

**Geltung der Kriterien des Härtegrundes des § 1579 Nr. 7 BGB wegen einer verfestigten Verbindung des Unterhaltsberechtigten mit einem anderen Partner beim Trennungsunterhalt (§§ 1361 Abs. 3, 1579 Nr. 7 BGB) in gleicher Weise wie beim nachehelichen Unterhalt**

§§ 1361 Abs. 1 und 3, 1579 Nr. 7 BGB

**BGH**, Urt. v. 20. 3. 2002 – XII ZR 159/00 – (OLG Hamburg, AG Hamburg)

**a) Die Inanspruchnahme auf Trennungsunterhalt kann in entsprechender Anwendung des § 1579 Nr. 7 BGB unzumutbar sein, wenn der Unterhaltsberechtigte eine länger dauernde Beziehung zu einem anderen Partner eingegangen ist, die sich in einem solchen Maße verfestigt hat, dass sie als eheähnlich anzusehen ist (im Anschluss an Senatsurteil vom 21. 12. 1988 – IVb ZR 18/88 – FamRZ 1989, 487, 490 f.).**

**b) Zur Annahme eines Härtegrundes im Sinne des § 1579 Nr. 7 BGB, wenn der Unterhaltsberechtigte geltend macht, der Partner, mit dem er eine verfestigte Beziehung unterhält, sei homosexuell.**

*Tatbestand:* Der Kl begehrt Abänderung eines Urteils, nach dem er verpflichtet ist, an die Bekl Trennungsunterhalt von monatlich 1.693 DM zu zahlen.

Die seit 1966 verheirateten Parteien trennten sich im Jahr 1993. Das Scheidungsverfahren ist seit März 1994 anhängig. Die Eheleute waren Miteigentümer zu je 1/2 eines Hausgrundstücks in Hamburg. Der Kl übernahm den Miteigentumsanteil der Bekl und zahlte ihr dafür 1995 einen Betrag von 203.500 DM.

Die 1945 geborene Bekl, die ohne Berufsausbildung bis 1966 vollschichtig und von Anfang 1992 bis April 1993 stundenweise erwerbstätig war, hält sich aus gesundheitlichen Gründen für arbeitsunfähig. Sie ist mit B G befreundet, der bis Herbst 1994 einen Gebrauchtwagenhandel in H betrieb. Im Frühjahr 1994 suchten die Bekl und B G zusammen ein Grundstück, auf dem beide wohnen konnten und von dem aus G berufliche Tätigkeiten ausüben konnte. Durch notariellen Kaufvertrag vom 19. 5. 1994 erwarb die Bekl ein rund 3.200 qm großes bebautes Grundstück in R zu einem Kaufpreis von 550.000 DM zuzüglich Nebenkosten. B G gab schon im Herbst 1994 dieses Anwesen als seine neue Adresse an, die Bekl zog im April/Mai 1995 dort ein. Sie bewohnt die im Erdgeschoss befindliche 3-Zimmer-Wohnung. Die im Obergeschoss gelegene Wohnung, an der zunächst ein Wohnrecht zugunsten der Verkäuferin des Grundstücks bestand, wurde 1999 renoviert und ist seit Januar 2000 für monatlich 700 DM (einschließlich Nebenkosten) vermietet. Ebenerdig befindet sich im Anschluss an den von der Bekl bewohnten Gebäudeteil noch eine weitere Wohnung, die für monatlich 800 DM vermietet ist, sowie ein großer Lager-/Dielenraum, ein Büroraum mit Schlafgelegenheit sowie eine kleine Sanitärzelle, die von B G genutzt werden, ohne dass er hierfür Mietzins zu zahlen hat. Für das Objekt entstehen nach dem Vortrag der Bekl monatliche Kosten von 2.720 DM, davon 1.900 DM an Kreditkosten. Für die Kredite von noch 220.000 DM haftet B G neben der Bekl als Gesamtschuldner. Außerdem hat er ihr ein zinsloses Darlehen von 200.000 DM gewährt.

Der 1940 geborene Kl, der im Dezember 1998 einen Herzinfarkt erlitten hatte, bezog ab Januar 1999 Krankengeld. Vom 13. 3. 1999 an wurde ihm Rente wegen Erwerbsunfähigkeit bewilligt, die zunächst 2.988,43 DM monatlich betrug und sich seit 1. 7. 1999 auf monatlich 3.028,57 DM belief. Ein im Juni 1999 bei seinem früheren Arbeitgeber unternommener Arbeitsversuch war gescheitert.

Mit der am 25. 3. 1999 erhobenen Klage hat der Kl die Abänderung des Urteils des OLG vom 12. 12. 1997 dahin begehrt, dass er ab 1. 2. 1999 nicht mehr zu Unterhaltszahlungen an die Bekl verpflichtet sei. Er hat die Klage auf sein infolge des Rentenbezugs gesunkenes Einkommen sowie darauf gestützt, dass die Bekl seit vier Jahren in einer gefestigten eheähnlichen Beziehung lebe, über Mieteinkünfte verfüge und außerdem in der Lage sei, durch Aufnahme einer Erwerbstätigkeit Einkommen zu erzielen.

Die Bekl ist dem Abänderungsbegehren entgegengetreten. Sie hat insbesondere bestritten, in einer eheähnlichen Beziehung zu leben und über Einkünfte zu verfügen.

Das AG hat der Klage – unter Abweisung im Übrigen – für die Zeit ab Rechtshängigkeit (25. 3. 1999) stattgegeben. Zur Begründung hat es ausgeführt: Der Bekl sei ein Unterhaltsanspruch in entsprechender Anwendung des § 1579 Nr. 7 BGB zu versagen, da dem Kl weitere Unterhaltszahlungen mit Rücksicht darauf, dass seine Ehefrau seit mehreren Jahren in einer festen sozialen Verbindung mit B G lebe, nicht mehr zumutbar seien. Nach dem als unstrittig anzusehenden Sachvortrag sei davon auszugehen, dass die Bekl ihre Wohnung in R zusammen mit B G bewohne, zu diesem eine enge persönliche Beziehung unterhalte, wie sich unter anderem aus gemeinsamen Urlaubsreisen und Familienfeiern ergebe, bei denen B G zusammen mit Familienangehörigen anwesend gewesen sei, und mit dem sie durch seine Mithilfe bei der Finanzierung des Grundstückserwerbs in enger Weise wirtschaftlich verbunden sei.

Hiergegen hat die Bekl Berufung mit dem Ziel der vollständigen Klageabweisung eingelegt. Sie hat hier unter anderem vorgetragen, es treffe nicht zu, dass sie mit B G zusammenlebe, zwischen ihnen bestehe nur eine geschäftliche Beziehung. B G sei homosexuell und habe wechselnde Beziehungen zu Männern; seit Monaten wohne er mit einem Mann in seiner Wohnung zusammen. Zu Intimitäten sei es zwischen G und ihr nie gekommen, auch wenn zwischen ihnen eine vertrauliche Atmosphäre herrsche.

Das Berufungsgericht hat das angefochtene Urteil teilweise abgeändert und den Unterhalt der Bekl in Abänderung des Urteils vom 12. 12. 1997 für die Zeit ab 25. 3. 1999 auf monatlich 550 DM herabgesetzt. Im Übrigen hat es die Klage abgewiesen und die weitergehende Berufung zurückgewiesen. Hiergegen haben beide Parteien – zugelassene – Revision eingelegt. Der Kl hat sein Rechtsmittel zurückgenommen; die Bekl verfolgt ihr Klageabweisungsbegehren weiter.

*Entscheidungsgründe:* Die Revision hat keinen Erfolg.

1. Das Berufungsgericht hat eine nachträgliche Veränderung der für die frühere Beurteilung maßgebenden Verhältnisse angenommen, weil einerseits das Einkommen des Kl aufgrund seiner Erwerbsunfähigkeit gesunken sei und sich andererseits die Beziehung der Bekl zu B G seit der Vorentscheidung so verfestigt habe, dass sie nunmehr wie eine eheähnliche Lebensgemeinschaft erscheine. Im Einzelnen hat das Berufungsgericht ausgeführt:

Der Unterhaltsbedarf der Bekl nach Maßgabe der ehelichen Lebensverhältnisse sei mit der Hälfte des Renteneinkommens des Kl anzusetzen und belaufe sich auf etwas über 1.500 DM monatlich. Hierauf müsse sie sich entsprechend den Ausführungen in dem abzuändernden Urteil monatlich 750 DM an erzielbaren Zinseinkünften anrechnen lassen. Ihren Unterhaltsbedarf könne die Bekl nicht aus eigenen Erwerbseinkünften bestreiten, da sich ihre Erwerbsaussichten gegenüber den dem Vorprozess zugrunde liegenden Verhältnissen eher verschlechtert hätten. Tatsächlich lebe sie von Leistungen der Sozialhilfe.

Der Anspruch der Bekl auf Trennungsunterhalt sei jedoch nach §§ 1361, 1579 Nr. 7 BGB zu kürzen. Dem Kl sei es nicht mehr zuzumuten, an sie in voller Höhe Unterhalt zu

zahlen, nachdem sich ihre Beziehung zu B G so verfestigt habe, dass von einem mehrjährigen nichtehelichen Zusammenleben ausgegangen werden müsse. Gegenüber den Umständen, die in dem angefochtenen Urteil angeführt worden seien, bestreite die Bekl zwar ein Zusammenwohnen mit B G. Einer Beweiserhebung zu dieser Frage habe es aber nicht bedurft, weil es für die Entscheidung nicht darauf ankomme, ob B G noch über eine Wohnmöglichkeit in dem von ihm als Lager- und Büroraum genutzten Gebäudeteil verfüge. Eine nichteheliche Lebensgemeinschaft setze nicht zwingend voraus, dass die Partner zusammen wohnten und einen gemeinsamen Haushalt führten. Ein gemeinsamer Erwerb von Immobilieneigentum, wie er vorliegend erfolgt sei, dokumentiere wegen der wirtschaftlichen Bedeutung dieses Vorgangs in der Regel schon für sich gesehen die Entscheidung für eine langjährige gemeinsame Zukunft. Die Bekl räume überdies ein, dass zwischen ihr und B G ein vertrauensvolles, freundschaftliches Verhältnis bestehe. Nur so sei es zu erklären, dass er ihr ohne grundbuchliche Absicherung 200.000 DM geliehen sowie die Mitschuld für Kredite von ca. 220.000 DM übernommen habe und ihr bei den Darlehensrückzahlungen helfe. Ferner könne die Bekl ständig die Fahrzeuge des B G – einen Geländewagen und ein Motorrad – nutzen. Ihre enge Verbundenheit zu ihm werde auch durch die gemeinsam unternommenen Reisen, das gemeinsame Auftreten auf Familienfesten sowie den Umstand deutlich, dass sie ihm gestatte, in ihrer Wohnung zu feiern und dort seine Treffen mit den Anonymen Alkoholikern abzuhalten. Der von dem Kl bestrittenen Behauptung der Bekl, B G sei homosexuell, habe nicht nachgegangen zu werden brauchen. Die Entscheidung, ob ein Härtefall im Sinne des § 1579 Nr. 7 BGB vorliege, hänge nicht davon ab, ob zwischen den Partnern sexuelle Beziehungen bestünden.

Wegen einer verfestigten nichtehelichen Verbindung, wie sie hier vorliege, könne nach §§ 1361 Abs. 3, 1579 Nr. 7 BGB auch ein Anspruch auf Trennungsunterhalt herabgesetzt werden. Bei einer langen Trennungsdauer, zu der es hier offensichtlich deshalb gekommen sei, weil die Scheidung durch Streit über den Zugewinnausgleich blockiert werde, sei es unbillig, wenn die unterhaltsbedürftige Ehefrau, die seit Jahren in einer anderen Beziehung lebe und keine gemeinsamen Kinder betreue, ihren Ehemann noch (uneingeschränkt) auf Trennungsunterhalt in Anspruch nehmen könne. Bei der zur Beurteilung der Frage, inwieweit die Inanspruchnahme des Unterhaltspflichtigen grob unbillig sei, anzustellenden Abwägung sei zum einen die lange Dauer der Ehe zu berücksichtigen, in der die Bekl die Kinderbetreuung übernommen habe, sowie dem Umstand Rechnung zu tragen, dass sie den Ausfall des Unterhalts nicht durch Aufnahme einer Erwerbstätigkeit kompensieren könne, falls sich nicht in der Firma ihres Freundes G eine Arbeitsmöglichkeit ergebe. Letzteres hänge von dem noch ungewissen wirtschaftlichen Erfolg seines Geschäfts ab. Es erscheine deshalb angemessen, den Bedarf der Bekl auf den Mindestbedarf eines nicht erwerbstätigen Ehegatten herabzusetzen, der sich nach der Düsseldorfer Tabelle auf monatlich 1.300 DM belaufe. Hierauf seien nach den unverändert zu übernehmenden Feststellungen in der Vorentscheidung als erzielbar zu unterstellende Zinseinkünfte von monatlich 750 DM anzurechnen, so dass ein geschuldeter Unterhaltsbeitrag von monatlich 550 DM verbleibe.

Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung stand.

2. a) Die Revision vertritt die Auffassung, die Voraussetzungen für eine Herabsetzung des Unterhalts nach § 1579 Nr. 7 i. V. m. § 1361 Abs. 3 BGB seien zu Unrecht angenommen worden. Das Berufungsgericht habe nicht berücksichtigt, dass die herangezogenen Verhaltensweisen auch für eine

normale Freundschaft kennzeichnend sein könnten. Insbesondere sei nicht beachtet worden, dass das Grundstück nicht im Miteigentum der Bekl und des B G stehe. Dessen bloße Mithilfe bei der Finanzierung, die zwar ein gewisses Vertrauen voraussetze, sei nicht uneigennützig erfolgt, sondern um einen wesentlichen Gebäude- und Grundstücksteil mietfrei nutzen zu können. Für die zeitweise – nicht ständige – Nutzungsmöglichkeit der Fahrzeuge erbringe die Bekl eine Gegenleistung in Form der Post- und Paketannahme. Dass B G sie nach Ungarn gefahren und von dort wieder abgeholt habe, sei nichts weiter als ein Freundschaftsdienst gewesen, zumal er ohnehin nach Frankfurt am Main habe fahren müssen. Die Reise nach Italien habe B G günstig übernehmen können und der Bekl den weiteren freien Platz angeboten. Andere Urlaubsreisen habe sie allein oder als Mitglied einer Gruppe unternommen. An den Familienfeiern habe nicht nur B G teilgenommen, sondern es seien auch andere Nichtfamilienmitglieder, nämlich die Mieter des Hauses in der A, eingeladen worden. Die vom Berufungsgericht aufgeführten Gesichtspunkte reichten für die Annahme eines eheähnlichen Verhältnisses aber auch deshalb nicht aus, weil wesentliche Aspekte, die ein solches Verhältnis prägen würden, fehlten, vor allem ein gemeinsames Wohnen und Wirtschaften sowie eine gegenseitige Zuneigung, die über freundschaftliche Gefühle hinausgehe und sich in der Regel in sexuellen Beziehungen äußere. Derartige Beziehungen seien zwischen der Bekl und B G im Hinblick auf dessen homosexuelle Veranlagung nicht denkbar. Völlig unberücksichtigt sei überdies der unter Beweis gestellte Vortrag der Bekl geblieben, B G lebe seit Monaten mit einem anderen Mann zusammen.

Diese Angriffe bleiben ohne Erfolg.

b) Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats kann ein länger dauerndes Verhältnis des Unterhaltsberechtigten zu einem anderen Partner dann zur Annahme eines Härtegrundes im Rahmen des Auffangtatbestandes des § 1579 Nr. 7 BGB – mit der Folge der Unzumutbarkeit einer weiteren (uneingeschränkten) Unterhaltsbelastung für den Verpflichteten – führen, wenn sich die Beziehung in einem solchen Maße verfestigt hat, dass sie als eheähnliches Zusammenleben anzusehen und gleichsam an die Stelle einer Ehe getreten ist. Dabei setzt die Annahme einer derartigen Lebensgemeinschaft nicht zwingend voraus, dass die Partner räumlich zusammenleben und einen gemeinsamen Haushalt führen, auch wenn eine solche Form des Zusammenlebens in der Regel ein typisches Anzeichen hierfür sein wird. Unter welchen Umständen – nach einer gewissen Minderdauer, die im Allgemeinen kaum unter zwei bis drei Jahren liegen dürfte – auf ein eheähnliches Zusammenleben geschlossen werden kann, lässt sich nicht allgemein verbindlich festlegen. Letztlich obliegt es der verantwortlichen Beurteilung des Tatrichters, ob er den Tatbestand des eheähnlichen Zusammenlebens aus tatsächlichen Gründen für gegeben erachtet oder nicht (Senatsurteile vom 11. 7. 1984 – IVb ZR 22/83 – FamRZ 1984, 986, 987; vom 21. 12. 1988 – IVb ZR 18/88 – FamRZ 1989, 487, 490 f.; vom 28. 11. 1990 – XII ZR 1/90 – FamRZ 1991, 670, 672; vom 25. 5. 1994 – XII ZR 17/93 – FamRZ 1995, 540, 542 f.; vom 12. 3. 1997 – XII ZR 153/95 – FamRZ 1997, 671, 672 und vom 24. 10. 2001 – XII ZR 284/99 – FamRZ 2002, 23, 25).

c) Es begegnet aus Rechtsgründen keinen Bedenken, dass das Berufungsgericht im Rahmen der tatrichterlichen Würdigung der getroffenen Feststellungen zu dem Ergebnis gelangt ist, die Bekl unterhalte zu B G ein Verhältnis, das in seiner persönlichen und wirtschaftlichen Ausprägung und Intensität einem solchen eheähnlichen Verhältnis gleichkommt. Beide haben gemeinsam ein Grundstück gesucht, das sich eignet, ihnen jeweils als Wohnung zu dienen und

B G überdies die Möglichkeit eröffnet, dort eine geschäftliche Tätigkeit auszuüben. Für die Finanzierung des Grundstückserwerbs sind beide erhebliche finanzielle Verpflichtungen eingegangen, zu denen sie unabhängig voneinander nicht in der Lage gewesen wären und die sie hätten vermeiden können, wenn jeder für sich nur seinen eigenen Wohn- bzw. Geschäftsraumbedarf gedeckt hätte. Unter diesen Umständen ist die Annahme des Berufungsgerichts, dass eine solche Gestaltung einer gemeinsamen Lebensgrundlage regelmäßig vor dem Hintergrund einer gemeinsam geplanten Zukunft zu erklären sei, rechtlich nicht zu beanstanden, auch wenn kein Miteigentum erworben wurde. Für die betreffende Annahme spricht auch der dem Vorbringen der Bekl zufolge erhebliche, langfristige finanzielle Einsatz des B G, der ohne jede Absicherung allein in der Erwartung erfolgt ist, einen Teil des Grundstücks in Zukunft, zumindest aber für die Dauer des auf zehn Jahre gewährten zinslosen Darlehens, mietfrei nutzen zu können. Auch über die bestehenden wirtschaftlichen Verflechtungen hinaus ist das Verhältnis, wie das Berufungsgericht ohne Rechtsverstoß angenommen hat, in einer Weise gestaltet, die die Gleichstellung mit einer eheähnlichen Beziehung rechtfertigt. B G und die Bekl leben jedenfalls in unmittelbarer räumlicher Nähe zueinander. Nach den getroffenen Feststellungen befindet sich in dem von ihm genutzten Büroraum nur eine Schlafgelegenheit, aber keine Kochmöglichkeit. Deshalb spricht nach der allgemeinen Lebenserfahrung alles dafür, dass er für seine Versorgung zumindest teilweise auf eine Mitbenutzung der Wohnung der Bekl, insbesondere der Küche, angewiesen ist. Unter Berücksichtigung der herausgestellten weiteren Gemeinsamkeiten der Bekl und des B G kann dem Berufungsgericht auch nicht vorgeworfen werden, verkannt zu haben, dass anstelle einer verfestigten Partnerschaft auch eine normale Freundschaft vorliegen könne. Selbst wenn es zutreffen mag, dass einzelne der hier herangezogenen Verhaltensweisen auch unter Freunden üblich sein können, so begegnet die tatrichterliche Annahme, dass eine ständige gegenseitige Hilfe und Unterstützung im Alltag, verbunden mit gemeinsamer Freizeitgestaltung und getragen von einem vertrauensvollen, freundschaftlichen Verhältnis und vor dem Hintergrund einer hinsichtlich der Grundstücksnutzung und Lastentragung langfristigen gemeinsamen Zukunftsplanung, über eine bloße Freundschaft weit hinausgeht und wie ein eheähnliches Verhältnis zu bewerten ist, keinen rechtlichen Bedenken.

Dieser Beurteilung steht auch der Einwand der Revision, zwischen der Bekl und B G habe es nie sexuelle Beziehungen gegeben, vielmehr lebe dieser seit Monaten mit einem anderen Mann zusammen, aus Rechtsgründen nicht entgegen. Deshalb brauchte das Berufungsgericht dem betreffenden Vorbringen der Bekl nicht nachzugehen.

Ob die Aufnahme eines Verhältnisses zu einem anderen Partner die aus der Unterhaltspflicht erwachsende Belastung unzumutbar macht, hängt nicht davon ab, ob es zwischen den Partnern zu Intimitäten kommt oder nicht. Darüber wird ohnehin regelmäßig nichts nach außen dringen. Entscheidend für die Unzumutbarkeit einer fortdauernden (uningeschränkten) Unterhaltsbelastung ist vielmehr der Umstand, dass der Unterhaltsberechtigte mit einem Partner in einer verfestigten Beziehung lebt, die Partner ihre Lebensverhältnisse so aufeinander abgestellt haben, dass sie wechselseitig füreinander eintreten, indem sie sich gegenseitig Hilfe und Unterstützung gewähren, und damit ihr Zusammenleben ähnlich gestalten, wie es sich aufgrund der nach außen dringenden Gegebenheiten auch in einer Ehe darstellt. Eine solche Verbindung rechtfertigt grundsätzlich die Annahme, der Berechtigte sei im Rahmen der neuen Partnerschaft „wie in einer Ehe“ versorgt (Senatsurteil vom 14. 12. 1994 – XII ZR 180/93 – FamRZ 1995, 344, 345).

Entgegen der Auffassung der Revision ist es unerheblich, ob B G wechselnde intime Beziehungen zu anderen Männern unterhalten hat und seit Monaten in seiner kleinen Wohnung mit einem anderen Mann zusammenlebt. Die behaupteten Beziehungen des G zu verschiedenen Männern sind auf sein Verhältnis zu der Bekl erkennbar ohne Einfluss geblieben. Dass sich hieran durch die angebliche Aufnahme eines anderen Mannes in seiner Wohnung etwas geändert hätte, hat die Bekl nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen selbst nicht geltend gemacht. Abgesehen davon würde es der Bewertung des zwischen ihr und B G bestehenden Verhältnisses als verfestigte Lebensgemeinschaft aber auch nicht entgegenstehen, wenn sich dieses für einige Zeit etwas flüchtiger gestaltet hätte (vgl. Senatsurteil vom 12. 3. 1997 a.a.O. S. 672).

3. a) Die Revision rügt weiter, das Berufungsgericht sei zu Unrecht davon ausgegangen, dass auch der Anspruch auf Trennungsunterhalt wegen einer verfestigten Verbindung des Unterhaltsberechtigten mit einem anderen Partner nach §§ 1361 Abs. 3, 1579 Nr. 7 BGB ausgeschlossen oder herabgesetzt werden könne. Der Senat habe die fehlende Möglichkeit der Eheschließung als Grund dafür genannt, dass die Annahme eines Härtegrundes nach § 1579 Nr. 7 BGB bei einer gleichgeschlechtlichen Beziehung des Unterhaltsberechtigten ausscheide. Dann könne aber auch in der Trennungsphase nichts anderes gelten, weil eine Wiederheirat erst nach einer Scheidung möglich sei.

Auch damit vermag die Revision nicht durchzudringen.

b) Es trifft bereits im Ansatz nicht zu, dass der Senat bei einer verfestigten gleichgeschlechtlichen Partnerschaft das Vorliegen eines Härtegrundes verneint hat, weil die Partner nicht die Ehe miteinander schließen könnten. Er hat vielmehr darauf abgestellt, dass – anders als bei einer Ehe und bei einer eheähnlichen Gemeinschaft, die als Lebensform in der gesellschaftlichen Wirklichkeit zunehmend Anerkennung findet – für gleichgeschlechtliche Partnerschaften in Ermangelung eines der Ehe vergleichbaren Rechtsinstitutes kein allgemeingültiges Leitbild bestehe, das die Annahme rechtfertigen könne, die Verhältnisse in einer solchen Verbindung gewährleisteten nach der Natur des Zusammenlebens die gegenseitige Versorgung der Partner (Senatsurteil vom 14. 12. 1994 a.a.O. S. 345). Der Grund für die Ablehnung eines Härtefalles ist danach nicht in der fehlenden Eheschließungsmöglichkeit an sich gesehen worden, sondern in dem Umstand, dass sich deswegen in der Vergangenheit nicht die Vorstellung entwickelt hat, auch der in einer gleichgeschlechtlichen Partnerschaft lebende Unterhaltsberechtigte sei im Rahmen dieser Verbindung wie in einer Ehe versorgt, und dass demzufolge grundsätzlich kein Anlass für die hieran anknüpfende Annahme bestehe, die fortdauernde Unterhaltsbelastung könne unzumutbar sein. Ob an dieser Auffassung mit Rücksicht auf das Lebenspartnerschaftsgesetz vom 16. 2. 2001 (BGBl. I 266 ff.) festzuhalten ist, bedarf vorliegend keiner Entscheidung. Der aus dem Urteil des Senats vom 14. 12. 1994 (a.a.O.) gezogene Schluss, die Inanspruchnahme auf Trennungsunterhalt könne nicht wegen einer auf Dauer angelegten eheähnlichen Gemeinschaft des Unterhaltsberechtigten mit einem anderen Partner für den Verpflichteten unzumutbar sein, ist unabhängig davon jedenfalls nicht gerechtfertigt (im Ergebnis ebenso: *Schwab/Borth*, Handbuch des Scheidungsrechts, 4. Aufl., Kap. IV Rn. 503; *Bosch*, FF 2001, 53, 54; *Wiegmann*, FF 2001, 118, 119; OLG Köln FamRZ 2000, 290, 291; OLG Zweibrücken FuR 2000, 438, 440; OLG Koblenz NJW-RR 1999, 1597, 1599; OLG Schleswig NJW-RR 1994, 457; a. A. OLG München FamRZ 1998, 1589; *Büttner/Niepmann*, NJW 2001, 2215, 2226; *Palandt/Brudermüller*, BGB, 61. Aufl., § 1579 BGB Rn. 39).

c) Die Frage, ob und gegebenenfalls inwieweit es für den Unterhaltspflichtigen unzumutbar ist, den Unterhaltsberech-

tigten weiterhin zu unterhalten, muss deshalb nach denselben Kriterien beantwortet werden, wie sie für den Anspruch auf nachehelichen Unterhalt herangezogen werden. Hier wie dort kann die Fortdauer der Unterhaltsbelastung und des damit verbundenen Eingriffs in die Handlungsfreiheit und Lebensgestaltung für den Unterhaltspflichtigen unzumutbar sein, wenn der Unterhaltsberechtigte in einer Gemeinschaft mit einem anderen Partner lebt, die sich derart verfestigt hat, dass sie einer Ehe vergleichbar gestaltet ist. Für den Unterhaltspflichtigen kann es dann grob unbillig sein, den Unterhaltsberechtigten weiterhin uneingeschränkt unterhalten zu müssen, obwohl der andere Partner letztlich an seine Stelle getreten ist. Diese Betrachtungsweise ist sowohl für den Trennungunterhalt als auch für den nachehelichen Unterhalt von der Möglichkeit einer Eheschließung mit dem neuen Partner unabhängig. Denn eine Heirat kann, auch soweit es um den nachehelichen Unterhalt geht, daran scheitern, dass der neue Partner des Unterhaltsberechtigten noch verheiratet ist. Hinsichtlich der Auswirkungen der fortbestehenden Unterhaltsbelastung auf den Unterhaltsverpflichteten lässt sich hieraus kein ausschlaggebender Unterschied herleiten.

4. a) Auch die weitere Beurteilung des Berufungsgerichts, der Unterhaltsbedarf der Bekl sei wegen des vorliegenden Härtegrundes auf den Mindestbedarf eines nicht erwerbstätigen Ehegatten herabzusetzen, der nach der Düsseldorfer Tabelle monatlich 1.300 DM betrage, hält der revisionsrechtlichen Überprüfung stand.

Ob und inwieweit der Unterhaltsanspruch aus den in § 1579 Nr. 1 bis 7 BGB aufgeführten Gründen ausgeschlossen ist, hängt jeweils von einer Würdigung der Umstände des Einzelfalles ab (Senatsurteil vom 12. 1. 1983 – IVb ZR 348/81 – FamRZ 1983, 670, 672) und ist damit grundsätzlich Gegenstand tatrichterlicher Beurteilung. Das OLG hat bei seiner Billigkeitsabwägung die langjährige Dauer der Ehe der Parteien, die von der Bekl wahrgenommene Aufgabe der Kindererziehung und -betreuung sowie die Auswirkungen einer Unterhaltsherabsetzung auf ihre Lebensverhältnisse berücksichtigt. Damit hat es die im vorliegenden Fall maßgebenden Gesichtspunkte in seine Beurteilung einbezogen und diese in rechtlich nicht zu beanstandender Weise gewürdigt.

b) Soweit die Revision hiergegen einwendet, das Berufungsgericht habe außer Acht gelassen, dass dem Kl nach dem Vorbringen der Bekl neben seinem Rentenbezug fiktive Zinseinkünfte von monatlich 1.458,33 DM zuzurechnen seien, zeigt sie keinen Umstand auf, der die Abwägung des Berufungsgerichts in Frage stellt. Nach dem von der Revision in Bezug genommenen Vortrag hat die Bekl selbst eingeräumt, dass der Kl von dem nach Abzug der Verbindlichkeiten verbleibenden Erlös aus der Veräußerung des ehemals im Miteigentum der Parteien stehenden Hauses ein anderes Haus erworben hat. Nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen hat er die zur restlichen Finanzierung eingegangenen Verbindlichkeiten ebenso wie solche, die gegenüber seinem früheren Arbeitgeber bestehen, abzutragen. Das schließt aber die Annahme aus, dass ihn eine geringere Kürzung des Unterhalts angesichts seiner finanziellen Verhältnisse nicht spürbar treffen würde.

c) Die Rüge der Revision, es fehle an einer ordnungsgemäßen Begründung des angefochtenen Urteils, soweit das Berufungsgericht auf Seiten der Bekl fiktive Zinseinkünfte angerechnet habe (§ 551 Nr. 7 ZPO a. F.), erweist sich ebenfalls als nicht berechtigt. In der vorausgegangenen Entscheidung hat das OLG der Bekl monatliche Einkünfte von 750 DM zugerechnet, weil sie den zur Abgeltung ihres Miteigentumsanteils an dem inzwischen veräußerten Haus von dem Kl erhaltenen Betrag von 203.500 DM entweder hätte einsetzen müssen, um eine kleine Eigentumswohnung zu

erwerben, in der sie mietfrei habe wohnen können, oder jedenfalls in Höhe von rund 180.000 DM ertragbringend habe anlegen müssen, anstelle den Betrag in eindeutig unwirtschaftlicher Weise in das Grundstück in R zu investieren. Dass insoweit nunmehr von einer abweichenden Beurteilung auszugehen sei, hat die Bekl nicht geltend gemacht. Den mithin unveränderten Umstand hat das Berufungsgericht zu Recht weiterhin zugrunde gelegt, ohne dass dies zu Ausführungen Anlass gegeben hätte, die über die gegebene Begründung hinausgehen.

*Anm. der Red.:* Die Entscheidung ist zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen.

■ **Anmerkung:** Mit dem vorstehenden Urteil hat der BGH zum dritten Mal binnen weniger Monate grundlegende Rechtsfragen zum Zusammenleben des Unterhaltsgläubigers mit einem neuen Partner erörtert. In der ersten Entscheidung hat der BGH seine geänderte Rechtsprechung zur Differenzmethode auch auf das fiktive Einkommen angewendet, das sich der Unterhaltsgläubiger wegen Versorgungsleistungen für den neuen Partner entgegenhalten lassen muss<sup>1</sup>. Die zweite Entscheidung betraf die Frage, ob ein Unterhaltsanspruch gemäß § 1579 Ziffer 7 BGB auch ausgeschlossen sein kann, wenn der unterhaltsberechtigte geschiedene Ehegatte mit seinem neuen Partner bewusst nicht zusammenlebt; gegen frühere Rechtsprechung hat der BGH entschieden, entweder sei der Unterhaltsanspruch nicht verwirkt oder zumindest müsse das Bestehen einer eheähnlichen Gemeinschaft sehr viel genauer nachgewiesen werden, wenn die neuen Partner ihre Lebensbereiche bewusst getrennt halten<sup>2</sup>.

In der vorstehend abgedruckten Entscheidung befasst sich der BGH nun noch einmal umfassend mit den Anforderungen an eine Unterhaltsverwirkung. Zu der Frage, ob der Unterhalt auch verwirkt werden kann, wenn die Partner der neuen Beziehung einander – aus welchen Gründen auch immer – nicht heiraten können, präzisiert er nach seiner Bewertung die bisherige Rechtsprechung oder ändert sie nach meiner Ansicht. Aber auch einige andere Feststellungen in dem Urteil verdienen es, hier noch einmal festgehalten zu werden.

### 1. Was ist Voraussetzung für die Anwendung des § 1579 Ziffer 7 BGB?

Zunächst ist klarzustellen, dass es auf die nachfolgenden Fragen nicht ankommt, wenn der neue Partner finanziell leistungsfähig ist und deshalb den Bedarf (oder den durch eigenes Einkommen nicht gedeckten Restbedarf) des unterhaltsberechtigten Ehegatten tragen kann. Dies ist der Fall der so genannten ehgleichen ökonomischen Solidarität in der neuen Beziehung oder der in der neuen Beziehung gefundenen Unterhaltsgemeinschaft<sup>3</sup>. Besteht also eine auch wirtschaftlich verfestigte neue Beziehung, können Unterhaltsansprüche nach gewisser Zeit auch ohne weitere Umstände verwirkt sein.

- Es muss eine Beziehung zu einem neuen Partner bestehen, die sich verfestigt hat. Dies setzt in der Regel eine Dauer von etwa zwei bis drei Jahren voraus. Die Verfestigung kann sich aber auch aus anderen Umständen ergeben, hier z. B. der ungesicherten Gewährung eines Kredits über 200.000 DM.<sup>4</sup>

1 FF 2002, 25 = FamRZ 2001, 1692 m. Anm. *Büttner*.

2 FF 2002, 21 = FamRZ 2002, 23. Hierzu jeweils kritisch: *Schnitzler*, FF 2002, 24; *Schwab*, FamRZ 2002, 92.

3 BGH FamRZ 1989, 487, 490.

4 Siehe auch OLG Köln FF 1999, 154 = FamRZ 2000, 290; AG Menden FamRZ 1991, 712.

- Diese Beziehung muss in ihrer persönlichen und wirtschaftlichen Ausprägung sowie Intensität einem eheähnlichen Verhältnis gleichkommen. Hier hat es der BGH gebilligt, dass „eine ständige gegenseitige Hilfe und Unterstützung im Alltag, verbunden mit gemeinsamer Freizeitgestaltung und getragen von einem vertrauensvollen, freundschaftlichen Verhältnis und vor dem Hintergrund einer ... langfristigen gemeinsamen Zukunftsplanung“ von der Vorinstanz als ausreichend angesehen worden war.
- Eine solche Beziehung kann Unterhaltspflichten unzumutbar machen, wenn sie sich „aufgrund der nach außen dringenden Gegebenheiten“ wie eine Ehe darstellt.

## 2. Was ist nicht Voraussetzung für eine Anwendung des § 1579 Ziffer 7 BGB?

a) Der BGH stellt klar, dass es **keine sexuellen Beziehungen in der neuen Partnerschaft** geben muss. Sonst hätte er im Zweifel auch nicht zu einem Unterhaltsausschluss kommen können, weil der Partner der geschiedenen Ehefrau homosexuell war. Maßgeblich kann nach Ansicht des BGH nur sein, **welche Umstände „nach außen dringen“**, was hinsichtlich sexueller Kontakte regelmäßig nicht geschehe. Der BGH geht noch darüber hinaus: Hat der neue Partner sexuelle Beziehungen zu Dritten, so kann der Unterhaltsgläubiger damit nicht ohne weiteres das Bestehen einer eheähnlichen Gemeinschaft widerlegen; sie können sich nur auswirken, wenn sie das Verhältnis in der neuen Partnerschaft erheblich beeinflussen (wobei eine tiefe und dauerhafte Störung erforderlich ist, während es nicht ausreicht, dass sich die Beziehung nur „für einige Zeit etwas flüchtiger gestaltet“).

b) Es ist nach der vorstehenden Entscheidung auch **nicht erforderlich, dass die neuen Partner einander heiraten können**.

Ob sie einander heiraten wollen, ist ohnehin bedeutungslos, da dies für die Frage der objektiven Unzumutbarkeit keine Rolle spielen kann. Auch wenn – wie hier jedenfalls wegen unterschiedlicher sexueller Ausrichtung der Partner – eine Eheschließung für beide von vornherein ausschied, war das schon nach der bisherigen Rechtsprechung des BGH irrelevant. Es geht somit nur um die Frage, ob eine Eheschließung objektiv möglich ist.

Soweit die Auffassung vertreten worden ist, der Unterhalt könne nicht gemäß § 1579 Ziffer 7 BGB verwirkt sein, wenn der Unterhaltsgläubiger und der neue Partner einander nicht heiraten könnten, bedeutete dies, dass Unterhaltsansprüche in der Trennungszeit als Folge einer neuen Partnerschaft generell nicht verwirkt sein können, weil eine neue Ehe ja wegen der noch bestehenden Ehe des Gläubigers nicht geschlossen werden kann. Das Gleiche gilt aber auch, wenn die neue Ehe nicht möglich ist, weil nur der neue Partner seinerseits noch verheiratet ist<sup>5</sup>.

Die Vertreter der Ansicht, dass der Unterhalt gemäß § 1579 Ziffer 7 BGB nur verwirkt werden könne, wenn eine neue Ehe möglich sei, haben sich gestützt auf die vom BGH immer wieder gewählte Formulierung, die neue Beziehung müsse „gleichsam an die Stelle einer Ehe getreten“ sein; dies sei aber nicht möglich, wenn eine Ehe – eines der Partner der neuen Beziehung – noch bestehe. Zuletzt hat man sich insbesondere auf eine Entscheidung des BGH aus dem Jahr 1994 zu einer gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaft gestützt. Damals hatte der BGH eine Unterhaltsverwirkung ausgeschlossen mit der Begründung, es gebe für das Zusammenleben zwischen zwei gleichgeschlechtlichen Partnern kein der Ehe vergleichbares Rechtsinstitut, so dass man die zu heterosexuellen Beziehungen ergangene Rechtsprechung nicht sinngemäß anwenden könne<sup>6</sup>.

Nach der jetzigen Entscheidung des BGH ist es für eine Verwirkung des Trennungsunterhalts und des nachehelichen

Unterhalts generell bedeutungslos, ob die neuen Partner einander heiraten könnten; für die Frage, ob oder inwieweit Unterhaltszahlungen noch zumutbar seien, ergebe sich hieraus „kein ausschlaggebender Unterschied“<sup>7</sup>. Das ist für den BGH in der jetzigen Zusammensetzung des Familiensenats offenbar – und zu Recht – so eindeutig, dass er nur wenige Sätze zur Begründung verwendet.

Für die Praxis bedeutet dies: Zu klären ist nur, ob der Unterhaltsgläubiger in einer Gemeinschaft lebt, die dem äußeren Eindruck und nicht der rechtlichen Möglichkeit nach einer Ehe gleicht, und ob der neue Partner in dieser Gemeinschaft an die Stelle des Unterhaltsschuldners getreten ist.

## 3. Rechtsfolgen, wenn § 1579 Ziffer 7 BGB greift

Entgegen einer weit verbreiteten Ansicht geht es bei § 1579 BGB nicht immer um alles oder nichts. Das Gesetz lässt vielmehr drei Varianten zu, die auch miteinander kombiniert werden können, nämlich den Ausschluss, die Herabsetzung und die zeitliche Begrenzung des Unterhalts. Im hier entschiedenen Fall hatte das Amtsgericht den Unterhalt auf 0 herabgesetzt und das OLG hatte einen Restunterhalt von 550 DM monatlich zugebilligt; die nicht erwerbstätige Bekl sollte den Mindestbedarf nach der Düsseldorfer Tabelle erhalten und sich hierauf das von ihr zu erzielende Einkommen anrechnen lassen müssen. Dies hat der BGH nicht beanstandet, sondern festgestellt, die Rechtsfolgen des § 1579 BGB hingen „von einer Würdigung der Umstände des Einzelfalls ab“. Es sei deshalb gerechtfertigt, dass das OLG die lange Ehe, die Kinderbetreuung durch die Bekl und auch die Auswirkungen der Unterhaltsherabsetzung berücksichtigt habe.

Wer mit § 1579 BGB zu tun hat, darf sich also **nicht darauf beschränken, nur zu den Tatbestandsvoraussetzungen des § 1579 BGB vorzutragen**, sondern muss sich **auch mit den Rechtsfolgen befassen**. Insbesondere wenn der unterhaltsberechtigte Ehegatte vertreten wird, muss im Einzelnen auf dessen in der Ehe erbrachte Leistungen eingegangen werden, z. B. auf die vereinbarungsgemäß übernommene Rolle des haushaltführenden und kindererziehenden Ehegatten. Bei der nach § 1579 BGB vorzunehmenden Abwägung wird es auch Bedeutung haben, ob der unterhaltsberechtigte Ehegatte gerade wegen der von den Prozessparteien gewählten Rollenverteilung keine oder nur geringe Chancen auf dem Arbeitsmarkt mehr hat, sei es wegen fehlender oder unzureichender Ausbildung oder sei es wegen der durch Alter, mangelnde Erwerbstätigkeit oder ähnliche Dinge verschlechterten Chancen auf eine Arbeitsstelle. Auch wer den Unterhaltsschuldner vertritt, darf sich nicht nur mit den Tatbestandsvoraussetzungen des § 1579 BGB befassen, da eben auch Kriterien für die Rechtsfolgen geliefert werden müssen, die das Gericht anzuordnen hat, wenn es § 1579 BGB anwenden will.

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Familienrecht  
*Rainer Bosch, Bonn*

<sup>5</sup> So ausdrücklich OLG München FamRZ 1998, 1589. Nach Schwab-Borth, Kap. IV Rn. 503 im Handbuch des Scheidungsrechts, 4. Aufl., soll § 1579 Ziffer 7 BGB allerdings greifen, wenn die neue Ehe nur unmöglich ist, weil der neue Partner noch verheiratet ist.

<sup>6</sup> Auf diese Entscheidung stützen sich für ihre Annahme, dass eine neue Eheschließung objektiv möglich sein müsse, unter anderem Büttner, FamRZ 1996, 136, 141; Büttner/Niepmann, NJW 2001, 2215, 2226; Wendl/Gerhardt, § 4 Rn. 755; Palandt-Brudermüller, § 1579 Anmerkung 39. Wenn der BGH in seiner jetzigen Entscheidung ausführt, dies ergebe sich aus seiner damaligen Entscheidung „bereits im Ansatz nicht“, so fällt doch auf, dass der BGH immerhin von ausgesprochen renommierten Familienrechtlern anders verstanden worden ist, so dass man wohl doch von einer Änderung der Rechtsprechung ausgehen muss.

<sup>7</sup> Ebenso schon Bosch, FF 2001, 53 m. w. N., und Wiegmann, FF 2001, 118. Die Frage, was bei einer gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaft nach Inkrafttreten des LPartG gilt, lässt der BGH jetzt offen.