

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

ZPO §§ 323, 794 Abs. 1 Nr. 5

Eine vollstreckbare Urkunde, in der Leistungen der in § 323 Abs. 1 ZPO bezeichneten Art übernommen worden sind, kann rückwirkend nicht erst von dem Zeitpunkt an abgeändert werden, in dem der Gläubiger mit einem Verzicht auf seine Rechte aus der Urkunde in Verzug gekommen ist (Fortführung des Senatsbeschlusses vom 22. März 1989 - IVb ZA 2/89 - FamRZ 1989, 850).

BGH, Urteil vom 11. April 1990 - XII ZR 42/89 - KG Berlin
AG Charlottenburg

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

XII ZR 42/89

URTEIL

Verkündet am:
11. April 1990
Adomeit
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in der Familiensache

- 2 -

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 11. April 1990 durch den Vorsitzenden Richter Lohmann und die Richter Portmann, Dr. Zysk, Nonnenkamp und Dr. Knauber

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 19. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 6. März 1989 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der im Jahre 1944 geborene Kläger und die im Jahre 1943 geborene Beklagte haben im Jahre 1971 geheiratet. Aus ihrer Ehe sind die im Dezember 1973 geborene Tochter Kirstin und der im März 1979 geborene Sohn Florian hervorgegangen, die beide bei der Mutter leben. Zwischen den Parteien ist ein Scheidungsverfahren anhängig.

WI



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Seit Februar 1985 lebten die Parteien innerhalb des ihnen je zu halbem Miteigentum gehörenden Hauses getrennt. Am 31. Juli 1986 verpflichtete sich der Kläger zu notarieller Urkunde, an die Beklagte für die Dauer der Trennung sowie nach einer Scheidung monatlich 1.509,96 DM Ehegattenunterhalt sowie Kindesunterhalt in Höhe von 605 DM für die Tochter Kirstin und 510 DM für den Sohn Florian zu zahlen. Zugleich unterwarf er sich wegen dieser Verbindlichkeiten der sofortigen Zwangsvollstreckung. Am 9. August 1986 zog der Kläger aus dem Haus aus. Seit 1. Januar 1987 geht die Beklagte einer Halbtagsbeschäftigung als Angestellte nach. Im August 1988 verkauften die Parteien das Haus. Aus dem Erlös erhielten beide je ca. 205.700 DM.

Mit am 24. Dezember 1987 zugestellter Klage hat der Kläger eine Abänderung der notariellen Erklärung vom 31. Juli 1986 dahin begehrt, daß er an die Beklagte ab 1. Januar 1987 keinen Ehegattenunterhalt mehr zu zahlen habe; zugleich hat er von der Beklagten die Rückzahlung von 7.250,16 DM nebst Zinsen zuviel geleisteten Unterhalts verlangt.

Das Amtsgericht hat die Unterhaltsverpflichtung des Klägers für die Zeit ab 1. Januar 1987 teilweise herabgesetzt und die Beklagte zur Rückzahlung von 795,16 DM nebst Zinsen verurteilt. Im übrigen hat es die Klage abgewiesen.

Auf die Berufung des Klägers und die Anschlußberufung der Beklagten hat das Kammergericht die notarielle Urkunde vom 31. Juli 1986 dahin geändert, daß der Kläger für die Zeit vom 1. Januar 1987 bis 31. Juli 1988 keinen Unterhalt,

für die Monate August und September 1988 nur jeweils 700 DM und für die Zeit ab 1. Oktober 1988 bis zu einer Scheidung der Ehe monatlich nur 325 DM Unterhalt an die Beklagte zu zahlen habe. Es hat ferner die Beklagte zur Zahlung von 7.250,16 DM an den Kläger verurteilt. Die weitergehenden Rechtsmittel der Parteien hat es zurückgewiesen.

Mit der (zugelassenen) Revision verfolgt die Beklagte ihren im Berufungsrechtszug gestellten Antrag weiter, die Klage abzuweisen, soweit der Kläger eine Abänderung der notariellen Urkunde dahin begehrt, für das Jahr 1987 keinen Unterhalt, für die Zeit vom 1. Januar 1988 bis 30. September 1988 monatlich unter 835,20 DM und für die Zeit ab 1. Oktober 1988 monatlich unter 1050 DM zu schulden.

Entscheidungsgründe:

I.

1. Das Kammergericht hat den Kläger nach § 323 ZPO für berechtigt angesehen, die Abänderung der notariellen Urkunde vom 31. Juli 1986 zu verlangen, ohne an die Beschränkungen des § 323 Abs. 2 und 3 ZPO gebunden zu sein. Es hat eine wesentliche Veränderung der Verhältnisse darin gesehen, daß die Beklagte ab 1. Januar 1987 eine Berufstätigkeit aufgenommen habe, der Kläger Anfang August 1986 aus dem gemeinsamen Haus ausgezogen sei und das Haus im Frühherbst 1988 verkauft worden sei.

Die Revision ist der Auffassung, für eine Abänderung der notariellen Urkunde hätten hier die gleichen Grundsätze wie für die Abänderung eines Urteils zu gelten. Da der Kläger das "Schuldanerkenntnis" zur Vermeidung eines gerichtlichen Verfahrens erklärt und die Beklagte keinen Einfluß auf dessen Inhalt gehabt habe, sei es "anstelle eines Urteils" abgegeben worden. Der Senat folgt dieser Auffassung nicht.

Bei der notariellen Erklärung vom 31. Juli 1986 handelt es sich um eine Urkunde im Sinne des § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO, in welcher Leistungen der in § 323 Abs. 1 ZPO bezeichneten Art übernommen worden sind. Dem Schuldner, der eine Herabsetzung der einseitig versprochenen Leistungen begehrt, steht nach § 323 Abs. 4 ZPO die Abänderungsklage zur Verfügung, ohne daß er an die Beschränkungen des § 323 Abs. 2 und 3 ZPO gebunden ist (vgl. BGHZ GSZ 85, 64, 73 ff; Senatsurteile vom 27. Juni 1984 - IVb ZR 21/83 - NJW 1985, 64 = FamRZ 1984, 997, vom 23. November 1988 - IVb ZR 20/88 - FamRZ 1989, 172, 173). Von dieser Rechtsprechung abzuweichen, besteht auch im vorliegenden Fall keine Veranlassung.

Die Voraussetzungen einer Abänderung nach § 323 Abs. 1 ZPO liegen schon deshalb vor, weil die Beklagte seit 1. Januar 1987 einer Halbtagsbeschäftigung nachgeht, während sie bei Abgabe der notariellen Erklärung des Klägers ohne eigenes Einkommen war. Damit kann an dieser Stelle auf sich beruhen, ob auch die weiteren vom Kammergericht angeführten Umstände eine Abänderungsklage rechtfertigen könnten, was die Revision in Zweifel zieht (vgl. jedoch unten II. 3 c).

2. Einer rückwirkenden Abänderung der notariellen Urkunde steht auch nicht, wie die Revision meint, ein Vertrauensschutz der Beklagten entgegen (so allerdings OLG Karlsruhe FamRZ 1983, 1156, 1157 sowie OLG Düsseldorf FamRZ 1985, 86, 87 im Falle eines gerichtlichen Vergleichs; OLG Bamberg FamRZ 1988, 525, 527 bei einer einstweiligen Anordnung nach § 620 Satz 1 Nr. 4 oder 6 ZPO und FamRZ 1988, 640 bei einer Scheidungsvereinbarung).

Dem Vertrauensschutz eines Titelgläubigers wird durch die Regelung des § 818 Abs. 3 BGB hinreichend Rechnung getragen. Danach kann er gegenüber einem Anspruch auf Rückzahlung überzahlten Unterhalts die Einrede des Wegfalls der Bereicherung erheben. Eine darüber hinausgehende Einschränkung dahin, daß eine Abänderung oder negative Feststellung erst ab Rechtshängigkeit der Klage oder ab Verzug des Gläubigers mit einem Verzicht auf seine Rechte aus dem Titel verlangt werden kann, findet im Gesetz keine Stütze (BGH, Urteil vom 24. März 1976 - IV ZR 222/74 - NJW 1976, 1259, 1262; Senatsbeschuß vom 22. März 1989 - IVb ZA 2/89 - FamRZ 1989, 850; ebenso Roth in MünchKomm, 2. Aufl., § 242 Rdn. 303).

Unabhängig hiervon kann die Beklagte sich auch deshalb nicht auf einen Vertrauensschutz berufen, weil sie nach den - insoweit nicht angegriffenen - Feststellungen des Kammergerichts mit dem Kläger im voraus einig darüber war, eine gegebenenfalls auch rückwirkende Berücksichtigung der Veränderung ihres Einkommens bei der Bemessung ihres Unterhalts hinzunehmen.

II.

Bei der Berechnung des Unterhaltsbedarfs der Beklagten ist das Kammergericht von 3/7 des bereinigten Nettoeinkommens des Klägers ausgegangen und hat hierauf unter Anwendung der sogenannten Anrechnungsmethode den bereinigten Arbeitsverdienst der Beklagten mit 6/7 angerechnet. Es ist so für die Zeit vom 1. Januar bis Oktober 1987 zu einem ungedeckten Betrag von 18 DM monatlich gekommen und hat einen auszugleichenden Bedarf der Beklagten verneint. Für die Zeit für November und Dezember 1987 hat es einen ungedeckten Bedarf der Beklagten von 190 DM errechnet. Diesen Betrag hat es durch die Überlassung des ganzen gemeinsamen Hauses zur Nutzung an die Beklagte und die Kinder sowie durch die Überlassung eines PKW als ausgeglichen betrachtet. Der Nutzungsvorteil des Hauses betrage für die Beklagte mindestens 250 DM monatlich. Ebenso hat das Kammergericht für die Zeit von Januar bis Juli 1988 einen ungedeckten Bedarf der Beklagten von monatlich 259 DM durch die genannten Naturalleistungen des Klägers als ausgeglichen angesehen.

Diese Unterhaltsbemessung hält den Angriffen der Revision nicht in allen Punkten stand.

1. a) Zutreffend hat das Kammergericht zur Feststellung der Lebensverhältnisse der Parteien im Rahmen der Bedarfsbemessung zunächst die Einkünfte des Klägers aus dessen Erwerbstätigkeit herangezogen (§ 1361 Abs. 1 BGB). Es hat jedoch nicht berücksichtigt, daß zu den Einkünften der Parteien, die für den eheangemessenen Unterhalt bestimmend sind, auch das mietfreie Wohnen im Familienheim gehört. Denn zu den Einkünften rechnen auch die Vorteile, die die

Parteien dadurch gehabt haben, daß sie ein eigenes Haus bewohnt haben. Es handelt sich um Nutzungen des Vermögens, hier des Grundstückseigentums, im Sinne des § 100 BGB, und zwar in der Form der Gebrauchsvorteile. Soweit deren Wert die Belastungen übersteigt, die durch allgemeine Grundstücksunkosten und -lasten sowie gegebenenfalls durch Zins- und Tilgungsverpflichtungen entstehen, ist er bei der Bestimmung der Lebensverhältnisse den Einkünften der Eheleute hinzuzurechnen (Senatsurteile vom 11. Dezember 1985 - IVb ZR 82/84 - FamRZ 1986, 434, vom 19. Februar 1986 - IVb ZR 16/85 - EzFamR BGB § 1577 Nr. 7 = FamRZ 1986, 439, vom 12. Juli 1989 - IVb ZR 66/88 - FamRZ 1989, 1160, 1162 m.w.N.).

Da das Kammergericht, wie die Revision zu Recht rügt, es unterlassen hat, den Wohnvorteil schon bei der Bestimmung der ehelichen Lebensverhältnisse zu berücksichtigen, kann das Urteil nicht aufrecht erhalten bleiben.

b) Das Kammergericht ist ferner davon ausgegangen, daß die Arbeitsaufnahme der Beklagten ausschließlich trennungsbedingt sei. Es hat seine Überzeugung im wesentlichen wie folgt begründet: Die Beklagte habe in zeitlichem Zusammenhang mit der Geburt des ersten Kindes Ende 1973 die frühere Berufstätigkeit aufgegeben und sich seitdem der Familie gewidmet. Nach der Geburt des zweiten Kindes im März 1979 habe sie auch nicht mehr wie zuvor vorübergehende und gering vergütete Nebenbeschäftigungen wie das Ordnen von Karteikarten in Heimarbeit und eine gelegentliche Tätigkeit als Tagesmutter ausgeübt. Dies werde durch eine Auskunft der Bundesversicherungsanstalt für Angestellte vom 15. Februar 1988 bekräftigt. Eine Berufsarbeit sei auch wirtschaftlich nicht

geboten gewesen, weil der Kläger als Beamter des höheren Dienstes (Besoldungsgruppe A 15) gut verdient habe und die Beklagte als Miteigentümerin eines Familienhauses ebenfalls gut gestellt gewesen sei. Die Bemühungen der Beklagten seit Herbst 1985, ihre kaufmännischen Kenntnisse aufzufrischen, sowie ihre sich anschließende Unterrichtstätigkeit beim B. F. und ihre - nach Darstellung des Klägers - ohne sein Wissen unternommenen Stellenbewerbungen beruhten nach Überzeugung des Senats darauf, daß die Parteien sich schon längst vorher auseinandergelebt hätten, was mit dem Auszug des Klägers aus dem gemeinsamen Schlafzimmer in Trennungsabsicht im März 1985 erkennbar geworden sei. Die Beklagte habe überdies in der Verhandlung am 9. Januar 1989 berichtet, der Kläger sei nach der Rückkehr von der Kur im Frühjahr 1985 verändert gewesen, habe mehr Geld als früher für sich verbraucht, sie habe weniger Wirtschaftsgeld als vorher zur Verfügung gehabt und sich veranlaßt gesehen, an eine eigene Erwerbstätigkeit zu denken.

Gegen diese Feststellungen und Wertungen des Berufungsgerichts wendet sich die Revision ohne Erfolg. Soweit sie aus dem Vortrag der Beklagten und den getroffenen Feststellungen andere Schlüsse als das Berufungsgericht ziehen will, begibt sie sich auf das ihr verschlossene Gebiet der Beweiswürdigung. Entgegen der Ansicht der Revision kam es auf die von der Beklagten in diesem Zusammenhang gestellten Beweisangebote nicht an. Ein Wissen des Klägers darüber, daß die Beklagte Fortbildungskurse besuchte und im Frühjahr 1986 wieder erwerbstätig war, kann die Feststellung des Berufungsgerichts nicht in Zweifel ziehen, Anlaß für die

Bemühungen der Beklagten, sich wieder in das Erwerbsleben einzugliedern, sei es gewesen, daß sich die Parteien schon längst vor Herbst 1985 auseinandergelebt hatten.

Es begegnet deshalb keinen rechtlichen Bedenken, daß das Kammergericht das Einkommen der Beklagten aus ihrer Erwerbstätigkeit bei der Feststellung der ehelichen Lebensverhältnisse unberücksichtigt gelassen hat.

2. Das Kammergericht begründet seine Auffassung, das Arbeitseinkommen der Beklagten sei (zu 6/7) in vollem Umfang auf ihren Bedarf anzurechnen, mit folgender Erwägung: Die Erwerbstätigkeit der Beklagten könne nach dem Wegfall der Betreuungsleistungen für den Kläger, bei einem Alter Florians von ca. acht Jahren und mangels substantiierten Vortrags von Tatsachen für seine besondere Pflegebedürftigkeit noch im Jahre 1987 nicht als überobligatorisch anerkannt werden.

Diese Auffassung läßt Grundsätze unberücksichtigt, die für die Beurteilung wesentlich sind, ob von einem bisher nicht erwerbstätigen Ehegatten erwartet werden kann, seinen Unterhalt neben Kinderbetreuung durch eine Erwerbstätigkeit selbst zu verdienen. Deren Beachtung ist Teil der Anwendung sachlichen Rechts und ist deshalb auch ohne ausdrückliche Revisionsrüge einer Nachprüfung durch den Senat zugänglich.

Für die Beantwortung der Frage, ob einen Elternteil, der ein Kind im Grundschulalter betreut, eine Erwerbsobliegenheit trifft, kommt es auf die persönlichen Verhältnisse des betreuenden Elternteils sowie auf die Umstände des Einzelfalls an. Unter diesem Gesichtspunkt sind außer einer

etwaigen früheren beruflichen Betätigung der Ehefrau die Dauer der Ehe und die wirtschaftliche Lage der Parteien maßgeblich mit zu berücksichtigen (Senatsurteile vom 21. Dezember 1988 - IVb ZR 18/88 - FamRZ 1989, 487 = NJW 1989, 1083, 1084, vom 12. Juli 1989 - IVb ZR 66/88 - FamRZ 1989, 1160).

Diese Grundsätze hat das Kammergericht nicht bedacht. Es hat in seine Erwägungen weder die - zum 1. Januar 1987 - über 15jährige Dauer der Ehe, die gute wirtschaftliche Situation der Parteien und seine Feststellung einbezogen, daß die Beklagte während der Ehe überwiegend Hausfrau gewesen war, noch den - unbestrittenen - eigenen Vortrag des Klägers in der Klageschrift vom 21. Dezember 1987 über die "weiterhin unverändert" bestehende "besonders intensive" Zuwendungs- und Pflegebedürftigkeit Florians. Durch die Bezugnahme im Berufungsurteil auf den vorgetragenen Inhalt der Schriftsätze ist auch dieser Vortrag Gegenstand der revisionsrechtlichen Prüfung.

Das Kammergericht hat ferner gänzlich außer acht gelassen, daß die Beklagte neben Florian auch die im Dezember 1986 erst 13 Jahre alt gewordene Tochter Kirstin zu betreuen hatte. Einem Ehegatten, der mehr als ein Kind betreut, kann aber grundsätzlich eine Erwerbstätigkeit nur in geringerem Maße zugemutet werden, als wenn nur ein Kind zu betreuen ist (Senatsurteil vom 4. November 1981 - IVb ZR 629/80 - FamRZ 1982, 148, 150 = NJW 1982, 326, 328 m.w.N.).

Auch wenn der Beklagten eine Teilzeitarbeit oblag, mußte diese zudem nicht den Umfang einer Halbtagsarbeit erreichen (Senatsurteile vom 8. April 1981 - IVb ZR 559/80 -

FamRZ 1981, 541, 543 = NJW 1981, 2462, 2464, vom 5. November 1980 - IVb ZR 549/80 - FamRZ 1981, 17, 18 = NJW 1981, 448, 449). Auch das ist ersichtlich außer Betracht geblieben.

Die Anwendung der genannten Grundsätze kann dazu führen, daß die Halbtagsbeschäftigung der Beklagten nach tatrichterlicher Beurteilung ganz oder teilweise als überobligationsmäßig anzusehen ist. Dies hätte zur Folge, daß die Arbeitseinkünfte der Beklagten - auch im Rahmen der Unterhaltsbemessung nach § 1361 BGB - nach den Grundsätzen anzurechnen sind, die sich aus § 1577 Abs. 2 BGB ergeben (Senatsurteil vom 24. November 1982 - IVb ZR 310/81 - FamRZ 1983, 146, 148 = NJW 1983, 933, 935). Das angefochtene Urteil kann daher auch aus diesem Grund nicht bestehen bleiben.

3. Der Senat ist zu einer abschließenden Entscheidung nicht in der Lage, weil noch tatsächliche Feststellungen getroffen und tatrichterliche Würdigungen vorgenommen werden müssen. Die Sache ist daher an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Für die weitere Sachbehandlung weist der Senat auf folgendes hin:

a) Das Kammergericht wird zunächst den Wohnwert des Hauses festzustellen und danach den Unterhaltsbedarf der Beklagten neu zu bemessen haben. Dabei wird zu beachten sein, daß die Anrechnung eines "Erwerbstätigenbonus" regelmäßig nur bei Erwerbseinkünften, nicht dagegen bei sonstigen Einkünften, wie sie hier in der Gestalt von Gebrauchsvorteilen

vorliegen, gerechtfertigt ist. An diesen Gebrauchsvorteilen hat die Beklagte vielmehr zur Hälfte (und nicht mit einer davon abweichenden Quote) teil (vgl. Senatsurteil vom 12. Juli 1989 - IVb ZR 66/88 - FamRZ 1989, 1160, 1162). Daneben wird auch zu beachten sein, daß der Beklagten der Wohnvorteil für die Zeit bis Juli 1988 nur mit einem unterhaltsrechtlich angemessenen Betrag als Einkommen angerechnet werden darf. Dessen Obergrenze wird weithin mit etwa 1/3 des Betrags angesetzt, den der Berechtigte für die Deckung seines Bedarfs insgesamt zur Verfügung hat (vgl. Senatsurteil vom 12. Juli 1989 - IVb ZR 68/88 - FamRZ 1989, 1160, 1163).

Das Kammergericht wird auch Anlaß zur Prüfung haben, ob es neben der Bemessung des Unterhaltsbedarfs der Beklagten nach einer 3/7-Quote gerechtfertigt ist, zugunsten des Ehemannes 5% seines Nettoeinkommens für berufsbedingten Aufwand anzusetzen; denn das Berufungsurteil enthält keine Feststellungen darüber, daß er berufsbedingten Aufwand hat. Für den Fall, daß das Berufungsgericht erneut zu einem solchen Ansatz kommt, wird bei der tatrichterlichen Bemessung der Höhe der gebotenen maßvollen Abweichung von der Halbteilung des Einkommens zu beachten sein, daß diese Abweichung dann, wenn die berufsbedingten Aufwendungen durch den Abzug von 5% des Nettoeinkommens gedeckt sind, allein noch dazu dient, einen Anreiz zur Erwerbstätigkeit zu schaffen (vgl. zu dem doppelten Zweck des Erwerbstätigenbonus die Senatsurteile vom 16. September 1981 - IVb ZR 674/80 - FamRZ 1981, 1165, 1166, vom 19. Juni 1985 - IVb ZR 31/84 - FamRZ 1985, 908, 910 und vom 16. Dezember 1987 - IVb ZR 102/86 - FamRZ 1988, 265, 267).

b) Das Kammergericht hat für die Zeit ab Oktober 1988 einen Unterhaltsanspruch der Beklagten verneint. Es hat die Beklagte für gehalten angesehen, die Zinsen aus dem ihr hälftig zugeflossenen Erlös aus dem Hausverkauf für ihren Unterhalt einzusetzen. Dieser Obliegenheit habe sie mindestens fahrlässig dadurch zuwider gehandelt, daß sie ungeachtet des ihr zugeteilten Hausrats für sich und die Kinder ungewöhnlich viele und in dieser Weise sowie Höhe nicht sogleich notwendige Neuanschaffungen von Hausrat vorgenommen, eine außerordentlich hohe Einmalprämie für eine neue Lebensversicherung bezahlt und weitere hohe Beträge den Kindern zugewendet habe, ohne genügend ihren eigenen laufenden Lebensunterhalt zu berücksichtigen. Das Kammergericht hat ihr deshalb fiktive Zinsen in Höhe von 562,50 DM monatlich als Einkommen angerechnet, die sie aus einem Kapital von 150.000 DM hätte ziehen können, da dieses Kapital "bei der gebotenen sparsamen Verwendung" verfügbar gewesen wäre.

Auch diese Erwägungen begegnen Bedenken, worauf die Revision mit Recht hinweist.

Dem Ausgangspunkt des Kammergerichts ist allerdings zuzustimmen, daß den Unterhaltsberechtigten die Obliegenheit trifft, eigenes Vermögen so ertragreich wie möglich anzulegen, weil auch solche Einkünfte die Bedürftigkeit mindern, die in zumutbarer Weise eingezogen werden könnten, aber nicht eingezogen werden (Senatsurteil vom 19. Februar 1989 - IVb ZR 16/85 - EzFamR BGB § 1577 Nr. 7 m.w.N.).

Ein Ansatz fiktiver Zinseinkünfte scheidet jedoch aus, wenn das einzusetzende Kapital nicht mehr vorhanden ist (Senatsurteil vom 4. November 1987 - IVb ZR 75/86 - NJW 1988,

2371, 2372). Nach dem Vortrag der Beklagten, den das Berufungsgericht seiner Erwägung zugrundelegt, hat sie den ihr zugeflossenen Verkaufserlös bis auf einen Restbetrag von 40.000 DM verbraucht. Als Einkünfte können deshalb zunächst nur die Zinsen aus der Anlage dieser 40.000 DM angesetzt werden. Die Ausgabe von ca. 165.000 DM kann nur dann zu Lasten der Beklagten gehen, wenn die Voraussetzungen des § 1579 Nr. 3 BGB gegeben sind (Senatsurteil vom 5. März 1986 - IVb ZR 12/85 - FamRZ 1986, 560, 562).

Für eine mutwillige Herbeiführung der Bedürftigkeit im Sinne des § 1579 Nr. 3 BGB ist mindestens eine unterhaltsbezogene Leichtfertigkeit Voraussetzung, die vorliegt, wenn sich der Unterhaltsberechtigte unter grober Mißachtung dessen, was jedem einleuchten muß, oder in Verantwortungs- und Rücksichtslosigkeit gegen den Unterhaltspflichtigen über die erkannte Möglichkeit nachteiliger Folgen für seine Bedürftigkeit hinweggesetzt hat (vgl. Senatsurteil vom 14. Dezember 1983 - IVb ZR 38/82 - FamRZ 1984, 364, 367 m.w.N.).

Daß die Beklagte beim Abschluß der Rentenversicherung in diesem Sinn mutwillig gehandelt habe, wird sich kaum sagen lassen, da diese Versicherung der Altersvorsorge diene und als teilweiser Ersatz für den Verlust des Familienheimes angesehen werden konnte, dem ebenfalls in gewissem Umfang Sicherungsfunktion für das Alter zukam.

Mutwilligkeit in dem genannten Sinne läßt sich auch bei den umzugsbedingten Neuanschaffungen nicht pauschal, sondern nur nach Prüfung der jeweiligen einzelnen Anschaffung bejahen, da Umzüge erfahrungsgemäß dazu führen, daß vorhandene

Einrichtungsgegenstände in der neuen Wohnung nicht passen oder aus anderen Gründen ersetzt werden müssen, wobei dem Umziehenden ein Ermessen zuzubilligen ist.

Hinsichtlich des Sparbriefes in Höhe von 21.000 DM für die Tochter Kirstin hat die Beklagte vorgetragen, daß diese Zuwendung zum teilweisen und versprochenen Ausgleich für die frühere Verwendung von 20.000 DM aus einer dem Kind angefallenen Erbschaft geschehen sei. Nach dem schriftlichen Willen der Erblasserin seien die 20.000 DM als Aussteuer für die Tochter gedacht gewesen. Dieser - unbestrittene - Vortrag spricht ebenfalls gegen eine Mutwilligkeit der Beklagten.

c) Das Kammergericht hat eine wesentliche Veränderung der Verhältnisse, die eine Abänderung der notariellen Urkunde rechtfertigen, neben der Erwerbstätigkeit der Beklagten seit 1. Januar 1987 auch darin gesehen, daß der Kläger aus dem gemeinsamen Haus Anfang August 1986 ausgezogen und das Haus im Sommer bzw. Frühherbst 1988 verkauft worden ist.

Zwischen der Errichtung der notariellen Urkunde (31. Juli 1986) und Auszug des Klägers (9. August 1986) lagen nur wenige Tage. Dies und der unter Beweis gestellte Vortrag der Beklagten, der Kläger habe schon bei Errichtung der Urkunde von seinem bevorstehenden Auszug gewußt, zumal er sie - insoweit unbestritten - bereits am 3. August 1986 über seinen Auszug unterrichtet habe, legen eine Prüfung nahe, ob es Treu und Glauben verbieten, daß der Kläger sein Abänderungsbegehren auf seinen Auszug stützt.

Der Verkauf des Familienheimes minderte die Unterhaltspflicht des Klägers nicht. Vielmehr entfielen damit die von ihm getragenen Hausbelastungen, so daß sich sein Nettoeinkommen erhöhte. Auf seiten der Beklagten entfiel der Wohnvorteil des von ihr genutzten Hauses als Einkommen, so daß dieses sich verringerte. Beide Umstände sind daher nicht geeignet, die Unterhaltspflicht des Klägers gegenüber der Beklagten in Wegfall kommen zu lassen.

Lohmann

Portmann

Zysk

Nonnenkamp

Knauber