

Sofern Freizeit verbleibt:  
Geschichte des alten und neuen Griechenlands  
Mitglied einer Jazz-Band (Klarinette und Sopransaxofon)  
Rechtsanwalt Hartmut Kilger  
Konrad-Adenauer-Str. 23  
72072 Tübingen  
Tel.: (0 70 71) 79 17 11, Fax: (0 70 71) 973820  
mobil: 0171 4925009  
E-Mail: HKilger@t-online.de

Die ARGE gratuliert herzlich ihrem langjährigen Mitglied!

## Ehrenzeichen für Rechtsanwältin Dr. Ingrid Groß

Die Vorsitzende der Arbeitsgemeinschaft Familien- und Erbrecht, Frau Kollegin *Dr. Groß*, hat anlässlich des diesjährigen Anwaltstages in Freiburg das Ehrenzeichen verliehen bekommen. In seiner Laudatio hob der DAV-Präsident *Dr. Michael Streck* hervor, dass es *Dr. Groß* in beeindruckender Weise gelungen sei, im Familienrecht Wissenschaft, Praxis und Rechtspolitik zu verbinden.



Seit 1980 wird das Ehrenzeichen der Deutschen Anwaltschaft an verdiente Anwälte verliehen. In dem Beschluss des Vorstands des DAV vom 14.5.1980 heißt es:

„Der Vorstand des DAV hat beschlossen, ein Ehrenzeichen der Deutschen Anwaltschaft zu schaffen, das an Rechtsanwälte verliehen werden soll, die sich im besonderen Maße um die Anwaltschaft verdient gemacht haben.“

In den letzten beiden Jahrzehnten ist dieses Ehrenzeichen an verschiedene verdiente Anwälte, aber auch Bundesrichter und Politiker, wie z.B. *Dr. Hans Jochen Vogel*, *Dr. Schmude* und *RA Engelhard* – alle drei waren seinerzeit Bundesminister der Justiz – gegangen.

1998 ging das Ehrenzeichen an *RAuN Detlef Kleinert*, Rechtspolitiker (FDP), und an *RAuN Horst Eylmann*, Stade, langjähriger Vorsitzender des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages (CDU).

Im Jahre 2002 ging der Preis an *RAuN Dr. Georg Greißinger*, an *RA Horst A. Schmid* und an *RA am BGH Prof. Nirk*.

Mit *RAin Groß* erhält zum ersten Mal eine Anwältin das Ehrenzeichen verliehen.

Die Arbeitsgemeinschaft freut sich mit ihrer Vorsitzenden über diese hohe Auszeichnung.

*Die Redaktion*

## Rechtsprechung

### Zur Obliegenheit des Unterhaltsschuldners zu einer Nebenerwerbstätigkeit

Art. 2 Abs. 1 GG; §§ 1361, 1603 Abs. 2 BGB

**BVerfG**, Beschl. v. 5.3.2003 – 1 BvR 752/02 –

**Wenn einem Unterhaltsschuldner fiktive Nebenverdienste angerechnet werden sollen, ist am Maßstab der Verhältnismäßigkeit zu prüfen, ob die zeitliche und physische Belastung durch die ausgeübte und die zusätzliche Arbeit dem Unterhaltsschuldner unter Berücksichtigung auch der Bestimmungen, die die Rechtsordnung zum Schutz der Arbeitskraft vorgibt, abverlangt werden kann.**

*(Leitsatz der Redaktion)*

*Gründe:* Mit der Verfassungsbeschwerde wendet sich der Beschwerdeführer [Bf] gegen die Höhe von Unterhaltszahlungen, zu denen er verurteilt worden ist. Er macht insbesondere eine unzumutbare Belastung durch die Annahme einer Nebenerwerbsobliegenheit neben einer vollschichtigen Berufstätigkeit geltend.

I. 1. Der 1958 geb. Bf und die Kl des Ausgangsverfahrens sind miteinander verheiratet. Seit September 2000 leben sie getrennt. Aus der Ehe sind zwei 1988 und 1990 geb. Kinder hervorgegangen, die bei der Mutter leben. Der Bf ist hauptberuflich als Elektriker im Untertagebergbau beschäftigt und übte bis Ende 2000 sechs Jahre lang eine Nebenbeschäftigung bei einer Reinigungsfirma aus, mit der er im Durchschnitt monatlich 378,49 DM netto verdiente. Die Nebenbeschäftigung des Bf wurde zum 31.12.2000 wegen rückgängiger Auftragslage beendet.

Während das AG den Bf für die Zeit ab 2001 zu Trennungs- und Kindesunterhaltszahlungen ohne Zurechnung fiktiver Einkünfte aus einer Nebentätigkeit verurteilte, verpflichtete ihn das OLG zu Trennungs- und Kindesunterhaltszahlungen ab 2001 unter Berücksichtigung möglicher Einkünfte aus einem Nebenerwerb. Zwar sei die bisherige vom Bf ausgeübte Nebentätigkeit vom Arbeitgeber zum Jahresende 2000 aus betrieblichen Gründen gekündigt worden. Dem Bf sei jedoch abzüglich seiner Fahrtkosten ein Einkommen in der bisher durch die Nebentätigkeit erzielten Höhe zuzurechnen. Er unterliege angesichts der knappen finanziellen Verhältnisse der erhöhten Unterhaltspflicht nach § 1603 Abs. 2 BGB und habe daher neben dem Haupterwerbseinkommen notfalls auch Einkünfte aus einer Nebenbeschäftigung für den Unterhalt einzusetzen. Dem Bf sei zuzumuten, in dem bisherigen Umfang auch nach der Kündigung weiterhin einer Nebenbeschäftigung nachzugehen. Gesundheitliche Einschränkungen von Gewicht, welche einer solchen Tätigkeit entgegenstehen könnten, seien nicht ersichtlich. Soweit sich der Bf auf eine Degeneration der Wirbelsäule sowie Arthropathien beider Knie berufe, könne dahin gestellt bleiben, ob diese bestrittenen Beschwerden tatsächlich vorlägen. Angesichts des Umstandes, dass sie auch der Hauptbeschäftigung nicht entgegenstünden, komme ihnen für die Nebenbeschäftigung ebenfalls keine Bedeutung zu. Mangels anders lautenden Vortrags sei ferner davon auszugehen, dass der Bf bei rechtzeitigem Bemühen gleich im

zeitlichen Anschluss eine neue Beschäftigung hätte finden können.

2. Mit seiner rechtzeitig eingegangenen Verfassungsbeschwerde rügt der Bf eine Verletzung von Art. 2 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1, Art. 6 und Art. 20 Abs. 3 GG. Die von ihm geforderte Nebentätigkeit sei ihm im Hinblick auf seine geänderte Lebenssituation nach der Trennung, die Belastungen durch seine Haupterwerbstätigkeit und die Arbeitsmarktlage nicht zuzumuten.

3. ...

II. ... 1. Die angegriffene Entscheidung verletzt den Bf in seinem Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG, soweit er hierdurch ab 1.1.2001 zu Unterhaltszahlungen unter Berücksichtigung fiktiver Einkünfte aus einer Nebentätigkeit verpflichtet worden ist.

a) Die Auferlegung von Unterhaltsleistungen schränkt den Verpflichteten in seiner durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützten Handlungsfreiheit ein, die jedoch nur im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung gewährleistet ist, zu der auch das Unterhaltsrecht gehört, soweit dieses mit Art. 6 Abs. 1 GG in Einklang steht (vgl. BVerfGE 57, 361, 378). Dabei darf die Auslegung und Anwendung verfassungsgemäßer unterhaltsrechtlicher Normen nicht zu verfassungswidrigen Ergebnissen führen (vgl. BVerfGE 80, 286, 294). Der ausgerichtete Unterhalt darf den Unterhaltspflichtigen nicht unverhältnismäßig belasten (vgl. BVerfGE 57, 361, 388; 80, 286, 293 unter Hinweis auf BVerfGE 35, 202, 221). Wird die Grenze des Zumutbaren eines Unterhaltsanspruchs überschritten, ist die Beschränkung der Dispositionsfreiheit des Verpflichteten im finanziellen Bereich als Folge der Unterhaltsansprüche des Bedürftigen nicht mehr Bestandteil der verfassungsmäßigen Ordnung und kann vor dem Grundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG nicht bestehen (vgl. BVerfGE 57, 361, 381).

Ausprägung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit im Unterhaltsrecht ist § 1603 Abs. 1 BGB, nach dem nicht unterhaltspflichtig ist, wer bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen außer Stande ist, ohne Gefährdung seines angemessenen Unterhalts den Unterhalt zu gewähren. Eltern, die sich in dieser Lage befinden, sind gemäß § 1603 Abs. 2 BGB ihren minderjährigen unverheirateten Kindern gegenüber verpflichtet, alle verfügbaren Mittel zu ihrem und der Kinder Unterhalt gleichmäßig zu verwenden. Für den Unterhaltsanspruch des geschiedenen Ehegatten bestimmt § 1581 BGB, dass der Verpflichtete, wenn er außer Stande ist, ohne Gefährdung des eigenen angemessenen Unterhalts dem Berechtigten Unterhalt zu gewähren, nur insoweit Unterhalt zu leisten braucht, als es mit Rücksicht auf die Bedürfnisse sowie die Erwerbs- und Vermögensverhältnisse der geschiedenen Ehegatten der Billigkeit entspricht (vgl. BVerfG FamRZ 2001, 1686f.). Für den Unterhaltsanspruch des getrennt lebenden Ehegatten fehlt eine § 1581 BGB entsprechende Vorschrift. Es gelten aber die gleichen Grundsätze wie beim nachehel. Unterhalt mit der Maßgabe, dass die vor der Scheidung noch bestehende größere Verantwortung der Ehegatten füreinander zu berücksichtigen ist (vgl. BGH FamRZ 1986, 556, 557).

Grundvoraussetzung eines jeden Unterhaltsanspruchs ist die Leistungsfähigkeit des Unterhaltsverpflichteten (vgl. *Staudinger/Engler/Kaiser*, BGB, Neubearbeitung 2000, § 1603 Rn 2; *Johannsen/Henrich*, Eherecht, 3. Aufl. 1998, § 1581 Rn 1; *Kalthoener/Büttner/Niepmann*, Die Rechtsprechung zur Höhe des Unterhalts, 7. Aufl. 2000, Rn 573). Das Unterhaltsrecht ermöglicht es insofern den Gerichten, dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Rechnung zu tragen. Die Gerichte haben im Einzelfall zu prüfen, ob der Unterhaltspflichtige in der Lage ist, den beanspruchten Unterhalt zu zahlen oder ob dieser die finanzielle Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen übersteigt. Soweit die Gerichte dabei den Umfang der Erwerbsobliegenheit eines Unterhalts-

pflichtigen zu beurteilen haben, hat auch dies unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zu erfolgen. Eine über die tatsächliche Erwerbstätigkeit hinausgehende Obliegenheit des Unterhaltspflichtigen zur Erzielung von Einkommen, das diesem insoweit bei der Unterhaltsberechnung fiktiv zugerechnet wird, kann nur angenommen werden, wenn und soweit die Aufnahme einer weiteren oder anderen Erwerbstätigkeit dem Unterhaltspflichtigen unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls zumutbar ist und ihn nicht unverhältnismäßig belastet (vgl. BVerfGE 68, 256, 267).

b) Zwar ist es verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, bei einem unterhaltspflichtigen Arbeitnehmer, der über die tarifliche Arbeitszeit hinaus Mehrarbeit leistet oder einer Nebentätigkeit nachgeht und deshalb über reale Mehreinnahmen verfügt, der Unterhaltsbemessung auch diese Einkünfte in der – widerlegbaren – Vermutung zu Grunde zu legen, die tatsächlich ausgeübte zusätzliche Arbeit sei dem Unterhaltspflichtigen auch zumutbar (vgl. BGH FamRZ 1982, 152, 153; 1991, 182, 184). Wenn einem Unterhaltsberechtigten\* aber fiktive Nebenverdienste angerechnet werden sollen, ist am Maßstab der Verhältnismäßigkeit zu prüfen, ob die zeitliche und physische Belastung durch die ausgeübte und die zusätzliche Arbeit dem Unterhaltspflichtigen unter Berücksichtigung auch der Bestimmungen, die die Rechtsordnung zum Schutz der Arbeitskraft vorgibt, abverlangt werden kann.

So ist im Arbeitszeitgesetz das Maß der zeitlichen Belastung der Arbeitskraft angegeben, über das hinaus ein Arbeitnehmer auch zur Sicherung seiner Gesundheit nicht zur Arbeit herangezogen werden soll (s. §§ 3 und 6 ArbZG). Zusätzlich ist zu prüfen, ob und in welchem Umfang es dem betreffenden Unterhaltsverpflichteten unter Abwägung seiner von ihm darzulegenden besonderen Lebens- und Arbeitssituation sowie gesundheitlichen Belastung mit der Bedarfslage des Unterhaltsberechtigten zugemutet werden kann, eine Nebentätigkeit auszuüben. Schließlich ist zu prüfen, ob es Nebentätigkeiten entsprechender Art für den Betroffenen überhaupt auf dem Arbeitsmarkt gibt und der Aufnahme einer solchen Tätigkeit wiederum keine rechtlichen Hindernisse entgegenstünden, wobei auch insoweit die Darlegungs- und Beweislast beim Unterhaltsverpflichteten liegt (vgl. BGH FamRZ 1998, 357, 359; BVerfGE 68, 256, 270).

c) Unter Zugrundelegung dieses Maßstabes hat das OLG bei der angegriffenen Entscheidung das Grundrecht des Bf aus Art. 2 Abs. 1 GG auf Schutz vor einer unverhältnismäßigen Belastung durch Unterhaltsleistungen verkannt. Es hat die Zumutbarkeit einer Nebenbeschäftigung zwar geprüft, ohne jedoch dabei die Belastungsgrenze, die Art. 2 Abs. 1 GG der Unterhaltsverpflichtung setzt, im zu entscheidenden Fall zu berücksichtigen.

Zwar hatte der Bf durch die Ausübung der Nebentätigkeit vor der Trennung ein Indiz für deren Zumutbarkeit gesetzt. Der Verlust dieser Tätigkeit hätte das OLG jedoch veranlassen müssen, die beim Bf vorliegenden und von ihm angeführten besonderen Arbeits- und Lebensumstände in seine Prüfung der Frage einzubeziehen, ob dem Bf eine weitere Erwerbstätigkeit neben seiner schon vollschichtigen Arbeit ab Januar 2001 zumutbar gewesen ist. Dies hat das Gericht verabsäumt. Es hat allein aus der erhöhten Unterhaltspflicht des Bf nach § 1603 Abs. 2 BGB auf die Zumutbarkeit einer Nebenbeschäftigung geschlossen und in den vom Bf vorgetragenen gesundheitlichen Einschränkungen keinen Grund gesehen, der dem entgegenstände. Dabei hat es wesentliche Gesichtspunkte außer Acht gelassen, die im

\* Richtig: Unterhaltspflichtigen.

konkreten Fall bei der Zumutbarkeitsprüfung hätten Berücksichtigung finden müssen.

So ist der Bf nicht nur einer vollschichtigen Tätigkeit nachgegangen. Seinen Hauptberuf hat er im Untertagebau im Schichtdienst ausgeübt. Schon dadurch ist der Bf einer besonderen Belastung ausgesetzt gewesen, die für die Frage der Zumutbarkeit einer darüber hinausgehenden Beschäftigung von Relevanz ist. Hinzu ist der beträchtliche Anfahrtsweg des Bf zu seinem Arbeitsplatz gekommen, den das OLG zwar durch Ansatz entsprechender Fahrtkosten, nicht aber als zusätzlichen zeitlichen Belastungsfaktor für die Leistungsfähigkeit des Bf berücksichtigt hat. Auch bei den vom Bf vorgetragenen gesundheitlichen Beeinträchtigungen wäre zu prüfen gewesen, ob sie zwar der Ausübung seiner vollschichtigen Haupterwerbstätigkeit nicht entgegengestanden haben, aber wegen der besonderen Belastungen, die mit dieser verbunden sind, nicht dazu hätten führen können, dass die Erwartung einer zusätzlichen Nebentätigkeit als unverhältnismäßig anzusehen ist. Schließlich hat das Gericht unberücksichtigt gelassen, dass der Bf nach der Trennung von seiner Ehefrau nunmehr seinen Haushalt hat alleine versorgen müssen, und ihm hat Zeit verbleiben müssen, mit seinen nun von ihm getrennt lebenden Kindern weiterhin Umgang pflegen zu können (vgl. OLG Köln FamRZ 1984, 1108, 1109; OLG Düsseldorf FamRZ 1984, 1092).

All diese Umstände hat das OLG bei seiner Prüfung übergangen und dadurch dem Grundrecht des Bf aus Art. 2 Abs. 1 GG nicht hinreichend Rechnung getragen.

Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass das OLG bei einer umfassenden Abwägung der Umstände des Falles unter Beachtung des Grundrechts des Bf aus Art. 2 Abs. 1 GG zu einem für den Bf günstigeren Ergebnis gekommen wäre und das fiktive Einkommen i.H. von 325 DM ab Januar 2001 nicht berücksichtigt hätte.

2. Von einer weiteren Begründung wird gem. § 93d Abs. 1 S. 3 BVerfGG abgesehen.

...

Diese Entscheidung ist unanfechtbar.

Mitgeteilt von Rechtsanwältin *B. Nübel-Adam*, Herten

*Anm. der Red.:* Zur obergerichtlichen Rechtsprechung zur Frage der Obliegenheit eines Unterhaltsschuldners, neben einer vollschichtigen Erwerbstätigkeit noch eine Nebenbeschäftigung anzunehmen, vgl. die Nachw. z.B. bei *Kalt-hoener/Büttner/Niepmann*, Die Rechtsprechung zur Höhe des Unterhalts, 8. Aufl., Rn 628 mit Fn 233.

Das OLG Oldenburg hat im Ur. v. 23.12.2002 – 12 UF 112/02 – ausgeführt, dass bei gesteigerter Unterhaltspflicht (§ 1603 Abs. 2 S. 1 BGB) eine solche – grundsätzlich in Betracht kommende – Obliegenheit nicht „zum Regelfall zu erheben“ sei. „Vielmehr sind die Interessen der minderjährigen Kinder und die berechtigten Belange des Unterhaltspflichtigen jeweils im konkreten Einzelfall gegeneinander abzuwägen.“ Im Streitfall hat das OLG eine derartige Obliegenheit des Kindesvaters wegen dessen Beanspruchung durch eine vollschichtige Erwerbstätigkeit während der Woche (ca. 12 Stunden Abwesenheit von zu Hause), wegen der Unterstützung der Kinder aus der zweiten Ehe des Vaters beim schulischen Lernen am Wochenende auf Grund der besseren Sprachkenntnisse des Vaters und wegen dessen unfallbedingter körperlichen Beeinträchtigungen verneint und das Ur. des AG Meppen bestätigt, das der – nach der Geburt des vierten Kindes aus der zweiten Ehe erhobenen – Klage des Vaters auf Herabsetzung seiner Unterhaltspflicht gegenüber seinem Sohn aus erster Ehe – auf der Grundlage des vom Vater aus seiner vollschichtigen Erwerbstätigkeit erzielten Einkommens und der übrigen Unterhaltspflichten des Vaters – von 55 % des Regelbetrages auf 38% des Regelbetrages stattgegeben hatte.

## Zum Anwendungsbereich des § 1615I Abs. 2 S. 3 BGB

Art. 6 Abs. 5 GG; § 1615I Abs. 2 S. 3 BGB

**BVerfG**, Beschl. v. 13.2.2003 – 1 BvR 1597/99 –

**Die Anwendung des § 1615I Abs. 2 S. 3 BGB n.F. auf Fälle, in denen das nicht eheliche Kind schon vor dem Inkraft-Treten der Neuregelung am 1.10.1995 sein erstes Lebensjahr vollendet hatte und damit der Unterhaltsanspruch der Mutter nach altem Recht erloschen war, ist mit dem Grundgesetz vereinbar.**

(Leitsatz der Redaktion)

*Anm. der Red.:* Die Entscheidung ist veröffentlicht in FamRZ 2003, 662.

## Zum Ausschluss des sog. biologischen Vaters vom Umgangsrecht und von der Berechtigung, die Vaterschaft eines anderen anzufechten

Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 GG; §§ 1600, 1685 BGB, § 1711 Abs. 2 BGB a.F.

**BVerfG**, Beschl. v. 9.4.2003 – 1 BvR 1493/96 und 1 BvR 1724/01 –

- 1. Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG schützt den leiblichen, aber nicht rechtlichen Vater (so genannter biologischer Vater) in seinem Interesse, die rechtliche Stellung als Vater einzunehmen. Ihm ist verfahrensrechtlich die Möglichkeit zu eröffnen, die rechtliche Vaterposition zu erlangen, wenn dem der Schutz einer familiären Beziehung zwischen dem Kind und seinen rechtlichen Eltern nicht entgegensteht.**
- 2. Auch der biologische Vater bildet mit seinem Kind eine von Art. 6 Abs. 1 GG geschützte Familie, wenn zwischen ihm und dem Kind eine sozial-familiäre Beziehung besteht. Der Grundrechtsschutz umfasst auch das Interesse am Erhalt dieser Beziehung. Es verstößt gegen Art. 6 Abs. 1 GG, den so mit seinem Kind verbundenen biologischen Vater auch dann vom Umgang mit dem Kind auszuschließen, wenn dieser dem Wohl des Kindes dient.**
- 3. Zur Verfassungsmäßigkeit der §§ 1600, 1685 BGB, § 1711 Abs. 2 BGB a.F.**

*Tenor:* I. 1. § 1685 BGB in der Fassung des Gesetzes zur Reform des Kindschaftsrechts (Kindschaftsrechtsreformgesetz – KindRG) vom 16.12.1997 (BGBl I S. 2942) ist mit Art. 6 Abs. 1 GG insoweit nicht vereinbar, als er in den Kreis der Umgangsberechtigten den leiblichen, aber nicht rechtlichen Vater eines Kindes auch dann nicht mit einbezieht, wenn zwischen ihm und dem Kind eine sozial-familiäre Beziehung besteht oder bestanden hat.

2. Dem Gesetzgeber wird aufgegeben, bis zum 30.4.2004 eine verfassungsgemäße Regelung zu treffen. Bis zur gesetzlichen Neuregelung sind gerichtliche Verfahren auszusetzen, soweit die Entscheidung von der Verfassungsmäßigkeit des § 1685 BGB abhängt.

3. Der Beschl. des OLG Köln vom 14.6.1996 – 16 Wx 105/96 –, der Beschl. des LG Köln vom 5.9.1995 – 1 T 657/94 – und der Beschl. des AG Köln vom 25.1.1994 – 52 X 138/93 – verletzen den Beschwerdeführer in seinem Grundrecht aus Art. 6 Abs. 1 GG. Die Beschl. werden aufgehoben. Die Sache wird an das AG Köln zurückverwiesen.

4. Die Bundesrepublik Deutschland hat dem Beschwerdeführer seine notwendigen Auslagen zu erstatten.