

## Wo bleibt die Billigkeit beim Unterhalt?



Dass die Unterhaltsermittlung nicht ausschließlich ein Rechenwerk ist, stellt man spätestens dann fest, wenn nicht nur der Berechtigte und der Verpflichtete, sondern das Gericht bzw. bei Einlegung eines Rechtsmittels sogar mehrere Gerichte bei ein und demselben Sachverhalt zu z.T. höchst unterschiedlichen Er-

gebnissen gelangen. Dies beruht sicher nicht auf den unterschiedlichen rechnerischen Fähigkeiten der Beteiligten, sondern auf der unterschiedlichen Ausfüllung von Wertungsspielräumen bei der Feststellung und Auswertung der für die Berechnung maßgeblichen Tatsachen. In der anwaltlichen und gerichtlichen Praxis ist zu beobachten, dass immer wieder versucht wird, das Unterhaltsrecht praktikabler zu machen, indem die wertenden Elemente und hierbei insbesondere die Billigkeit aus den Erwägungen so weit wie möglich herausgehalten oder allenfalls in pauschaler, d.h. berechenbarer und vorhersehbarer Weise berücksichtigt werden.

Diese Tendenz, die im Hinblick auf den bei Billigkeitserwägungen erforderlichen zusätzlichen Darlegungsaufwand und die im wahrsten Sinne des Wortes Unberechenbarkeit dieses Elementes der Unterhaltsberechnung durchaus verständlich ist, ist bis in die höchstrichterliche Rechtsprechung erkennbar. So akzeptiert der BGH, dessen Rechtsprechung in der Vergangenheit durch eine nahezu vollständige Ablehnung pauschaler Ansätze im Unterhaltsrecht geprägt war, inzwischen in zunehmendem Maße eine solche Vorgehensweise (z.B. bei der pauschalen Kürzung des Selbstbehalts bei gemeinsamer Haushaltsführung mit einem Partner oder bei der Zubilligung eines Betreuungsbonus). Dies mag für den Rechtsanwender, insbesondere in der anwaltlichen Beratung, erfreulich sein, weil pauschale Bemessungen von Einzelpositionen die Unterhalts-

berechnung vereinfachen und in Computerberechnungsprogramme eingestellt werden können. Der dem Unterhaltsrecht immanenten und teilweise auch in einzelnen Bestimmungen ausdrücklich geforderten Billigkeit ist hiermit wenig oder überhaupt nicht gedient, weil ihr Ziel, einen gerechten Ausgleich der Interessen der Beteiligten unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände des konkreten Falles herbeizuführen, auf diese Weise häufig nicht erreicht werden kann.

Darüber hinaus kann die schematisierende Berechnung den Blick für das Billigkeitserfordernis verstellen. Ein eindrucksvolles Beispiel hierfür bietet die Behandlung von Einkünften des Unterhaltsberechtigten aus einer unzumutbaren Erwerbstätigkeit. § 1577 Abs. 2 S. 2 BGB verlangt eine Berücksichtigung solcher Einkünfte, soweit dies unter Berücksichtigung der beiderseitigen wirtschaftlichen Verhältnisse der Billigkeit entspricht. Die überwiegende Praxis hat bei der Bemessung der Billigkeit in aller Regel auf die Hälfte der Einkünfte (nach Abzug eines Erwerbstätigenbonus sowie konkreter Betreuungskosten oder eines pauschalen Betreuungsbonus) abgestellt. Diese langjährige Praxis wurde erst infrage gestellt durch die weitgehende Einschränkung der Anrechnungsmethode auf Grund der Surrogatstheorie, die dazu führte, dass derjenige, der eine unzumutbare Erwerbstätigkeit ausübte, nach der bisherigen Berechnungsweise im Ergebnis nicht besser gestellt wurde als bei zumutbarer Ausübung derselben Tätigkeit. Anstatt diese Problematik durch eine Änderung des Bewertungsmaßstabes für die Höhe des anzurechnenden Einkommens im Rahmen des § 1577 Abs. 2 S. 2 BGB zu lösen, und zwar wie es dem Billigkeitsgedanken entspricht von dem jeweils daraus resultierenden Ergebnis her, ist seit 2001 versucht worden, dieses Problem auf dogmatische Weise durch eine Änderung der Berechnungsmethode zu lösen. Den derzeitigen Endpunkt in dieser Entwicklung stellt die Entscheidung des BGH aus dem vergangenen Jahr dar, in welcher er das nach dem Grundsatz der Billigkeit anzurechnende Einkommen in die Differenzmethode einstellt. An der Entscheidung verwundert nicht nur der Hinweis, dies sei auch bislang schon der – von Literatur und Rechtsprechung offensichtlich missverstandene – Stand der Rechtsprechung des BGH gewesen (dort war noch 2003 kategorisch festgestellt worden, dass Einkünfte aus nicht

zumutbarer Erwerbstätigkeit die ehelichen Lebensverhältnisse nicht prägen, weil die Tätigkeit jederzeit ohne unterhaltsrechtliche Konsequenzen aufgegeben werden kann), sondern vor allem die Einschätzung, dass etwas ein Surrogat der Haushaltsführung und Kinderbetreuung sein soll, was nicht anstelle dieser Tätigkeiten, sondern daneben bzw. zusätzlich erbracht wird und gerade aus diesem Grund überobligationsmäßig ist.

Überzeugender wäre es gewesen, eventuell erneut über die keinesfalls allgemein geteilte Auffassung über die fehlende prägende Wirkung von unter Umständen sogar über einen langen Zeitraum erzielten Einkünften nachzudenken und im Übrigen deutlich zu machen, dass die Lösung dieser Fallgestaltung besser über eine auf den individuellen Fall abgestellte Billigkeitsprüfung erreicht werden kann. Dies kann nicht rechnerisch, sondern nur wertend geschehen, so dass es wenig Sinn macht, in mehreren Schritten zunächst den Erwerbstitelbonus, dann die Betreuungskosten oder den Betreuungsbonus und schließlich einen nach Billigkeit zu belassenden Freibetrag vom Einkommen des unzumutbar Erwerbstitel abziehen. Eine solche Vorgehensweise, die den unzutreffenden Anschein einer weitgehend rechnerischen Lösung erweckt, übersieht, dass Aspekte wie Arbeitsanreiz und Betreuungsaufwand nur im Rahmen der Gesamtabwägung, welcher Betrag im Hinblick auf die mit der Erwerbstätigkeit verbundenen besonderen Anstrengungen und Aufwendungen anrechnungsfrei zu verbleiben hat, angemessen berücksichtigt werden können. Von Bedeutung kann auch sein, mit welchem Einsatz der Pflichtige sein Einkommen erzielt. Vor diesem Hintergrund ist schließlich entscheidend, was dem Pflichtigen für seinen Lebensunterhalt effektiv verbleibt und über welche Mittel hierzu der Berechtigte verfügen kann. Das heißt, die Billigkeitsabwägung muss immer das Gesamtergebnis im Blick haben.

Eine solche Überprüfung des Ergebnisses auf seine Billigkeit hin hat nicht nur in den im Gesetz besonders hervorgehobenen Fällen wie z.B. in § 1579 BGB oder in § 1581 BGB zu erfolgen, wobei hier in der Praxis häufig keine differenzierende Abwägung vorgenommen wird und mehr das Alles-oder-Nichts-Prinzip gilt, sondern im Grunde bei jeder Unterhaltsermittlung. Diese Überprüfung mit dem Ziel der Kontrolle des rechnerisch gefundenen Ergebnisses und einer eventuellen Korrektur wird vom BGH auch als Gesamtschau bezeichnet, in welche sämtliche Umstände einzubeziehen sind, wie z.B. die Höhe des anrechnungsfrei verbleibenden Kindergeldes, welches bei der Bedarfsermittlung und der Leistungsfähigkeit unberücksichtigt geblieben ist. Hiermit kann nicht nur ein ausgewogenes Ergebnis gefördert, sondern auch vermieden werden, dass z.B. die tatsächliche Unterschreitung des Existenzminimums des Unterhaltsschuldners unbemerkt bleibt, was bei Abstellen allein auf das Ergebnis des Rechenwerks geschehen kann, wenn unvermeidbare Aufwendungen nicht einkommensmindernd berücksichtigt wor-

den sind mit dem Hinweis auf die damit betriebene Vermögensbildung.

Bei konsequenter Beachtung dieser Billigkeitskontrolle kann man feststellen, dass nicht selten Korrekturen geboten sind, und zwar auch bei Sachverhalten, die auf den ersten Blick alltäglich und unproblematisch erscheinen. Bei dem verständlichen Bestreben nach schnellen und praktischen Lösungen sollte somit dieser Aspekt nie aus dem Auge verloren werden, zumal es sich hier um einen ganz speziellen und wesentlichen Teil der anwaltlichen und richterlichen Tätigkeit handelt, der neben juristischen Kenntnissen ganz besonders von der beruflichen Erfahrung geprägt ist. Auch wenn in der anwaltlichen Praxis die Darlegungen zur Durchsetzung von Unterhaltsansprüchen ebenso wie die Darlegungen zur Verteidigung hiergegen schon aus taktischen Gründen nicht notwendigerweise eine umfassende Billigkeitswertung verlangen, so ist diese Bewertung bei der internen Prüfung der Erfolgsaussichten sowie der Frage, welche Argumente die gewünschte Beurteilung durch das Gericht fördern können, unerlässlich. In der Praxis herangezogene Erfahrungswerte, die sich in Pauschalen niederschlagen, können hierbei eine Orientierungshilfe bieten, jedoch die Einzelfallbewertung nicht ersetzen. Es bleibt zu hoffen, dass die Billigkeit im Unterhaltsrecht die ihr zustehende Bedeutung erfährt und nicht allmählich durch Praktikabilitätsüberlegungen verdrängt wird.

— Fritz Finke, Richter am OLG Hamm