

§§ 1572, 1578 BGB

Krankenvorsorgeunterhalt bei geschiedener Beamten- ehefrau

Saarländisches OLG, Urt. v. 16. 3. 2000 – 6 UF 127/99
(AG Saarbrücken)

Fiktive Berechnung des Krankenversicherungsbeitrags für geschiedene Ehefrau des Beamten, als ob Beihilfe- berechtigung noch fortbesteht. Volle Anrechnung der Nebentätigkeit.

Aus den Gründen: „ ... I. Die am 29. 9. 1972 geschlossene Ehe der Parteien ist durch rechtskräftiges Urteil des AG – Familiengericht – Saarbrücken vom 11. 9. 1997 – 39 F 121/96 – geschieden. Aus der Ehe sind zwei inzwischen volljährige Töchter hervorgegangen, die im Einverständnis ihrer Eltern ein Studium aufgenommen haben und jeweils einen eigenen Haushalt führen.

Die am 29. 1. 1944 geborene, heute also 56 Jahre alte Kl war während der Ehe nicht berufstätig und ist aufgrund einer nach der Scheidung zutage getretenen Krebserkrankung erwerbsunfähig. Sie hat Einkünfte aus Vermietung von monatlich 90 DM.

Die Parteien waren hälftige Miteigentümer eines von ihnen bewohnten Hausanwesens. Ihren Wohnvorteil aus diesem Haus geben die Parteien übereinstimmend mit 474,50 DM an. Im Rahmen der Vermögensauseinandersetzung der Parteien ist das Hausanwesen verkauft worden. Jede der Parteien hat 195.251,22 DM erhalten. Zum Zeitpunkt des Erlasses des angefochtenen Urteils waren der Kl hiervon mindestens ein Kontoguthaben von 34.309,45 DM und Stammaktien im Wert von 20.837,41 DM verblieben.

Ab dem 11. 9. 1997 (dem Tag der Rechtskraft der Scheidung) hat die Kl Kranken- und Pflegeversicherungsbeiträge von monatlich 1.066,10 DM zu zahlen.

Der am 1. 2. 1939 geborene, heute also 61 Jahre alte Bekl übt eine vollschichtige Tätigkeit als Sonderschulkonrektor mit durchschnittlichen monatlichen Nettobezügen von (nach Abzug des ihm ausgezahlten Kindergeldes für die beiden Töchter) 6.773,27 DM aus. Sein durchschnittliches monatliches Einkommen aus seiner (zumindest bis Februar 2000) ausgeübten Nebenbeschäftigung – Erteilung von Sprachunterricht – beträgt mindestens 500 DM.

An monatlichen Kranken- und Pflegeversicherungsbeiträgen für sich und die beiden Töchter hat der Bekl bis 31. 12. 1998 564,29 DM gezahlt und ab Januar 1999 592,13 DM zu zahlen.

Der Barunterhalt für die beiden Töchter der Parteien wird ausschließlich vom Bekl erbracht. Die Barunterhaltsleistungen haben bis einschließlich Juni 1998 (jeweils 1.050 DM x 2 =) 2.100 DM, ab Juli 1998 (jeweils 1.100 DM x 2 =) 2.200 DM und ab Juli 1999 (jeweils 1.120 DM x 2 =) 2.240 DM betragen.

Die Tochter E der Parteien übt eine Nebentätigkeit an der Universität aus. Ihr durchschnittliches monatliches Nettoeinkommen beträgt 426 DM. Im Zeitraum von Mitte/Ende August bis Anfang November 1999 hat sie ein Praktikum in Düsseldorf abgeleistet und in dieser Zeit ihre Wohnung in Saarbrücken beibehalten. Während des Praktikums hat E eine Vergütung von monatlich mindestens 950 DM erhalten.

Der Bekl hat an die Kl monatlichen Unterhalt von 1.847,45 DM von März 1998 bis Juli 1998 und von 1.883,13 DM ab August 1998 geleistet. Höhere Unterhaltszahlungen hat er im Februar 1998 abgelehnt.

Mit ihrer im Oktober 1998 eingegangenen Klage hat die Kl vom Bekl ab März 1998 nachehelichen Unterhalt von monatlich 734,59 DM über freiwillig gezahlte 1.847,45 DM

hinaus beansprucht. Sie hat also ihren Anspruch auf monatlich 2.582,04 DM veranschlagt. Der Bekl hat auf Klageabweisung angetragen.

Durch das angefochtene Urteil, auf das ergänzend Bezug genommen wird, hat das Familiengericht den Bekl unter Klageabweisung im übrigen verurteilt, an die Kl über den freiwillig gezahlten Betrag von 1.847,45 DM hinaus monatlichen nachehelichen Unterhalt wie folgt zu zahlen: 157,85 DM für März bis Juni 1998; 124,98 DM für Juli bis Dezember 1998 und 132,05 DM ab Januar 1999.

Hiergegen richten sich die zulässige Berufung der Kl und die ebenfalls zulässige Anschlußberufung des Bekl.

Die Kl beansprucht vom Bekl – wie bereits erstinstanzlich – ab dem 1. 3. 1998 monatlichen nachehelichen Unterhalt von 734,59 DM über freiwillig gezahlte 1.847,45 DM hinaus.

Der Bekl bittet um Zurückweisung der Berufung und erstrebt mit seiner Anschlußberufung – wie bereits erstinstanzlich – völlige Klageabweisung.

Die Kl bittet um Zurückweisung der Anschlußberufung.

II. Die zulässige Berufung der Kl hat in der Sache weitgehend Erfolg, die gleichfalls zulässige Anschlußberufung des Bekl ist unbegründet.

Der Kl steht gem. §§ 1569, 1572 Nr. 1, 1578 BGB ein Anspruch auf nachehelichen Unterhalt in dem aus der Urteilsformel ersichtlichen Umfang zu.

Entgegen der Auffassung des Familiengerichts stellen die Einkünfte des Bekl aus seiner Nebentätigkeit als Sprachlehrer unter den hier gegebenen Umständen in voller Höhe unterhaltsrelevantes Einkommen dar. Die Frage, ob Einkünfte aus einer neben vollschichtiger Berufstätigkeit geleisteten Nebentätigkeit bei der Bedarfsberechnung zu berücksichtigen sind, ist nach Zumutbarkeitsgesichtspunkten zu beantworten (vgl. BGH FamRZ 1980, 984; Senatsbeschl. v. 16. 1. 1997 – 6 UF 127/96 – m. w. N.; *Wendl/Haufbleiter*; Unterhaltsrecht, 4. Aufl., § 1 Rn. 74; *Kalthoener/Büttner*; Die Rechtsprechung zur Höhe des Unterhalts, 6. Aufl., Rn. 744, jeweils m. w. N.). Da der Bekl seiner Nebentätigkeit unstreitig bereits während des Zusammenlebens der Parteien regelmäßig nachgegangen ist und deshalb die hieraus erzielten Einkünfte die ehelichen Lebensverhältnisse nachhaltig geprägt haben, hält der Senat die Anrechnung vorliegend in voller Höhe für angezeigt (vgl. Senatsbeschl., a.a.O.). Umstände, die gegen die (volle) Anrechnung sprechen könnten, hat der Bekl nicht dargetan.

Ihm steht es aber frei, seine nebenberufliche Tätigkeit aufzugeben und die dadurch eintretende Einkommensminderung gegenüber der Kl geltend zu machen (vgl. Senatsbeschl., a.a.O.; *Wendl/Haufbleiter*; a.a.O., § 1 Rn. 775 m. w. N.).

Da der Bekl gemäß Schreiben des Stadtverbandes Saarbrücken seine in der Sprachheilambulanz ausgeübte Nebentätigkeit zum 29. 2. 2000 eingestellt hat, sind die hieraus erzielten Einkünfte von monatlich 500 DM somit lediglich bis einschließlich Februar 2000 zu berücksichtigen. Die Kl hat auch nicht substantiiert dargetan, daß der Bekl eine weitere Nebentätigkeit ausübt bzw. ausgeübt hat.

Nicht zu beanstanden ist, daß das Familiengericht Zins-einkünfte des Bekl nicht berücksichtigt hat. Für die Bemessung des nachehelichen Unterhalts sind nach § 1578 BGB die ehelichen Lebensverhältnisse maßgebend. Diese werden im allgemeinen durch die zusammengerechneten Einkünfte der Eheleute zum Zeitpunkt der Scheidung bestimmt, soweit die Einkünfte die wirtschaftlichen Verhältnisse der Eheleute dauerhaft und nachhaltig geprägt haben. Dabei sind Einkünfte in diesem Sinn nicht nur Erwerbseinkünfte, sondern in gleicher Weise auch Vermögenserträge und sonstige wirtschaftliche Nutzungen, die die Eheleute aus ihrem Vermögen ziehen (vgl. BGH FamRZ 1985, 354, 356 m. w. N.). Zu diesen Einkünften gehören im vorliegenden Fall nicht die Zinserträge, die die Parteien aus der Anlage ihrer Erlösanteile aus dem Verkauf des früheren ehelichen Anwesens erzielen

(vgl. BGH a.a.O.; OLG Hamm FamRZ 1998, 291, 292). Denn die Zinserträge haben die ehelichen Lebensverhältnisse nicht geprägt. Sie sind erst nach der Veräußerung des gemeinsamen Familieneigenheims als Folge der Scheidung bzw. Trennung erwachsen; ohne die Scheidung bzw. Trennung wäre es voraussichtlich nicht zur Veräußerung des Anwesens gekommen (vgl. BGH a.a.O.; OLG Hamm a.a.O.). Bedarfserhöhend wirkt sich vielmehr lediglich der Wohnwert des ehemals gemeinsam bewohnten Hausanwesens aus, soweit dieser etwaige Zins- und Tilgungsleistungen überstiegen hat (vgl. BGH a.a.O.; OLG Hamm a.a.O.). Dieser Wohnvorteil ist vom Familiengericht unangegriffen mit monatlich 474,50 DM berücksichtigt.

Die ehelichen Lebensverhältnisse sind weiter davon geprägt, daß der Barunterhalt für die beiden im Studium befindlichen Töchter allein vom Bekl getragen wird. Er kann seine Kindesunterhaltsleistung gegenüber der Kl jedoch lediglich in der Höhe geltend machen, in der er den Kindern zum Unterhalt verpflichtet ist.

Unterhaltsleistungen, für die keine gesetzliche Verpflichtung besteht oder die über den Rahmen des gesetzlichen Unterhalts hinausgehen, sind nicht abziehbar (vgl. *Wendl/Gerhardt*, a.a.O., § 1 Rn. 558). Dies ist vorliegend der Fall, soweit bei der Bedarfsberechnung der Tochter E der Parteien deren Nebeneinkünfte aus ihrer Tätigkeit an der Universität (überhaupt) nicht berücksichtigt worden sind.

Ein Student ist grundsätzlich nicht gehalten, neben dem Besuch der Hochschule einer Erwerbstätigkeit nachzugehen (vgl. BGH FamRZ 1986, 590, 591; *Kalthoener/Büttner*, a.a.O., Rn. 474 m. w. N.). Gleichwohl erzielte Einkünfte geringeren Umfangs wirken sich im allgemeinen nicht auf die Höhe des geschuldeten Unterhalts aus (vgl. BGH a.a.O.). Hier ist es jedoch so, daß der erzielte Verdienst der Tochter E von monatlich 426 DM das Ausmaß eines anrechnungsfrei zu belassenden Taschengeldes übersteigt. Hinzu kommt, daß die Tätigkeit an der Universität eine studienbezogene, gleichsam das Hochschulstudium ergänzende darstellt. Unter diesen Umständen ist es unter Billigkeitsgesichtspunkten ausnahmsweise gerechtfertigt, der Tochter E der Parteien Einkünfte in Höhe eines durchschnittlichen Monatsbetrags von gerundet 200 DM auf ihren Unterhaltsanspruch anzurechnen (vgl. BGH a.a.O.). Bis einschließlich Juni 1999 ergibt sich somit ein monatlicher Bedarf der Tochter E von (1.050 DM – 200 DM =) 850 DM, ab Juli 1998 von (1.100 DM – 200 DM =) 900 DM und ab Juli 1999 von (1.120 DM – 200 DM =) 920 DM.

Die Anrechenbarkeit der Einkünfte aus dem Praktikum hat das Familiengericht mit zutreffender Begründung verneint. Beanstandungsfrei ist das Familiengericht davon ausgegangen, daß das an den Bekl ausgezahlte Kindergeld kein unterhaltsrelevantes Einkommen darstellt. Entgegen der vom Familiengericht vertretenen Auffassung sind bei der Bemessung des eheangemessenen Bedarfs die (geschuldeten s. o.) Kindesunterhaltsleistungen des Bekl im Hinblick auf den Grundgedanken des § 1612b BGB in Höhe des um das hälftige Kindergeld gekürzten Betrags einkommensmindernd zu berücksichtigen.

§ 1612b Abs. 2 BGB unterstellt, daß dem Grunde und der Höhe nach Barunterhalt von beiden Eltern geschuldet wird. Besteht eine Barunterhaltspflicht nur dem Grunde nach, scheidet aber eine Zahlungsverpflichtung – wie hier bei der Kl – an mangelnder Leistungsfähigkeit, greift § 1612b BGB unmittelbar nicht (vgl. *Göppinger/Wax/Häußermann*, Unterhaltsrecht, 7. Aufl., Rn. 801 m. w. N.). Dann findet der Ausgleich außerhalb von § 1612b BGB statt, und zwar im Streitfall durch familiengerichtliche Bestimmung (vgl. *Göppinger/Wax/Häußermann*, a.a.O.). Hierbei ist zu berücksichtigen, daß nach dem Willen des Gesetzgebers die zivilrechtlichen Vorschriften im Licht des Steuerrechts auszulegen sind: Aus § 1612b Abs. 1 und 4 BGB ergibt sich, daß der gesetzliche

Kindergeldausgleich dem Halbteilungsgrundsatz folgt (vgl. *Palandt-Diederichsen*, BGB, 59. Aufl., § 1612b Rn. 3), wobei der Gesetzgeber den Ausgleichsmechanismus des Unterhaltsrechts dem des steuerlichen Familienleistungsausgleichs in § 31 EStG ausdrücklich angepaßt hat (vgl. *Göppinger/Wax/Häußermann*, a.a.O., Rn. 802, m. w. N.). Danach wird derjenige, der das Kindergeld bezieht, so behandelt, als habe er das Kindergeld abzüglich des hälftigen Ausgleichsanspruchs des anderen anspruchsberechtigten Elternteils erhalten (vgl. *Schmidt*, EStG, 18. Aufl., § 31 Rn. 35), der nicht kindergeldbezugsberechtigter Elternteil so, als sei ihm mit dem zivilrechtlichen Ausgleichsanspruch das Kindergeld zur Hälfte zugeflossen (vgl. *Göppinger/Wax/Häußermann*, a.a.O., Rn. 803). Hieraus und in der Erwägung, daß auch derjenige Anspruch auf Kindergeld und damit einen familienrechtlichen Anspruch auf Kindergeldausgleich hat, der – wie hier die Kl – mangels Leistungsfähigkeit nicht unterhaltsverpflichtet ist (vgl. *Göppinger/Wax/Häußermann*, a.a.O., Rn. 805; *Schmidt*, a.a.O., § 32 Rn. 9), folgt unter den vorliegend gegebenen Umständen – der Bekl, der den Barunterhalt erbringt, bezieht gem. §§ 62 Abs. 1, 64 Abs. 3 S. 1 EStG das Kindergeld und ist in vollem Umfang leistungsfähig –, daß die Barunterhaltsleistungen für die beiden Töchter um das hälftige Kindergeld gekürzt in die Bedarfsberechnung der Kl einzustellen sind.

Damit wird jede der Parteien – wie im Steuerrecht – so behandelt, als wäre ihr das Kindergeld zur Hälfte zugeflossen. Die ehelichen Lebensverhältnisse waren bis zur Scheidung für beide Parteien hinsichtlich der Krankenvorsorge von dem eine Beamtenfamilie kennzeichnenden Versicherungsschutz durch die Beihilfeberechtigung des Bekl und eine ergänzende Privatversicherung geprägt. Erst als Folge der Scheidung ist die Beihilfeberechtigung der Kl entfallen. Eine freiwillige Versicherung in der gesetzlichen Krankenversicherung ist der Kl als geschiedener Ehefrau eines Beamten nicht möglich. Mangels eigener versicherungspflichtiger Tätigkeit und der Möglichkeit hierzu ist die Kl auch nicht pflichtversichert. Unter diesen Umständen ist es ausnahmsweise geboten, bei der Berechnung des Bedarfs der Kl vom Einkommen des Bekl nicht nur die aktuellen Krankenversicherungsbeiträge (für den Bekl und die beiden Töchter) in Abzug zu bringen, sondern einen um den auf die Kl entfallenden fiktiven Anteil erhöhten Krankenversicherungsbeitrag, wie er bei Fortbestehen der Ehe zu zahlen gewesen wäre. Unter Berücksichtigung der sich aus den Beitragsanpassungen der Krankenversicherung des Bekl ab 1. 7. 1996 (für die Kl, den Bekl und die beiden Töchter) und ab 1. 1. 1999 (für den Bekl und die beiden Töchter) ersichtlichen Beträge ergibt sich ein (fiktiver) monatlicher Krankenversicherungsbeitrag von (Bekl: 330,95 DM + E: 132,99 DM + V: 128,19 DM + Kl [278,75 DM + Erhöhung wie beim Bekl von 6,97 % =] 298,18 DM = insgesamt) 890,31 DM.

Dem Grunde nach nicht zu beanstanden ist, daß das Familiengericht der Kl bedarfsdeckend (fiktive) Zinseinkünfte aus dem ihr 1996 im Rahmen der Vermögensauseinandersetzung gezahlten Kapitalbetrag zugerechnet hat und davon ausgegangen ist, daß der Kl hinsichtlich des Verbrauchs des Kapitals die Darlegungs- und Beweislast obliegt (vgl. Senatsurt. v. 4. 6. 1992 – 6 UF 39/91 UE).

Der Bekl wendet aber zu Recht ein, daß die Kl die Verwendung des Kapitals für Hausratsanschaffungen und laufenden Lebensunterhalt nicht hinreichend substantiiert dargetan hat, so daß das Kapital entgegen der Auffassung des Familiengerichts diesbezüglich nicht zu vermindern ist. Insbesondere ist für die Zeit vor Rechtskraft der Scheidung davon auszugehen, daß der an den ehelichen Lebensverhältnissen orientierte Bedarf der Kl durch ihre eigenen Einkünfte und die Unterhaltsleistung des Bekl gedeckt war, ihr also nach Rechtskraft der Scheidung der Kapitalbetrag noch in voller Höhe zur Verfügung stand. Für die Zeit nach Rechtskraft der Scheidung ist ihr Bedarf in vollem Umfang durch ihre

eigenen Einkünfte und den vom Bekl verschuldeten und titulierten Unterhalt gedeckt.

Der Kl sind somit Zinseinkünfte aus einem Kapital von gerundet 190.000 DM – der übersteigende Betrag ist der Kl als „Notgroschen“ anrechnungsfrei zu belassen – von (3,75 % p. a. = 7.125 DM: 12 Monate = gerundet) 594 DM anzurechnen. Ein höherer Zinssatz ist nicht in Ansatz zu bringen.

Der Elementarunterhalt der Kl war – insoweit abweichend von der Handhabung des Familiengerichts – nach Maßgabe der Rechtsprechung des BGH nur „einstufig“ zu berechnen, weil die der Kl zuzurechnenden (teilweise fiktiven) Zinseinkünfte die ehelichen Lebensverhältnisse nicht geprägt haben (BGH FamRZ 1999, 372, 374) und vorliegend nicht zu besorgen ist, daß zu Lasten des unterhaltspflichtigen Bekl der Halbteilungsgrundsatz verletzt wird.

Unter Zugrundelegung der vorstehenden Ausführungen und der im übrigen nicht zu beanstandenden, auch unangegriffenen gebliebenen Berechnung des Familiengerichts ergibt sich folgende Unterhaltsberechnung:

1. 3. 1998 bis 30. 6. 1998

Einkommen Bekl:	6.773,27 DM
+ Nebeneinkünfte	500,00 DM
– (fiktive) Kranken- und Pflegeversicherung	890,31 DM
– Kindesunterhalt	
(1.050 DM + 850 DM - 220 DM =)	<u>1.680,00 DM</u>

hiervon 6/7 =	4.702,96 DM
+ Wohnvorteil	4.031,11 DM
+ Mieteinkünfte der Kl	474,50 DM
	<u>90,00 DM</u>
	4.595,61 DM

hiervon 1/2 = Elementarunterhalt =	2.297,81 DM
+ Krankenvorsorgeunterhalt	<u>1.066,10 DM</u>
	3.363,91 DM

– eigene Einkünfte der Kl (Zinseinkünfte: 594 DM + Mieteinkünfte: 90 DM)	684,00 DM
insgesamt jedenfalls (wie beansprucht)	2.582,04 DM

1. 7. 1998 bis 31. 12. 1998

Einkommen des Bekl:	6.773,27 DM
+ Nebeneinkünfte des Bekl	500,00 DM
– (fiktive) Kranken- und Pflegeversicherung	890,31 DM
– Kindesunterhalt	
(1.100 DM + 900 DM - 220 DM =)	<u>1.780,00 DM</u>

hiervon 6/7 =	4.602,96 DM
+ Wohnvorteil	3.945,39 DM
+ Mieteinkünfte der Kl	474,50 DM
	<u>90,00 DM</u>
	4.509,89 DM

hiervon 1/2 = Elementarunterhalt =	2.254,95 DM
+ Krankenvorsorgeunterhalt	<u>1.066,10 DM</u>
	3.321,05 DM

– eigene Einkünfte der Kl	684,00 DM
insgesamt jedenfalls	2.582,04 DM

1. 1. 1999 bis 30. 6. 1999

Einkommen des Bekl:	6.773,27 DM
+ Nebeneinkünfte des Bekl	500,00 DM
– (fiktive) Kranken- und Pflegeversicherung	890,31 DM
– Kindesunterhalt	
(1.100 DM + 900 DM - 250 DM =)	<u>1.750,00 DM</u>

hiervon 6/7 =	4.632,96 DM
+ Wohnvorteil	3.971,11 DM
+ Mieteinkünfte der Kl	474,50 DM
	<u>90,00 DM</u>
	4.535,61 DM

hiervon 1/2 = Elementarunterhalt =	2.267,81 DM
+ Krankenvorsorgeunterhalt	<u>1.066,10 DM</u>
	3.333,91 DM

– eigene Einkünfte der Kl	684,00 DM
insgesamt jedenfalls	2.582,04 DM

1. 7. 1999 bis 31. 12. 1999

Einkommen Bekl:	6.773,27 DM
– Nebeneinkünfte des Bekl	500,00 DM
– (fiktive) Kranken- und Pflegeversicherung	890,31 DM
– Kindesunterhalt	
(1.120 DM + 920 DM - 250 DM =)	<u>1.790,00 DM</u>

hiervon 6/7 =	4.592,96 DM
+ Wohnvorteil	3.936,82 DM
+ Mieteinkünfte der Kl	474,50 DM
	<u>90,00 DM</u>
	4.501,32 DM

hiervon 1/2 = Elementarunterhalt =	2.250,66 DM
+ Krankenvorsorgeunterhalt	<u>1.066,10 DM</u>
	3.316,76 DM

– eigene Einkünfte der Kl	684,00 DM
insgesamt jedenfalls	2.582,04 DM

1. 1. 2000 bis 29. 2. 2000

Einkommen des Bekl:	6.773,27 DM
+ Nebeneinkünfte des Bekl	500,00 DM
– (fiktive) Kranken- und Pflegeversicherung	890,31 DM
– Kindesunterhalt	
(1.120 DM + 920 DM - 270 DM =)	<u>1.770,00 DM</u>

hiervon 6/7 =	4.612,96 DM
+ Wohnvorteil	3.953,97 DM
+ Mieteinkünfte der Kl	474,50 DM
	<u>90,00 DM</u>
	4.518,47 DM

hiervon 1/2 = Elementarunterhalt =	2.259,24 DM
+ Krankenvorsorgeunterhalt	<u>1.066,10 DM</u>
	3.325,34 DM

– eigene Einkünfte der Kl	684,00 DM
insgesamt jedenfalls	2.582,04 DM

Ab 1. 3. 2000

Einkommen des Bekl:	6.773,27 DM
– (fiktive) Kranken- und Pflegeversicherung	890,31 DM
– Kindesunterhalt (wie vor)	<u>1.770,00 DM</u>
	4.112,96 DM

hiervon 6/7 =	3.525,39 DM
+ Wohnvorteil	474,50 DM
+ Mieteinkünfte der Kl	<u>90,00 DM</u>
	4.089,89 DM

hiervon 1/2 = Elementarunterhalt =	2.044,95 DM
+ Krankenvorsorgeunterhalt	<u>1.066,10 DM</u>
	3.111,05 DM

– eigene Einkünfte der Kl	684,00 DM
	2.427,05 DM

Zu Unterhaltsleistungen in dieser Höhe ist der Bekl ohne Gefährdung seines eigenen angemessenen Unterhalts (§ 1581 BGB) in der Lage.

Unter Berücksichtigung der vom Bekl freiwillig erbrachten Unterhaltszahlungen errechnet sich ein Unterhaltsrückstand bis einschließlich Februar 2000 von insgesamt 16.952,54 DM: März bis Juli 1998

(5 x [2.582,04 DM – 1.847,45 DM] =)	3.672,95 DM
-------------------------------------	-------------

August 1998 bis Februar 2000

(19 x [2.582,04 DM – 1.883,13 DM] =)	<u>13.279,29 DM</u>
--------------------------------------	---------------------

	16.952,54 DM
--	--------------

Ab März 2000 sind der Kl – gemäß dem Klageantrag – monatlich weitere (2.427,05 DM – 1.847,45 DM = gerundet) 580 DM zuzusprechen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 S. 1 2. Alt. ZPO.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO.

■ *Anmerkung 1:* 1. Tabellarische Zusammenstellung der „bisherigen Rechnung“ sowie der „neuen Rechnung“, die das Saarländische OLG gewählt hat.

	bisherige Rechnung
Einkommen Ehemann	6.773,27 DM
– tatsächliche KV + PV	– 592,13 DM
– Kindesunterhalt	– 1.770,00 DM
	<u>4.411,14 DM</u>
hiervon 6/7	3.780,98 DM
+ prägender Wohnwert (Mietwert – Belastung)	474,50 DM
+ prägende Einkünfte Ehefrau aus Miete	90,00 DM
Zwischensumme	<u>4.345,48 DM</u>
– Krankenvorsorge UE	– 1.066,10 DM
	<u>3.279,38 DM</u>
1/2 als Bedarf	1.639,69 DM
+ Krankenvorsorge UE	<u>1.066,10 DM</u>
Gesamtanspruch	2.705,79 DM
– prägende Einkünfte	– 60,00 DM
– Zinsen aus Verkaufserlös des gemeinsamen Hauses	– 594,00 DM
Restanspruch	2.051,79 DM

	neue Rechnung
Einkommen Ehemann	6.773,27 DM
– fiktive KV + PV	– 890,31 DM
– Kindesunterhalt	– 1.770,00 DM
	<u>4.112,96 DM</u>
hiervon 6/7	3.525,39 DM
+ prägender Wohnwert (Mietwert – Belastung)	474,50 DM
+ prägende Einkünfte Ehefrau aus Miete	90,00 DM
Zwischensumme	<u>4.089,89 DM</u>
1/2 als Bedarf	2.044,95 DM
+ Krankenvorsorge UE	<u>1.066,10 DM</u>
Gesamtanspruch	3.111,05 DM
– prägende Einkünfte	– 60,00 DM
– Zinsen aus Verkaufserlös des gemeinsamen Hauses	– 594,00 DM
Restanspruch	2.457,05 DM

2. Vom Nettoeinkommen des Ehemannes, eines Beamten, hat das OLG nicht die tatsächlich von diesem nach der Scheidung für ihn und die beiden Kinder gezahlten verminderten Krankenversicherungsbeiträge in Abzug gebracht.

Es wurde vielmehr eine fortbestehende Beihilferechtigung der Ehefrau und eine fortbestehende Zusatzversicherung der Ehefrau fingiert, da dieser (erhöhte) Krankenversicherungsbeitrag die ehelichen Lebensverhältnisse geprägt hat.

3. Aus dem sich so ergebenden Familieneinkommen wurde nach dem Halbteilungsgrundsatz der Elementarunterhaltsbedarf der Ehefrau errechnet.

4. Sodann wurde der Krankenvorsorgeunterhalt als „gesetzlicher Sonderbedarf“ diesem so errechneten Elementarunterhalt hinzugerechnet.

Nach meiner Kenntnis ist diese Berechnungsweise dogmatisch zwar vertretbar, jedoch neu.

Mitgeteilt und kommentiert von Rechtsanwalt und Fachanwalt für Familienrecht *Lothar Klein*, Saarbrücken

■ *Anmerkung 2:* Die Entscheidung verdient Aufmerksamkeit, weil sie verschiedene gängige Probleme behandelt, die in der Praxis unverändert Zweifel aufwerfen.

1) Einkünfte aus Nebentätigkeit neben vollschichtiger Berufstätigkeit.

Bei einem Sonderschulkonrektor mit Nebeneinnahmen als Sprachlehrer geht das OLG davon aus, daß sie bedarfsprägend sind, wenn die Nebentätigkeit schon während des Zusammenlebens regelmäßig ausgeübt worden ist. Umstände, die gegen die volle Anrechnung sprechen könnten, habe der Bekl nicht dargetan. Ob diese Darlegungslastverteilung richtig ist, begegnet Zweifeln. Grundsätzlich – abgesehen von Fällen gesteigerter Unterhaltspflicht – genügt der Pflichtige seiner Erwerbsobliegenheit mit vollschichtiger Berufsarbeit, der Unterhaltspflichtige muß Nebentätigkeiten weder ausüben noch fortsetzen. Übt er sie dennoch aus, sind die Einkünfte analog § 1577 Abs. 2 BGB in der Regel nur teilweise anzurechnen (BGH FamRZ 1995, 475; *Kalthoener/Büttner/Niepmann*, 7. Aufl., Rn. 743; *Wendl/Haußleiter*, Unterhaltsrecht, 5. Aufl., § 1 Rn. 74). M. E. muß daher der Unterhaltsberechtigte darlegen, daß die Voraussetzungen einer vollen Anrechnung (z. B. wegen hoher Schulden oder weil die Arbeit ein Nebenprodukt des Hauptberufs ist) vorliegen.

2) Nebeneinkünfte aus Studentenarbeit neben einem ordnungsgemäßen Studium.

Sie rechnet das OLG auf den Unterhaltsbedarf teilweise an, soweit sie ein Taschengeld übersteigen, wenn sie aus einer studienbezogenen Tätigkeit stammen. Dieser Auffassung ist grundsätzlich zuzustimmen, umstritten ist aber, ob der über ein großzügiges Taschengeld hinausgehende Erwerb voll angerechnet werden kann. Insoweit kommt es auf den Einzelfall an, aber in Anwendung des § 1577 Abs. 2 BGB sollte vom aus unzumutbarer Arbeit stammenden Einkommen eher nur ein Teilbetrag des Gesamteinkommens angerechnet werden (*Finke*, Unterhaltsrecht, 2000, § 5 Rn. 49; *Kalthoener/Büttner/Niepmann*, a.a.O., Rn. 480 m. w. N.), statt nur ein Taschengeld zu belassen.

3) Krankenvorsorgeunterhalt nach Scheidung einer Beamtenehefrau.

Das OLG weist mit Recht darauf hin, daß die Beihilferechtigung der Ehefrau eines Beamten mit der Rechtskraft der Scheidung endet. Eine nicht selbst erwerbstätige und darüber versicherte geschiedene Ehefrau muß deshalb die bereits bestehende Privatversicherung auf eine Vollversicherung aufstocken (BGH FamRZ 1989, 483). Der Auffassung des OLG, daß bei dieser Sachlage die an die geschiedene Ehefrau zu zahlenden Versicherungsbeiträge in vollem Umfang bei der Berechnung des Bedarfs zu berücksichtigen sind, ist zuzustimmen. Es handelt sich um einen Fall der Fortschreibung der ehelichen Lebensverhältnisse, denn zwar war in der Ehe wegen der damals bestehenden Beihilferechtigung weniger als Krankenversicherungsbeitrag zu zahlen, aber nunmehr steht der gesamte erhöhte Betrag nicht mehr für die Deckung des (sonstigen) Bedarfs zur Verfügung. Es erscheint aber notwendig, dann auch den Gesamtbetrag der Aufwendungen für die Krankenversicherung der Ehefrau vor der Errechnung des Betrages ihres Elementarunterhalts vorweg abzuziehen.

VRiOLG Dr. *Helmut Büttner*, Köln

§ 1685 Abs. 2 BGB

Beweislast der Großeltern im Falle von Streit über ihr Umgangsrecht mit dem Enkelkind

OLG Hamm, Beschl. v. 23. 6. 2000 – 11 UF 26/00 (AG Warendorf)

1. Bei Meinungsverschiedenheiten zwischen den Eltern und den Großeltern über den Umgang des Kindes mit den Großeltern hat das Erziehungsrecht der personensorgeberechtigten Eltern grundsätzlich Vorrang.