

Diese Vorgehensweise entspricht der Rechtsprechung des *Senats* in Fällen, in denen der Elementarunterhalt – wie auch hier vom OLG – nach der Anrechnungsmethode ermittelt worden ist (*Senatsurt.* v. 25.11.1998 – XII ZR 33/97 –, *FamRZ* 1999, 372, 374). In solchen Fällen wird in Höhe des angerechneten Einkommens des Unterhaltsberechtigten das die ehelichen Lebensverhältnisse bestimmende Einkommen des Unterhaltspflichtigen zwischen den Ehegatten nicht verteilt, sondern es verbleibt ihm allein, so dass er entlastet wird. Das hat zur Folge, dass er Altersvorsorgeunterhalt bis zur Höhe des angerechneten Einkommens zusätzlich zu dem Elementarunterhalt leisten kann, ohne dass ihm weniger als die ihm an sich zustehende Quote des für die ehelichen Lebensverhältnisse maßgebenden Einkommens verbleibt. Wird, wie im vorliegenden Fall geboten, der Unterhalt jedoch nach der Differenzmethode bemessen, muss durch einen zweiten Rechenschritt sichergestellt werden, dass durch die Zuerkennung von Vorsorgeunterhalt nicht zu Lasten des Unterhaltspflichtigen von dem Grundsatz der gleichberechtigten Teilhabe der Ehegatten am ehelichen Lebensstandard abgewichen wird. Deshalb ist hier im Regelfall der Betrag des Vorsorgeunterhalts von dem bereinigten Nettoeinkommen des Unterhaltspflichtigen abzusetzen und aus dem verbleibenden Einkommen anhand der maßgebenden Quote der endgültige Elementarunterhalt zu bestimmen.

Wird auch das der Kl fiktiv angerechnete Einkommen nach der Differenzmethode berücksichtigt, ergibt sich – unter Beachtung des dargestellten Rechenwegs – ein monatlicher Anspruch der Kl in folgender Höhe:

- a) Für die Zeit vom 1.11. bis 31.12.1998 unter Zugrundelegung eines bereinigten Nettoeinkommens von (5.594,69 DM Netto-Erwerbseinkommen abzüglich 379,31 DM Krankenversicherung und 54,19 DM Pflegeversicherung =) 5.161,19 DM:
- (1) Vorläufiger Elementarunterhalt (ohne Berücksichtigung des Vorsorgeunterhalts): 5.161,19 DM abzüglich 1.000 DM (Einkommen der Kl) = 4.161,19 DM, davon $\frac{2}{5}$ [wie OLG] = 1.664,48 DM, gerundet 1.664 DM;
 - (2) Vorsorgeunterhalt: $1.664 \text{ DM} + 24 \% = 2.063,36 \text{ DM}$, davon $20,3 \% = 418,86 \text{ DM}$, gerundet 419 DM;
 - (3) Endgültiger Elementarunterhalt: 5.161,19 DM abzüglich 1.000 DM (Einkommen der Kl) abzüglich 419 DM (Vorsorgeunterhalt) = 3.742,19 DM, davon $\frac{2}{5}$ [wie OLG] = 1.496,88 DM, gerundet 1.497 DM.
- b) Für die Zeit vom 1.1. bis 31.3.1999 unter Zugrundelegung eines bereinigten Nettoeinkommens von 5.161,19 DM (wie vor):
- ...
- c) Für die Zeit vom 1.4. bis 31.12.1999 unter Zugrundelegung eines bereinigten Nettoeinkommens von 5.161,19 DM (wie vor):
- ...
- d) Für die Zeit vom 1.1. bis 31.12.2000 unter Zugrundelegung eines bereinigten Nettoeinkommens von (5.924,93 DM Netto-Erwerbseinkommen [einschließlich Sachbezug in Form privater Nutzung eines Firmenwagens] abzüglich 383,78 DM Krankenversicherung und 54,83 DM Pflegeversicherung =) 5.486,32 DM:
- ...
- e) Für die Zeit ab dem 1.1.2001 unter Zugrundelegung eines bereinigten Nettoeinkommens von 5.486,32 DM (wie vor):
- ...

Ann. der Red.: Zur Einbeziehung fiktiver Erwerbseinkünfte des unterhaltsberechtigten Ehegatten als Surrogat in die Unterhaltsberechnung nach der Differenz- bzw. Additionsmethode s. ferner BGH *FamRZ* 2003, 434.

Berufung des Erben eines Unterhaltsverpflichteten auf eine Verwirkung des Anspruchs auf nachehelichen Unterhalt gem. § 1579 Nr. 7 BGB

§§ 1579 Nr. 7, 1586b BGB

BGH, Beschl. v. 6.11.2002 – XII ZR 259/01 – (OLG Koblenz)

1. Die nacheheliche Unterhaltspflicht geht mit der Belastung eines Einwands aus § 1579 Nr. 7 BGB (hier: mehr als zehnjähriges Zusammenleben der geschiedenen Ehefrau in einem eheähnlichen Verhältnis mit einem anderen Mann) auf den Erben des Unterhaltsschuldners über.
2. Eine „Verzeihung“ der die Verwirkung in diesem Fall begründenden Umstände dadurch, dass der Erblasser trotz Kenntnis dieser Umstände den Unterhalt weiter gezahlt hat, liegt nicht vor, wenn der Unterhalt deshalb geleistet worden ist, weil der Erblasser dadurch seinerseits in den Genuss der Auswirkungen des § 5 VAHRG und damit des temporären Wegfalls der versorgungsausgleichsbedingten Kürzung seiner Rente kam.
(Leitsätze der Redaktion)

Der Antrag der Bekl auf Prozesskostenhilfe wird abgelehnt, weil die beabsichtigte Rechtsverfolgung keine hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet.

Gründe: 1. Die Kl nimmt die Bekl auf Abänderung eines Unterhaltsvergleichs in Anspruch. Sie ist die Tochter der Bekl und deren geschiedenen und inzwischen verstorbenen Ehemannes. Dieser zahlte bis zu seinem Tod aufgrund eines 1989 abgeschlossenen Unterhaltsvergleichs einen nachehelichen Unterhalt von monatlich 500 DM an die Bekl. Er ist von der Kl allein beerbt worden. Die Bekl nimmt nun die Kl gem. § 1586b BGB als Erbin des Unterhaltsverpflichteten aus dem Prozessvergleich in Anspruch. Die Kl will mit der Abänderungsklage erreichen, dass sie nicht mehr verpflichtet ist, Unterhalt an die Bekl zu zahlen, da diese unstreitig seit vielen Jahren mit einem neuen Partner in einer eheähnlichen Lebensgemeinschaft zusammenlebt.

Die Abänderungsklage hatte in den Vorinstanzen Erfolg. Das Berufungsgericht hat die Revision zugelassen wegen der seiner Ansicht nach grundsätzlichen Frage, „ob der Erbe eines zur Zahlung von nachehelichem Unterhalt Verpflichteten erstmals Verwirkung wegen eines verfestigten eheähnlichen Verhältnisses geltend machen kann (§ 1579 Nr. 7 BGB), obwohl der Erblasser hiervon wusste und sich hierauf nicht berufen hat“. Der Fall wirft indessen keine für die Entscheidung erheblichen, schwierigen und bisher ungeklärten Rechtsfragen auf, die einer Erörterung in der mündlichen Verhandlung bedürften (vgl. BGH, Beschl. v. 11.9.2002 – VIII ZR 235/02 –, zur Veröffentlichung bestimmt*).

2. In der Literatur ist unbestritten, dass sich auch der nach § 1586b BGB haftende Erbe des Unterhaltsverpflichteten grundsätzlich auf § 1579 Nr. 7 BGB berufen kann (vgl. *Staudinger/Baumann*, BGB, 12. Aufl. 1999, § 1586b Rn 41; *Erman/Dieckmann*, BGB, 10. Aufl., § 1586b Rn 3; *Soergel/Häberle*, BGB, 12. Aufl., § 1586b Rn 4; *Rolland/Hülsmann*, Familienrecht/Kommentar, § 1586b BGB Rn 2). Die Unterhaltspflicht geht auf den Erben – von dessen Haftungsbeschränkung abgesehen – unverändert über, und zwar auch mit der Belastung eines Einwands aus § 1579 Nr. 7 BGB. Eine Ausnahme gilt lediglich insofern, als die Leis-

* *Ann.:* Vgl. z.B. NJW-RR 2003, 130 und MDR 2003, 109.

tungsfähigkeit des Unterhaltsverpflichteten nach dessen Tod nicht mehr geprüft werden kann und muss. Auf die Leistungsfähigkeit seines Erben kommt es nicht an, weil es sich um eine Nachlassverbindlichkeit handelt und die Haftung des Erben deshalb schon nach allgemeinen Regeln auf den Nachlass beschränkt ist, nach § 1586b BGB sogar begrenzt auf den fiktiven Pflichtteil des Unterhaltsberechtigten (sog. kleiner Pflichtteil bei gesetzlichem Erbrecht nach § 1931 Abs. 1 und 2 BGB).

Bei der im Rahmen des § 1579 Nr. 7 BGB vorzunehmenden Billigkeitsabwägung mögen nach dem Tod des Unterhaltsverpflichteten Gesichtspunkte eine Rolle spielen können, die ausschließlich das Verhältnis zwischen dem Unterhaltsberechtigten und dem Erben betreffen, nicht das Verhältnis zwischen dem Unterhaltsberechtigten und dem verstorbenen Unterhaltsverpflichteten. Anhaltspunkte für solche Gesichtspunkte sind im vorliegenden Fall aber weder festgestellt noch von den Parteien vorgetragen. Die Kl kann sich jedenfalls dann darauf berufen, dass die Bekl seit inzwischen mehr als zehn Jahren in einem eheähnlichen Verhältnis mit einem anderen Mann in dessen Haus zusammenlebt und dass deshalb die Unterhaltsverpflichtung nach § 1579 Nr. 7 BGB entfallen ist, wenn der verstorbene Unterhaltsverpflichtete, würde er noch leben, sich heute noch darauf berufen könnte.

Die Annahme des Berufungsgerichts, die Voraussetzung des § 1579 Nr. 7 BGB für einen Wegfall der Unterhaltspflicht seien erfüllt, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Ebenso wenig ist die Auffassung zu beanstanden, der Unterhaltsverpflichtete – und damit auch seine Erbin – habe das Recht, sich auf einen Wegfall der Unterhaltspflicht nach § 1579 Nr. 7 BGB zu berufen, nicht schon zu Lebzeiten deshalb verloren, weil er den Unterhalt über Jahre in Kenntnis des Umstandes, dass die Bekl mit einem anderen Mann zusammenlebe, weitergezahlt habe.

Allerdings wird in Literatur und Rechtsprechung grundsätzlich vertreten, dass eine ausdrückliche oder konkludente „Verzeihung“ der die Verwirkung begründenden Umstände daraus hergeleitet werden kann, dass der Unterhaltsverpflichtete trotz Kenntnis dieser Umstände den Unterhalt weiterbezahlt (so grundsätzlich OLG Düsseldorf FamRZ 1997, 1159; OLG Hamm FamRZ 1997, 1485, 1486; OLG Hamm FamRZ 1994, 704, 705; MünchKomm/Maurer, BGB, 4. Aufl., § 1579 Rn 70; *Johannsen/Henrich/Büttner*, Eherecht, 3. Aufl., § 1579 BGB Rn 145; *Schwab/Borth*, Handbuch des Scheidungsrechts, 4. Aufl., IV Rn 398; *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht, 4. Aufl., § 30 VII 9 [S. 432]; *Heiß/Heiß*, Unterhaltsrecht, I 9 Rn 382). Unterschiedliche Auffassungen bestehen lediglich im Anwendungsbereich und in den Auswirkungen dieser Verzeihung. So ist streitig, ob sie auch dort eingreift, wo die Verwirkungstatbestände des § 1579 BGB nicht an ein persönliches Fehlverhalten des unterhaltsberechtigten Ehegatten anknüpfen, sondern an objektive Umstände wie bei § 1579 Nr. 1 und Nr. 7 BGB (für generelle Anwendbarkeit wohl *Johannsen/Henrich/Büttner*, a.a.O.; einschränkend insoweit MünchKomm/Maurer, a.a.O.; wohl auch *Göppinger/Bäumel*, Unterhaltsrecht, 7. Aufl., Rn 1106). Schwierigkeiten für die Annahme einer Verzeihung können sich auch dort ergeben, wo etwa der Unterhaltsschuldner nur mit Rücksicht auf die Betreuungsbedürftigkeit eines gemeinsamen Kindes den Unterhalt ungeschmälert weitergezahlt hat, ohne von der Möglichkeit Gebrauch zu machen, den Unterhaltsberechtigten auf den Mindestbedarf herabzusetzen (vgl. dazu *Senatsurt. v. 29.1.1997 – XII ZR 257/95*, FamRZ 1997, 483, 484). Nicht einheitlich beantwortet wird schließlich auch die Frage, ob die Verzeihung ein selbstständiger Gegeneinwand ist, der bereits den Tatbestand der Unterhaltsverwirkung entfallen lässt (so etwa *Johannsen/Henrich/Büttner*, a.a.O. m. w. N.) oder ob sie lediglich im Rahmen der Billigkeitsab-

wägung des § 1579 BGB zu berücksichtigen ist (so wohl die überwiegende Meinung, vgl. OLG'e Düsseldorf, Hamm jeweils a.a.O.; MünchKomm/Maurer, a.a.O.; *Gernhuber/Coester-Waltjen*, a.a.O. und *Schwab/Borth*, a.a.O.).

Diese Fragen bedürfen hier indes keiner Klärung, so dass die Prozesskostenhilfe für das Revisionsverfahren nicht bewilligt zu werden braucht (vgl. BGH, Beschl. v. 11.9.2002 a.a.O.). Denn nach den insoweit maßgeblichen tatsächlichen Feststellungen des OLG kann von einer Verzeihung nicht ausgegangen werden. Der Erblasser zahlte den Unterhalt in Höhe von 500 DM monatlich an seine geschiedene Ehefrau nämlich deshalb weiter, weil er dadurch seinerseits in den Genuss der Auswirkungen des § 5 VAHRG und damit des temporären Wegfalls der versorgungsausgleichsbedingten Kürzung seiner Rente kam, die andernfalls insgesamt rund 759 DM monatlich weniger betragen hätte. Er hätte also, wenn er den Unterhalt an die geschiedene Ehefrau nicht weitergezahlt hätte, von vornherein weniger für sich zur Verfügung gehabt als bei Weiterzahlung. Diese Verhaltensweise des Erblassers war wirtschaftlich nachvollziehbar und vernünftig. Aus ihr kann die Unterhaltsberechtigte im vorliegenden Fall keinen Vertrauensschutz dafür herleiten, dass der Erblasser auch künftig auf Dauer auf die Geltendmachung seines Verwirkungseinwands aus § 1579 Nr. 7 BGB verzichten würde. Denn mit dem Eintritt der Rentenvoraussetzungen beim Unterhaltsberechtigten entfallen die Wirkungen des § 5 VAHRG und der Unterhaltsverpflichtete unterliegt der vollen Kürzung seiner Versorgungsbezüge, so dass für ihn kein Grund mehr vorhanden ist, die Unterhaltszahlungen fortzusetzen.

Über diese Zusammenhänge war die Bekl von vornherein informiert. Die BfA hat ihr nämlich mit Schreiben v. 23.2.1995 einen Fragebogen zugesandt, den sie ausgefüllt zurückgeschickt hat. Das Anschreiben der BfA enthält eine Belehrung zu § 5 VAHRG. Außerdem hat die BfA der Bekl nach § 6 VAHRG die Hälfte des angefallenen Nachzahlungsbetrages ausgezahlt.

Im vorliegenden Fall konnte – wie das OLG richtig sieht – die Bekl nur darauf vertrauen, dass ihr geschiedener Ehemann den Unterhalt so lange weiterzahlt, wie er deshalb den Vorteil aus § 5 VAHRG hat. Sie konnte nicht darauf vertrauen, dass er, wenn dieser Vorteil entfallen sollte, sich monatlich weiter um 500 DM einschränkt, obwohl sie schon langjährig mit einem anderen Mann zusammenlebt und er deshalb nach § 1579 Nr. 7 BGB keinen Unterhalt mehr zahlen müsste.

Anm. der Red.: Es handelte sich vorliegend um eine Abänderungsklage der Alleinerbin des aufgrund eines Prozessvergleichs unterhaltsverpflichteten geschiedenen Ehemannes. Der BGH geht – incidenter – von der Rechtsnachfolge der Kl aus. Eine unterhaltsrechtliche Rechtsnachfolge des Erben des Unterhaltsschuldners wird in der Literatur indessen verneint (vgl. z.B. *Palandt/Brudermüller*, BGB, 62. Aufl. 2003, § 1586b Rn 10, und *Johannsen/Henrich/Büttner*, Eherecht, 3. Aufl. 1998, § 1586b Rn 12).

Zur Umschreibung eines Titels über naheheglichen Unterhalt gegen den Erblasser auf dessen Erben vgl. den Beschl. des OLG Frankfurt/M. v. 28.8.2002 (2 WF 245/02) in diesem Heft auf S. 68.

Kein güterrechtlicher Ausgleich, soweit eine Vermögensposition bereits (im Wege des Versorgungsausgleichs oder) unterhaltsrechtlich ausgeglichen wird

§ 1376 BGB; §§ 1408 Abs. 1, 127a BGB

BGH, Urt. v. 11.12.2002 – XII ZR 27/00 – (OLG Hamburg)