erwerbstätigkeit auf den Umfang einer Halbtagsstätigkeit reduziert. Ob sein Motiv die Erlangung des Sorgerechts für das gemeinsame Kind war oder ob er sein Einkommen von vornherein mit Blick auf den Unterhaltsrechtsstreit gezielt

reduziert hat, kann dahinstehen. Denn die Entscheidung des Familiengerichts, durch die die elterliche Sorge auf die Ehefrau übertragen worden war, wurde mit dem Urteil des Oberlandesgerichts vom 3. November 1987 rechtskräftig. Spätestens seither oblag es dem Ehemann, seine Erwerbstätigkeit im früheren Umfang wieder aufzunehmen.

Daß er hierzu wegen einer - auch durch den psychischen Druck des Verfahrens bedingten - Verschlimmerung seines Bronchialasthmas nicht in der Lage gewesen sei, kann der Ehemann nicht mit Erfolg geltend machen, nachdem er sich geweigert hat, sich der vom Oberlandesgericht angeordneten Begutachtung durch einen medizinischen Sachverständigen zu unterziehen. Die Revision meint diese Weigerung dadurch rechtfertigen zu können, daß die Begutachtung durch einen Sachverständigen gegen sein Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit nach Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG verstoße; das Oberlandesgericht habe stattdessen, wie von ihm beantragt, seine behandelnden Ärzte als sachverständige Zeugen vernehmen müssen. Indessen hat die Revision nicht dargetan, daß eine ärztliche Untersuchung die körperliche Unversehrtheit des Ehemannes in verfassungsrechtlich relevanter Weise verletzen könne. Auch wäre die Vernehmung der behandelnden Ärzte kein geeignetes Beweismittel gewesen. Sie hätte allenfalls zusätzlich, nicht aber anstelle eines Sachverständigengutachtens in Betracht kommen können. Denn es kam nicht nur auf die Feststellung der vom Ehemann behaupteten, bisher aufgetretenen Beschwerden an, sondern entscheidend auch darauf, ob und in welchem Umfang sie - auch künftig - seine Erwerbsfähigkeit beeinträchtigen. Da das Gericht zur Beantwortung dieser Beweisfrage nicht selbst über die nöti-

ge Sachkenntnis verfügte, konnte es - auch ohne Antrag - einen Beweis durch Sachverständigengutachten anordnen (§§ 144 Abs. 1, 273 Abs. 2 Nr. 4 ZPO). Hinzu kommt, daß die Begutachtung durch einen unabhängigen Sachverständigen die Gewähr einer objektiveren Beurteilung bietet als Angaben der in einem Vertrauensverhältnis zum Ehemann stehenden behandelnden Ärzte. Da der Ehemann somit beweisfällig geblieben ist, kommt es nicht mehr darauf an, ob er gemäß § 356 ZPO mit dem Beweismittel ausgeschlossen werden konnte, wie das Oberlandesgericht nicht angenommen hat.

c) Ein Verhalten des Unterhaltspflichtigen, das gegen seine Pflicht verstößt, seine Arbeitskraft so gut wie möglich einzusetzen, kann die ehelichen Lebensverhältnisse nicht zum Nachteil des Unterhaltsberechtigten verändern. Es ist vielmehr den Fällen gleichzusetzen, in denen nach der Trennung eine unerwartete und vom Normalverlauf erheblich abweichende Entwicklung einsetzt, die nicht geeignet ist, die ehelichen Lebensverhältnisse zu prägen (vgl. Senatsurteile vom 31. März 1983 und vom 26. Januar 1983 aaO). Daher ist an das frühere Einkommen anzuknüpfen, das den Lebensstandard der Ehegatten bis zur Trennung geprägt hat, und das der Unterhaltspflichtige bei zumutbarem Einsatz seiner Arbeitskraft auch künftig erzielen könnte. Zwar ist der Revision einzuräumen, daß lediglich gedachte wirtschaftliche Verhältnisse, die keine Grundlage in der tatsächlichen Einkommenssituation der Ehegatten während der Ehe haben, die ehelichen Lebensverhältnisse nicht prägen können. Daher kann ein nachehelicher Unterhaltsbedarf nicht aus fiktiven Mitteln hergeleitet werden, die den Ehegatten während des Zusammenlebens objektiv nie oder jedenfalls

nicht nachhaltig zur Verfügung gestanden haben. Das wäre etwa dann der Fall, wenn ein Ehegatte nach seinen Kenntnissen und Fähigkeiten und bei zumutbarem Einsatz seiner Arbeitskraft während des Zusammenlebens ein höheres Einkommen hätte erzielen können, dies aber - z.B. aus Bequemlichkeit - unterlassen hat, und sich daher beide Ehegatten von vornherein mit einem geringeren Lebensstandard begnügen mußten. Ein solcher Fall liegt hier indessen nicht vor. Der hier zu beurteilende Sachverhalt wird vielmehr dadurch gekennzeichnet, daß der Ehemann nach der Trennung der Parteien unter Verletzung seiner Erwerbsobliegenheit bewußt Dispositionen getroffen hat, die zu einer deutlichen Verringerung seines bisherigen Einkommens geführt haben.

Darüber hinaus fehlt es auch an einer nachhaltigen Einkommensverringerung. Einkommensveränderungen zwischen Trennung und Scheidung sind nur dann beachtlich, wenn ihnen eine gewisse Dauerhaftigkeit eigen ist. Eine nur vorübergehende Veränderung (Verbesserung oder Verschlechterung) der Einkommensverhältnisse vor der Scheidung kann die ehelichen Lebensverhältnisse nicht nachhaltig mit der Folge prägen, daß sie für die nacheheliche Unterhaltsbemessung bestimmend ist. Vielmehr ist zu fragen, ob die bis zur Scheidung eingetretene Veränderung als dauerhaft anzusehen ist oder ob es sich nur um eine vorübergehende Erscheinung handelt und sich die wirtschaftlichen Verhältnisse (voraussichtlich) wieder auf dem früheren Niveau stabilisieren werden. Eine solche Erwartung liegt um so näher, wenn der Unterhaltsverpflichtete es selbst in der Hand hat, seine Einkünfte zu steigern. Angesichts der erst nach der Trennung einsetzenden negativen Einkommensentwicklung sind daher diejenigen

Einkünfte zugrunde zu legen, die der Ehemann bei zumutbarem Einsatz seiner Arbeitskraft hätte erzielen können. Daß das Oberlandesgericht dieses erzielbare Einkommen auf monatlich 8.000 DM netto geschätzt hat, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

2. Die Revision wendet ein, die gleichzeitige Tätigkeit des Ehemannes als Handelsvertreter und Geschäftsführer der GmbH sei überobligatorisch und unzumutbar gewesen. Der Bemessung des nachehelichen Unterhalts die hieraus erzielten Einkünfte zugrunde zu legen, verstoße gegen das Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 und 2 GG. Auch damit hat sie keinen Erfolg. Denn beide Tätigkeiten standen zueinander nicht etwa im Verhältnis eines Hauptberufs und einer zusätzlich ausgeübten Nebenbeschäftigung, so daß Zumutbarkeitsgesichtspunkte bei der Anrechnung von Nebeneinkünften zu berücksichtigen wären (vgl. Senatsurteile vom 25. Juni 1980 - IVb ZR 530/80 - FamRZ 1980, 984; vom 16. Juni 1982 - IVb ZR 727/80 - FamRZ 1983, 152, 153). Handelsvertretung und Geschäftsführung der GmbH waren wirtschaftlich eng verflochten und lediglich verschiedene Organisationsformen der unternehmerischen Betätigung des Ehemannes. Auch hat ihm das Oberlandesgericht keine Zweittätigkeit auferlegt, sondern lediglich festgestellt, daß er bei zumutbarem Einsatz seiner Arbeitskraft ebensoviel verdienen könne wie zuvor bei seinen Unternehmungen.

3. Der Ehemann hatte aufgrund von Abschreibungen und Schuldzinsen für Wohngebäude sowie Beteiligungen an Bauherrenmodellen steuerlich negative Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung, die sich 1983 auf 159.818 DM, 1984 auf

242.418 DM und 1985 auf 113.697 DM beliefen. Diese hat das Oberlandesgericht bei der Berechnung des der Unterhaltsbemessung zugrunde zu legenden Nettoeinkommens nicht als einkommensmindernd anerkannt, da sie der Vermögensbildung dienten. Weil aber andererseits die durch die Negativeinkünfte erzielte Steuerersparnis außer Betracht bleiben müsse, hat es eine fiktive Steuerberechnung vorgenommen. Dazu hat es das jeweilige, laut Steuerbescheid zu versteuernde Einkommen um die Verlustzuweisungen für die Bauherrenmodelle und um diejenigen Schuldzinsen erhöht, die der Ehemann auf das zur Finanzierung eines Teils seines Grundbesitzes bei der C. GmbH aufgenommene Arbeitgeberdarlehen gezahlt hat. Bei Letzteren habe es sich ohnehin nur um eine "In-sichverschiebung" gehandelt. Außergewöhnliche Belastungen, Spekulationsgeschäfte und anderes hat es außer Betracht gelassen, da sie nur einmalig angefallen seien und daher als nur zufällig von der Einkommensberechnung ausgeschlossen bleiben müßten.

Aus dem sich danach ergebenden zu versteuernden Einkommen hat es die nach der Grundtabelle anfallende höhere Steuerschuld errechnet und sie - neben Sonderausgaben für Kranken- und Lebensversicherung sowie Steuerberaterkosten - von dem Bruttoeinkommen des Ehemannes aus der Handelsvertretung, der Geschäftsführung und Kapitalerträgen abgesetzt. Für die Jahre 1983 bis 1985 ist es so zu einem Durchschnittseinkommen von 11.191 DM gelangt. Daran anknüpfend, hat es für die Jahre 1984 bis 1986 und die Folgejahre das durchschnittlich erzielte und künftig auch erzielbare Einkommen auf mindestens 8.000 DM netto monatlich geschätzt. Dieses Einkommen rechtfertige einen Unterhaltsbe-

darf der Ehefrau von 2.500 DM, wobei dem Ehemann immer noch eine ausreichend bemessene Vermögensbildungsrate verbleibe.

Der Weg, auf dem das Oberlandesgericht zu seiner Einkommensschätzung gelangt ist, und deren Ergebnis sind rechtlich nicht zu beanstanden. Da der Ehemann selbständiger Gewerbetreibender mit Einkünften in wechselnder Höhe ist, ist ein Mehrjahresdurchschnitt der Einkünfte zugrunde zu legen (Senatsurteil vom 4. November 1981 - IVb ZR 624/80 - FamRZ 1982, 151, 152; vom 13. April 1983 - IVb ZR 374/81 - FamRZ 1983, 680, 681), wobei das Oberlandesgericht zutreffend solche Posten ausgesondert hat, die nur einmalig aufgetreten und daher nicht zu den regelmäßigen Einkünften zu rechnen sind. Daß es ab dem Jahr 1986 auf eine Schätzung angewiesen war, lag daran, daß der Ehemann, wie das Oberlandesgericht zutreffend festgestellt hat, für die Jahre 1986 und 1987 nur noch die Gewinnermittlungen für die Handelsvertretung vorgelegt hat, während für die C. GmbH ab 1986 Bilanzen, Gewinn- und Verlustrechnungen, Steuererklärungen und Steuerbescheide fehlen. Daß dies auf die von der Ehefrau veranlaßte Steuerprüfung zurückzuführen und dem Ehemann daher nicht anzulasten sei, wie die Revision meint, ändert nichts, da eine Steuerprüfung die Erstellung von Geschäftsbilanzen nicht hindert. Außerdem ist weder vorgetragen noch ersichtlich, daß das Oberlandesgericht bei Berücksichtigung dieses Vortrags zu einem für den Ehemann günstigeren Ergebnis gelangt wäre.

Es entspricht der Senatsrechtsprechung, daß das Oberlandesgericht einerseits die Abschreibungen aus den Bauherrenmodellen und steuerlich relevante Aufwendungen (vgl. Se-

natsurteil vom 26. Oktober 1983 - IVb ZR 13/82 - FamRZ 1984, 39, 41), andererseits aber auch die dadurch erzielte Steuerersparnis außer Betracht gelassen hat (Senatsurteil vom 1. Oktober 1986 - IVb ZR 68/85 - FamRZ 1987, 36, 37). Allerdings hat es hierbei - bezogen auf die Jahre 1983 bis 1985 - die Abschreibungen für die beiden Häuser in S. und H. übersehen. Da es für die Folgejahre jedoch ohnehin von einer Schätzung ausgehen mußte, ist nicht erkennbar, daß und ggf. wie sich dieser Fehler dabei ausgewirkt hat. Auch die Revision wendet hierzu nichts ein. Sie macht lediglich geltend, die Zins- und Tilgungsleistungen hätten die ehelichen Lebensverhältnisse nicht geprägt, da die Gelder für den Lebensbedarf nicht zur Verfügung gestanden hätten.

Daran ist richtig, daß Teile eines gehobenen Einkommens bei der Bestimmung der ehelichen Lebensverhältnisse außer Betracht gelassen werden können, wenn sie zur Vermögensbildung verwendet wurden (Senatsurteile vom 23. April 1980 - IVb ZR 527/80 - FamRZ 1980, 665, 669; vom 21. Mai 1980 - IVb ZR 522/80 - FamRZ 1980, 771; vom 1. Oktober 1986 - IVb ZR 68/85 - FamRZ 1987, 36, 39). Andererseits braucht sich der Unterhaltsberechtigte eine das verfügbare Einkommen unangemessen einschränkende Vermögensbildung nicht entgegenhalten zu lassen, weil mit dem Wegfall der Ehegemeinschaft auch die Grundlage für eine solche Einschränkung entfallen ist (Senatsurteil vom 25. Januar 1984 - IVb ZR 43/82 - FamRZ 1984, 358, 360). Der Unterhaltspflichtige darf nicht zu Lasten des Berechtigten Vermögen bilden (Senatsurteile vom 23. November 1983 - IVb ZR 21/82 - FamRZ 1984, 149, 151; vom 1. Oktober 1986 aaO).

Mit diesen Grundsätzen steht die Entscheidung des Oberlandesgerichts jedoch in Einklang. Denn es hat ersichtlich nicht jegliche Vermögensbildung außer Betracht gelassen, sondern ausgeführt, daß dem Ehemann bei einem erzielbaren Einkommen von 8.000 DM und einem Unterhaltsbedarf der Ehefrau von 2.500 DM immer noch ausreichende Mittel für eine angemessene Vermögensbildung verblieben. Das wird schon dadurch bestätigt, daß mit der Beschränkung des Unterhaltsbedarfs auf 2.500 DM die Unterhaltsquote nicht ausgeschöpft wird. Den Rahmen einer berücksichtigungsfähigen Vermögensbildung brauchte das Oberlandesgericht nicht exakt zu beziffern, zumal es mangels vollständiger Angaben über die genauen Einkommensverhältnisse ohnehin auf Schätzungen angewiesen war. Daß der Ehemann jedenfalls nicht in gleich hohem Umfang wie früher Vermögensbildung betreiben darf, folgt schon daraus, daß sein Einkommen gegenüber den Jahren 1983 bis 1985 nur noch mit 8.000 DM angesetzt wird. Die Revision hat sich darauf beschränkt, die Nichtanrechnung von Zins- und Tilgungsleistungen allgemein zu rügen und darauf zu verweisen, daß Schulden grundsätzlich zu berücksichtigen seien, soweit sie nicht leichtfertig und ohne verständigen Grund eingegangen sind. Indessen kann sich der Unterhaltsverpflichtete auch auf Schulden, die der andere Teil gegen sich gelten lassen muß, nur insoweit berufen, als sie nach einem vernünftigen Tilgungsplan unter Berücksichtigung der Belange des Unterhaltsberechtigten einerseits und der Gläubiger andererseits zurückgeführt werden (vgl. Senatsurteil vom 7. Oktober 1981 - IVb ZR 598/80 - FamRZ 1982, 23, 24). In diesem Zusammenhang ist von besonderer Bedeutung, daß ein nicht unerheblicher Teil der Aufwendungen (nämlich rund 25.000 DM) das Arbeitgeberdarlehen der C. GmbH betrifft.

Zutreffend hat das Oberlandesgericht darauf hingewiesen, daß der Ehemann dieses Darlehenskapital aus der eigenen GmbH gezogen und unter Ausnutzung entsprechender Steuervorteile die Zinsen und Tilgungen an die GmbH gezahlt hat, was wirtschaftlich betrachtet eine Insichverschiebung ist. Daher müssen diese Aufwendungen von vornherein außer Betracht bleiben. Wenn das Oberlandesgericht somit bei einem Verhältnis von 8.000 DM Einkommen und 2.500 DM Unterhaltsbedarf eine ausreichend bemessene Vermögensbildungsrate angenommen hat, ist dies nicht zu beanstanden.

4. Die Revision wendet ferner ein, wenn Eheleute im gesetzlichen Güterstand des Zugewinnausgleichs lebten, sei die der Vermögensbildung dienende Schuldenrückführung einschließlich der Abschreibungen unterhaltsmindernd zu berücksichtigen, da der Berechtigte andernfalls zu Lasten des Verpflichteten doppelt begünstigt werde, und zwar einmal bei der Berechnung des Unterhaltsbedarfs, zum anderen durch die hälftige Teilhabe an den geschaffenen Vermögenswerten. Im Rahmen der hier von den Parteien vereinbarten Gütertrennung müsse gleiches gelten, da andernfalls im wirtschaftlichen Ergebnis mittelbar ein "Zugewinnausgleich" stattfinde, der nach dem Parteiwillen gerade ausgeschlossen sein solle.

Auch dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. Sie spricht bei der hier gegebenen Gütertrennung umgekehrt sogar dafür, bei der Feststellung des eheangemessenen Bedarfs keine Vermögensbildungsraten abzuziehen, da der Unterhaltsberechtigte andernfalls doppelt benachteiligt würde. Denn er hätte einerseits nicht an den während der Ehe hinzuerworbenen Vermögenswerten teil, andererseits müßte er

sich die während der Ehe gemeinsam erwirtschafteten und für die Vermögensbildung des anderen Ehegatten eingesetzten Mittel auch künftig bedarfsmindernd anrechnen lassen.

III. Das Oberlandesgericht ist davon ausgegangen, daß der Ehefrau neben dem Elementarunterhalt auch ein Anspruch aus Vorsorgeunterhalt in bestimmter Höhe zustehe. Insoweit hat es den negativen Feststellungsantrag des Ehemannes abgewiesen.

Die Revision wendet dagegen ein, daß der von den Parteien vereinbarte Ausschluß des Versorgungsausgleichs zugleich als Verzicht auf den Altersvorsorgeunterhalt auszulegen sei. Einer Beurteilung durch das Revisionsgericht unterliegt gemäß § 561 ZPO jedoch nur das Parteivorbringen, das in den Vorinstanzen geltend gemacht wurde. Ein Verzicht war bisher nicht behauptet worden.

Gegen die rechnerische Ableitung des Vorsorgeunterhalts bestehen im übrigen keine Bedenken und werden von der Revision auch nicht vorgetragen.

IV. Die Revision rügt, daß das Oberlandesgericht das beantragte Sachverständigengutachten über den Wert der eingegengutzten Wohnung im Hause der Ehefrau nicht eingeholt und ihr keinen entsprechenden Gebrauchsvorteil angerechnet habe. Dieser Einwand geht an der hier vorliegenden besonderen Fallgestaltung vorbei. Der Vorteil mietfreien Wohnens im Eigenheim ist zwar, soweit er nicht durch damit verbundene Belastungen und Unkosten aufgezehrt wird, dem Einkommen des Unterhaltsberechtigten zuzurechnen und deckt (teil-

weise) seinen Unterhaltsbedarf (st.Rspr., vgl. Senatsurteil vom 27. Juni 1984 - IVb ZR 20/83 - FamRZ 1985, 354, 356; vom 16. Januar 1985 - IVb ZR 59/83 - FamRZ 1985, 357, 359). Daher ist der Mietwert im Regelfall der Höhe nach festzustellen (Senatsurteil vom 23. Oktober 1985 - IVb ZR 52/84 - FamRZ 1986, 48, 49). Das ist hier aber entbehrlich. Denn soweit der Ehefrau ein über die Grundstücksunkosten und die Darlehensbelastungen gegenüber der Bank hinausgehender Vorteil durch das zinslose Elterndarlehen zufließt, beruht dies, wie das Oberlandesgericht zutreffend ausführt, auf einer freiwilligen, im Zweifel ihr allein zugedachten Zuwendung ihrer Mutter, die den Ehemann unterhaltsmäßig nicht entlasten soll (Senatsurteil vom 26. September 1979 - IVb ZR 87/79 - FamRZ 1980, 40, 42 und seither st.Rspr.). Der Fall ist nicht anders zu behandeln, als wenn die Mutter ihre Tochter in einem ihr gehörenden Haus mietfrei wohnen ließe.

V. Das Oberlandesgericht hatte in seinem vorausgehenden Urteil vom 22. Dezember 1987 das Vorliegen einer Ehe von kurzer Dauer i.S. von § 1579 Nr. 1 BGB verneint, da der Ehedauer die künftige Zeit gleichstehe, in der der Berechtigte wegen Kindesbetreuung nach § 1570 BGB Unterhalt verlangen könne. Nachdem das Bundesverfassungsgericht dieses Urteil aufgehoben hat, hat das Oberlandesgericht die rund zwei Jahre und neun Monate dauernde Ehe der Parteien unter Berücksichtigung des bisherigen Eheverlaufs und des Grades der wechselseitigen Abhängigkeit der Ehegatten voneinander als kurz i.S. von § 1579 Nr. 1 BGB angesehen. Das enthält keinen Rechtsfehler und wird von der Revision als ihr günstig nicht beanstandet.

Sie wendet sich aber dagegen, daß das Oberlandesgericht neben dem Vorliegen einer kurzen Ehe geprüft hat, ob die Inanspruchnahme des Ehemannes grob unbillig ist. Die Revision meint, eine zusätzliche Prüfung der groben Unbilligkeit komme nach dem Wortlaut des § 1579 Nr. 1 BGB nicht in Betracht, wenn das Tatbestandsmerkmal der kurzen Ehe erfüllt sei und Belange des Kindeswohls nicht entgegenstünden; der Unterhalt sei dann ohne weiteres zu versagen. Dem kann nicht gefolgt werden. Der Senat hat sowohl zu § 1579 BGB a.F. als auch zu § 1579 BGB in der Fassung des Unterhaltsrechtsänderungsgesetzes vom 1. April 1986 ausgeführt, daß das Vorliegen eines Härtetatbestandes für eine Versagung oder Herabsetzung des Unterhaltsanspruchs allein nicht ausreicht, sondern hinzukommen muß, daß eine Inanspruchnahme des Verpflichteten grob unbillig wäre. Dies ist anhand aller Umstände des Einzelfalls zu beurteilen, wobei es auch darauf ankommt, in welcher Weise die Unterhaltspflicht den Schuldner, insbesondere in wirtschaftlicher Hinsicht, trifft (Senatsurteile vom 31. März 1982 - IVb ZR 665/80 - FamRZ 1982, 582, 583; vom 7. Dezember 1988 - IVb ZR 23/88 - FamRZ 1989, 483, 486). Allenfalls bei einer Ehedauer unter zwei Jahren - die hier indes nicht vorliegt - können geringere Anforderungen an die Darlegung von Unbilligkeitsgründen zu stellen sein.

An dieser Rechtslage hat sich durch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 4. Juli 1989 (BVerfGE 80, 286 ff = FamRZ 1989, 941, 943) nichts geändert. Dort hat das Bundesverfassungsgericht lediglich eine Gesetzesauslegung beanstandet, die dazu führt, daß infolge der Hinzurechnung der Zeit der Kindesbetreuung zur Ehezeit der Här-

tatbestand der kurzen Ehe überhaupt nicht mehr erfüllt sein kann, wenn der bedürftige Ehegatte ein Kind aus der Ehe betreut. Daher sei nur auf die tatsächliche Ehezeit abzustellen und, wenn diese als kurz zu beurteilen sei, anschließend die gesetzlich vorgesehene Abwägung vorzunehmen. Daß bei der Billigkeitsprüfung nur das Kindeswohl eine Aufrechterhaltung des Unterhaltsanspruchs rechtfertigen könne, wie die Revision meint, ergibt sich daraus nicht. Denn das Bundesverfassungsgericht hat es nicht ausgeschlossen, daß die Prüfung im Einzelfall auch einen Anspruch des bedürftigen Ehegatten auf den vollen angemessenen Unterhalt ergeben kann.

Es ist daher rechtlich nicht zu beanstanden, daß das Oberlandesgericht im Rahmen einer Billigkeitsprüfung, in der es die wirtschaftliche und persönliche Situation der Parteien gegeneinander abgewogen hat, zu dem Ergebnis gelangt ist, daß zwar eine uneingeschränkte Inanspruchnahme des Ehemannes grob unbillig wäre, ein völliger Ausschluß des Unterhaltsanspruchs der Ehefrau aber nicht zu vertreten sei.

Dieses Ergebnis hat es in der Weise verwirklicht, daß es die überobligationsmäßig erzielten Arbeitseinkünfte der Ehefrau, bereinigt um den berufsbedingten Aufwand, jeweils in vollem Umfang auf den Unterhaltsbedarf von 2.500 DM angerechnet hat. Darin liegt kein Rechtsfehler zum Nachteil des Ehemannes, da Billigkeitsabwägungen - wie hier nach § 1577 Abs. 2 Satz 2 und § 1579 Nr. 1 BGB - nur einheitlich getroffen werden können (vgl. hierzu Senatsurteil vom 12. Juli 1990 - XII ZR 85/89 - FamRZ 1990, 1091, 1095).

VI. Auch die Leistungsfähigkeit des Ehemannes hat das Oberlandesgericht zutreffend bejaht. Ob er aus der Handelsvertretung in den Jahren 1988 und 1989 tatsächlich kaum noch Gewinne erzielt hat, kann ebenso dahinstehen, wie die Frage, ob er nach dem Verkauf seiner Gesellschaftsanteile an der C. GmbH, die nunmehr unter der Geschäftsführung seiner damaligen Lebensgefährtin und jetzigen Ehefrau steht, auch hieraus keine Einkünfte mehr bezieht. Denn er hat weder gesundheitliche noch sonstige Gründe nachgewiesen, die es ihm unmöglich machen, trotz zumutbarem Arbeitseinsatz ein Einkommen von 8.000 DM zu erzielen. Insoweit wird auf die obigen Ausführungen zu II 1 Bezug genommen.

Lohmann

Krohn

Zysk

Nonnenkamp

Hahne