

Das OLG hat die völlig „ungewöhnliche Konstellation“ zwar gesehen, aber in Folge der Entfernung zwischen Bad Salzungen und Vacha gemeint, die Öffentlichkeit werde nicht ständig mit der Beziehung konfrontiert. Innerhalb eines ländlich strukturierten Kreises ist die Öffentlichkeit anders zu beurteilen, als innerhalb der Anonymität einer Großstadt.¹

Die Erörterung, ob durch eine Trennung eines Ehepaares Anlass für Tuscheln im Ort besteht, ist völlig unerheblich. Anders ausgedrückt, das OLG hätte auch anders entscheiden können, was wohl der Sachlage mehr entsprochen hätte.

Der Fall ist insofern exemplarisch, weil allerdings offenkundig konkret zu wenig vorgetragen worden ist. Es reicht insofern nicht aus, mit allgemeinen Erwägungen zu argumentieren und z.T. noch mit dem völlig unzutreffenden Begriff der „unzumutbaren Härte“. Werden die kränkenden oder sonst anstößigen Begleitumstände von dem Verpflichteten nicht genau vorgetragen, bietet das, wie im vorliegenden Fall, dem Senat die Möglichkeit, die Verwirkung auszuschließen.²

Klaus Schnitzler, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Familienrecht, Euskirchen

¹ Vgl. AnwK-BGB/Hohloch, § 1579 Rn 72.

² Vgl. BGH FamRZ 1989, 490 und AnwK-BGB/Hohloch, § 1579 Rn 72 sowie Schnitzler, in: Schnitzler, MAH-Familienrecht, § 10 Checkliste Rn 212 ff.

Kein Elternunterhalt bei vollständigem Verbrauch des Familieneinkommens

— §§ 1601, 1603 Abs. 1 BGB

1. Beim pflichtigen Kind liegt kein für den Elternunterhalt einzusetzendes Einkommen vor, wenn es darlegt, dass die Ausgaben der Familie insgesamt so hoch gewesen sind, dass keine Vermögensbildung betrieben worden ist.

2. Eine Rückführung von Krediten ist grundsätzlich nicht als Vermögensbildung i.S.d. Rspr. zu qualifizieren. Eine Ausnahme kommt dann in Betracht, wenn mit den Krediten Vermögensgegenstände angeschafft worden sind, die wirtschaftlich mit fortschreitender Tilgung immer mehr dem Vermögen des Unterhaltspflichtigen oder seines Ehegatten zuwachsen. Bei Geschäftsschulden des Ehemannes ist das ebenso wenig der Fall wie bei Krediten zur Finanzierung von Hausreparaturen oder Studium eines Kindes.

(Leitsätze des Einsenders)

OLG Hamm, Urt. v. 22.11.2004 – 8 UF 411/00 (Verfahrensfortgang zu BGH, Urt. v. 28.1.2004 – XII ZR 218/01)

Gründe: 1. Der Kläger nimmt die Beklagte aus übergegangenem Recht auf Zahlung von Elternunterhalt für die Zeit von August 1995 bis Dezember 1999 in Anspruch.

Die am 7.10.1923 geborene Mutter der Beklagten lebte bis zu ihrem Tod im Seniorenheim. Der Kläger gewährte ihr seit

dem 1.2.1993 Leistungen nach § 68 BSHG, da ihre eigenen Einkünfte nicht ausreichten, um die Pflegekosten abzudecken. Der Kläger erbrachte folgende Leistungen:

1995	21.381,91 DM
1996	37.368,42 DM
1997	16.687,81 DM
1998	16.797,25 DM

Der Betrag für 1998 entsprach auch in etwa dem Leistungsbetrag im Jahr 1999. In diesen Leistungen ist Wohngeld mit höchstens 5.672,16 DM im Jahr enthalten. Mit Schreiben v. 29.1.1993 wurde der Beklagten die Sozialhilfegewährung an ihre Mutter vom Kläger angezeigt. Darüber hinaus wurde sie gebeten, Auskunft über ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse zu erteilen. Außerdem leitete der Kläger die Unterhaltsansprüche der Mutter gegen die Beklagte auf sich über und zeigte ihr dies an. Mit Schreiben v. 20.11.1997 forderte der Kläger die Beklagte auf, für die Zeit von August 1995 bis Dezember 1995 Unterhalt in Höhe von 102 DM pro Monat und ab Januar 1996 in Höhe von 60 DM pro Monat zu zahlen. Mit einem am 3.12.1997 bei dem Kläger eingegangenen Schreiben teilte die Beklagte jedoch mit, dass sie die von ihr verlangten 1.950 DM rückständigen Unterhalts nicht zur Verfügung habe. Sie verdiene lediglich monatlich ca. 500 DM, mit denen sie ihren Ehemann entlaste. Nach weiterem Schriftverkehr teilte der Kläger der Beklagten mit, dass er an der Forderung festhalte. Mit Schreiben v. 19.11.1999 bezifferte der Kläger die Unterhaltsforderung auf monatlich 190 DM ab Februar 1999.

Die Beklagte, die den Familienhaushalt führt, verfügte in der unterhaltsrelevanten Zeit über ein monatliches Einkommen aus einer geringfügigen Beschäftigung, und zwar nach Abzug von Fahrtkosten in Höhe von 500 DM bis zum Jahre 1998 und ab 1999 in Höhe von 550 DM. Der Sohn der Eheleute war bis Januar 1999 unterhaltsbedürftig. Der Ehemann der Beklagten betrieb ein Unternehmen für Garten-, Landschafts- und Baumpflege. Hieraus erzielte er die folgenden Bruttoeinkünfte:

1995	50.075,21 DM
1996	45.252,59 DM
1999	48.475,90 DM

Daneben erzielte er Einkünfte aus einer nicht selbständigen Erwerbstätigkeit in folgender Höhe (jeweils brutto):

1995	35.967,31 DM
1996	35.967,31 DM
2000	38.318,02 DM

Die Beklagte und ihr Ehemann leben in einem ihnen gehörenden, unbelasteten Eigenheim mit einer Wohnfläche von mindestens 120 m². Der Ehemann der Beklagten zahlte in dem streitigen Zeitraum auf ein privates Darlehen monatlich 81,53 DM an Zinsen und Tilgung. Darüber hinaus tilgte er betriebsbedingte Darlehen mit monatlich 1.401,90 DM. Die auf die betriebsbedingten Darlehen entfallenden Zinsen sind in der Gewinn- und Verlustrechnung seines Gewerbebetriebes berücksichtigt.

Mit der Klage hat der Kläger Unterhaltsansprüche für die Zeit von August 1995 bis Dezember 1999 in einer Gesamthöhe von 4.820 DM zuzüglich Zinsen geltend gemacht. Er hat die Auffassung vertreten, die Beklagte sei für 1995 in Höhe von monatlich 102 DM, für die Zeit von Januar 1996 bis Januar 1999 in Höhe von monatlich 60 DM und ab Februar 1999 in Höhe von monatlich 190 DM leistungsfähig. Der Anteil des Einkommens der Beklagten an dem gesamten Einkommen der Familie belaufe sich nämlich lediglich auf 9 %. Entsprechend diesem Anteil habe sie sich an dem Barbedarf der Familie zu beteiligen. Das verbleibende Einkommen könne sie für die Unterhaltsverpflichtung einsetzen.

Demgegenüber hat die Beklagte die Einrede der Verjährung für die Unterhaltsforderung aus dem Jahr 1995 erhoben. Die späteren Ansprüche seien verwirkt, jedenfalls sei die Klage im Hinblick auf ihre Leistungsunfähigkeit abzuweisen. Das Einkommen ihres Ehemannes sei nämlich bei der Unterhaltsberechnung nicht zu berücksichtigen.

Das AG hat die Beklagte antragsgemäß verurteilt. Sie habe ihr Einkommen für die Unterhaltsansprüche der Mutter einzusetzen. Ihr Bedarf werde nämlich von ihrem Ehemann vollständig gedeckt. Verjährung sei nicht eingetreten.

Gegen diese Verurteilung wendet sich die Beklagte mit der Berufung. Dabei hat sie im Wesentlichen ihren erstinstanzlichen Vortrag wiederholt und vertieft.

Insbesondere hat sie darauf verwiesen, dass die Unterhaltsansprüche verjährt – bzw. verwirkt – seien. Sie sei auch nicht leistungsfähig, da ihr Einkommen unter ihrem angemessenen Selbstbehalt liege.

In seiner Entscheidung v. 7.5.2001 (FamRZ 2002, 125) hat der Senat das amtsgerichtliche Urteil teilweise abgeändert und die Beklagte verurteilt, an den Kläger 4.310 DM nebst Zinsen zu zahlen. Die Unterhaltsansprüche des Jahres 1995 seien verjährt; demgegenüber sei die Klage für die Folgejahre begründet. Die Beklagte sei ihrer Mutter nach §§ 1601, 1602 BGB dem Grunde nach unterhaltspflichtig. Weiter sei davon auszugehen, dass ihr ungedeckter Bedarf die geltend gemachten Ansprüche übersteige. Diese seien nach § 91 Abs. 1 S. 1 BSHG auf den Kläger übergegangen. Die Beklagte sei auch zur Zahlung hinreichend leistungsfähig. Das Einkommen der Beklagten liege zwar stets unter ihrem Selbstbehalt. Hierauf könne jedoch nicht allein abgestellt werden. Vielmehr müsse auch das Einkommen des Ehemannes berücksichtigt werden. Denn über dieses Einkommen decke die Beklagte ihren Bedarf teilweise ab. In erster Linie sei davon auszugehen, dass im Fall einer nur geringfügigen Nebentätigkeit des unterhaltspflichtigen Ehegatten und einer vollständigen Sicherung des Unterhalts der Familie durch den vollschichtig tätigen Ehepartner das gesamte Einkommen aus der Nebentätigkeit für Unterhaltszwecke zur Verfügung stehe. Der geringfügig verdienende Ehegatte erfülle nämlich durch die überwiegende Haushaltsführung seine Familienunterhaltspflicht bereits vollständig. Unter Zugrundelegung dieser Rechtsgrundsätze sei die Beklagte leistungsfähig. Denn der Ehemann der Beklagten sei

auf Grund seiner Einkünfte aus der selbständigen und der nicht selbständigen Tätigkeit in der Lage, den Mindestbedarf der Familie abzudecken. Dabei ist der Senat von einem Mindestbedarf in Höhe von 4.000 DM ausgegangen. Dieser Bedarf erhöhe sich noch im Hinblick auf den bis Januar 1999 unterhaltsbedürftigen Sohn um 930 DM. Dieser pauschalierte Gesamtbedarf der Familie sei nicht weiter zu erhöhen. Es handele sich nämlich bereits um einen erhöhten angemessenen Selbstbehalt. Der pauschalierte Gesamtbedarf sei jedoch noch um rd. 485 DM herabzusetzen, da die Familie Aufwendungen durch das mietfreie Wohnen erspare. Es errechne sich deshalb ein Bedarf der Familie in Höhe von zunächst 4.445 DM (4.000 DM + 930 DM – 485 DM) und nach Wegfall der Unterhaltspflicht für den Sohn in Höhe von 3.515 DM. Dieser Bedarf könne vollständig mit dem Erwerbseinkommen des Ehemannes der Beklagten sichergestellt werden. Der Ehemann verfüge nämlich über ein monatsdurchschnittliches Nettoeinkommen in Höhe von 4.778 DM im Jahr 1995, 4.505 DM ab 1996 und 4.891 DM im Jahr 1999. Von diesen Einkünften seien lediglich 82 DM im Hinblick auf ein privates Darlehen abzusetzen. Sein Einkommen sei nicht im Hinblick auf die Tilgungsleistungen für die betrieblich bedingten Kredite zu bereinigen. Denn in den Jahresabschlüssen seien bereits Abschreibungen berücksichtigt. Eine zusätzliche Berücksichtigung der Tilgungsleistungen würde dazu führen, dass der Darlehensbetrag unterhaltsrechtlich doppelt abgezogen würde.

Auch wenn man davon ausginge, dass der Ehepartner den Familienbedarf nicht vollständig abzudecken habe, vielmehr jeder Ehegatte nur den seinem Anteil am Gesamteinkommen der Familie entsprechenden Teil seines Einkommens für den Unterhalt der Familie zur Verfügung zu stellen habe, sei von der vollen Leistungsfähigkeit der Beklagten auszugehen. Bei einem Verdienst von 500 DM entspreche der Anteil ihres Einkommens am Gesamteinkommen der Familie 10,16 %, so dass sie sich nur in der Höhe von 51 DM am Familienbedarf zu beteiligen habe. Ihr freies Einkommen in Höhe von 449 DM könne sie für die Unterhaltsverpflichtung vollständig einsetzen. Ab Februar 1999 habe sich ihr freies Einkommen sogar auf 493 DM erhöht.

Auf die Revision der Beklagten hat der BGH das Urteil des Senats v. 7.5.2001 insoweit aufgehoben, als die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des AG – FamG – Steinfurt v. 6.9.2000 zurückgewiesen worden ist. Es hat die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung auch über die Kosten des Revisionsverfahrens an das OLG zurückverwiesen. In seiner Entscheidung führt der BGH aus, dass das Urteil des Senats nicht in allen Punkten der rechtlichen Nachprüfung standhalte. Allerdings sei der Senat im Ansatz zutreffend davon ausgegangen, dass die Beklagte nicht bereits deshalb leistungsunfähig sei, weil sie nicht über eigene Einkünfte verfüge, die ihren angemessenen Selbstbehalt überstiegen. Der bei Inanspruchnahme auf Elternunterhalt dem Unterhaltspflichtigen zu belassende Selbstbehalt könne nämlich auch durch den von seinem Ehegatten zu leistenden Familienunter-

halt abgedeckt werden. Dabei richte sich die Höhe des von jedem Ehegatten – abgesehen von der Haushaltsführung – zu leistenden Beitrags zum Familienunterhalt nach dem Verhältnis der beiderseitigen unterhaltsrechtlich relevanten Nettoeinkommen. Soweit das Einkommen des unterhaltspflichtigen Ehegatten zur Bestreitung des angemessenen Familienunterhalts nicht benötigt werde, stehe es für den Elternunterhalt zur Verfügung. Unter Zugrundelegung dieser Rspr. bestehe eine Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen dann, wenn er neben der Haushaltsführung Einkünfte aus einer geringfügigen Beschäftigung erziele und dieses Einkommen tatsächlich für eigene Zwecke verwenden könne. Davon sei hier jedoch nicht auszugehen. Die Beklagte habe nämlich in dem am 3.12.1997 bei dem Kläger eingegangenen Schreiben mitgeteilt, dass sie mit dem von ihr erzielten bereinigten Einkommen von 500 DM monatlich ihren Ehemann entlaste. Hieraus sei zu entnehmen, dass sie ihr Einkommen tatsächlich für den Familienunterhalt zur Verfügung stelle. Deshalb könne von einer Leistungsfähigkeit nur dann ausgegangen werden, wenn die Beklagte rechtlich nicht verpflichtet sei, dieses Einkommen ganz oder teilweise für den Familienunterhalt einzusetzen. Dies könne aber nach den gegenwärtigen Feststellungen nicht angenommen werden. Zunächst bestehe kein Missverhältnis der beiderseitigen Leistungen der Eheleute zum Familienunterhalt. Ferner liege auch nicht eine Fallgestaltung vor, in der der Unterhaltspflichtige die ihm zur Verfügung stehenden Geldmittel nicht benötige, weil der von seinem Ehegatten zu leistende Familienunterhalt so auskömmlich sei, dass er bereits daraus angemessen unterhalten werden könne. Deshalb könne sich eine Leistungsfähigkeit der Beklagten nur insoweit ergeben, wie ihr Einkommen zur Bestreitung des vorrangigen, angemessenen Familienunterhalts nicht benötigt werde. Dabei sei zunächst festzustellen, wie der geschuldete Familienunterhalt zu bemessen sei. Dieser könne nicht generell mit dem Mindestselbstbehalt des Unterhaltspflichtigen und seines Ehegatten gleichgesetzt werden. Denn der Ehegatte des Unterhaltspflichtigen stehe außerhalb des Unterhaltsrechtsverhältnisses zwischen dem Ehegatten und dessen Eltern. Was die Ehegatten für ihren Familienunterhalt benötigten, müsse vielmehr nach den im Einzelfall maßgebenden Verhältnissen, insbesondere unter Berücksichtigung der jeweiligen Lebensstellung, des Einkommens, Vermögens und sozialen Rangs bestimmt werden. Dies obliege tatrichterlicher Beurteilung im Einzelfall. Feststellungen hierzu habe das Familiengericht nicht getroffen. Mit Rücksicht auf diese Umstände müsse der für seine eingeschränkte Leistungsfähigkeit darlegungsbelastete Unterhaltspflichtige dann, wenn das Familieneinkommen die ihm und seinem Ehegatten zuzubilligenden Mindestbedarfsätze übersteige, vortragen, wie sich der Familienunterhalt gestalte und ob gegebenenfalls Beträge zur Vermögensbildung verwendet würden. Soweit das Einkommen nämlich nicht für den Familienunterhalt verbraucht, sondern einer Vermögensbildung zugeführt worden sei, könne es für Unterhaltsverpflichtungen hinzugezogen werden.

Nach der Zurückverweisung des Verfahrens an das OLG hat sich die Beklagte im Wesentlichen den Ausführungen des BGH angeschlossen. Im konkreten Fall könne deshalb das von ihr erzielte Einkommen nur so weit für den Unterhalt ihrer Mutter hinzugezogen werden, wie dies nicht für den vorrangigen angemessenen Familienunterhalt benötigt werde. Tatsächlich seien jedoch sowohl ihr Einkommen als auch das ihres Ehemannes vollständig für den angemessenen Familienunterhalt eingesetzt worden. Eine Vermögensbildung habe nicht betrieben werden können. Sie habe gerade die Zusatzverdienste erzielen müssen, um überhaupt ihr Auskommen zu haben. Sie und ihr Ehemann seien nach wie vor hoch verschuldet. In den Jahren 1996 bis 1999 hätten sich die Schulden immer in einer Größenordnung zwischen 210.000 und 290.000 DM bewegt. Es habe nur ein „geringer Notgroschen“ auf einem Postsparkonto gebildet werden können. Dieser sei später auch zur Schuldentilgung eingesetzt worden. Die Kredite seien aus der geschäftlichen Tätigkeit ihres Ehemannes entstanden. Zudem sei das Studium des Sohnes finanziert worden. Weiterhin seien auch Aufwendungen für das Haus getätigt worden. Schließlich seien Krankenbehandlungen zu finanzieren gewesen. Bei dieser Sachlage habe sie über kein Einkommen verfügt, das sie für den Unterhalt ihrer Mutter habe einsetzen können.

Der Kläger bestreitet, dass die Einkünfte der Beklagten und ihres Ehemannes vollständig für den Familienunterhalt in der streitgegenständlichen Zeit verbraucht worden seien. Im Übrigen stellt er die Unterhaltsbedürftigkeit des Sohnes in Abrede. Es sei auch nicht erkennbar, dass die von der Beklagten dargestellte Verschuldung bereits im unterhaltsrelevanten Zeitraum vorgelegen habe. Schließlich bestreitet der Kläger die weiter von der Beklagten dargestellten Ausgaben.

II. Die Berufung der Beklagten ist begründet. Der Kläger kann keine auf ihn nach § 91 BSHG übergegangenen Unterhaltsansprüche der Mutter gegen die beklagte Tochter geltend machen.

1. Eventuell bestehende Unterhaltsansprüche für die Zeit bis Dezember 1995 sind verjährt. Die hierzu in dem Urte. des Senats v. 7.5.2001 getroffene Entscheidung ist rechtskräftig, da der BGH das Urte. nur insoweit aufgehoben hat, als die Berufung der Beklagten zurückgewiesen worden ist. Die Zurückweisung der Berufung betraf aber nur die Zeit ab Januar 1996.

2. Auch für den Zeitraum Januar 1996 bis Dezember 1999 ist die Klage unbegründet, da die Beklagte nicht leistungsfähig ist (§ 1603 BGB).

a) Die Beklagte verfügt selbst über kein Einkommen, das ihren Selbstbehalt übersteigt.

b) Die Beklagte ist auch nicht unter Hinzuziehung des Einkommens ihres Ehemannes als leistungsfähig anzusehen.

Allerdings hat der BGH in seinem Urte. v. 28.1.2004 (FamRZ 2004, 795 mit Anm. *Strohal* = BGH-Report 2004, 879 mit Anm. *Born*) ausgeführt, dass der dem Unterhaltspflichtigen zu belassende Selbstbehalt auch dadurch gewahrt sein kann, dass

er durch den von seinem Ehegatten zu leistenden Familienunterhalt sein Auskommen findet. Die Höhe des von jedem Ehegatten – neben der Haushaltsführung – zu leistenden Beitrags zum Familienunterhalt richte sich grundsätzlich nach dem Verhältnis der beiderseitigen unterhaltsrechtlich relevanten Nettoeinkünfte. Soweit das Einkommen eines Ehegatten zur Bestreitung des angemessenen Familienunterhalts nicht benötigt werde, stehe es ihm selbst zur Verfügung und könne für Unterhaltszwecke eingesetzt werden. Auch unter Berücksichtigung dieser Grundsätze ist die Beklagte jedoch nicht gehalten, ihr Einkommen für die Unterhaltsansprüche ihrer Mutter einzusetzen, da ihr Einkommen hier zur Bestreitung des vorrangigen angemessenen Familienunterhalts benötigt worden ist.

aa) Allerdings hat die Beklagte entgegen der Terminsverfügung nicht dargelegt, wie sich der Familienunterhalt in dem streitbefangenen Zeitraum gestaltet hat. Der Senat ist deshalb daran gehindert, das Einkommen der Eheleute in Relation zum Familienunterhalt zu setzen und auf diese Weise zu ermitteln, ob der Beklagten Einkommen zur Verfügung stand, das sie für die Unterhaltsansprüche ihrer Mutter hätte einsetzen können.

bb) Dies ist jedoch im Ergebnis unschädlich, da die Beklagte dargestellt hat, dass die Ausgaben der Familie insgesamt stets so hoch gewesen sind, dass keine Vermögensbildung betrieben worden ist. Unter Zugrundelegung der Rspr. des BGH führt dies dazu, dass die Beklagte nicht gehalten war, ihr Einkommen ganz oder teilweise für den Unterhalt ihrer Mutter zur Verfügung zu stellen; sie war vielmehr berechtigt, dieses Einkommen vollständig für den Familienunterhalt einzusetzen.

Die Beklagte hat zum Beleg ihrer Behauptung, dass keine Vermögensbildung betrieben worden sei, die Entwicklung der von der Familie geführten Konten wie folgt dargestellt: ...

Anhand dieser Aufstellung spricht vieles dafür, dass im Zeitraum von 1996 bis 1999 die Verbindlichkeiten der Familie angestiegen sind. Dies ließe darauf schließen, dass das gesamte Familieneinkommen für den Familienunterhalt eingesetzt worden ist. Die dargestellten Salden sind von der Beklagten – bis auf die der Konten ... im Jahr 1996 bei der Sparkasse St – belegt. Da ihr für die letztgenannten Konten keine Belege vorgelegen haben, hat die Beklagte auf die Zahlen des Folgejahres zurückgegriffen. Tatsächlich dürften die Debetsalden allerdings über denen des Jahres 1997 gelegen haben, da es sich um Annuitätendarlehen handelt und Tilgungen geleistet worden sein dürften. Selbst wenn man aber unter Berücksichtigung dieses Umstandes davon ausginge, dass in dem Zeitraum von 1996 bis 1999 die Verbindlichkeiten nicht angestiegen sind, sondern abgebaut wurden, ändert dies an dem Ergebnis, dass der Beklagten kein Einkommen zur Verfügung stand, das sie für die Unterhaltsansprüche ihrer Mutter einzusetzen hatte, nichts. Denn eine Rückführung von Krediten ist grundsätzlich nicht als Vermögensbildung i.S.d. Rspr. des BGH zu qualifizieren. Im Gegensatz zur Vermögensbildung verfügt der Unterhaltspflichtige in einem solchen Fall nämlich nicht über freies Einkommen, das er für den Unterhalt einzusetzen hat. Viel-

mehr ist er berechtigt, zunächst den Debetsaldo auszugleichen. Erst nach einer derartigen Rückzahlung der Kredite ist das Einkommen für Unterhaltsverpflichtungen frei. Anders dürfte dies lediglich dann zu beurteilen sein, wenn mit den Krediten Vermögensgegenstände angeschafft worden sind, die wirtschaftlich mit fortschreitender Tilgung immer mehr dem Vermögen des Unterhaltspflichtigen oder seines Ehegatten zuwachsen. Davon ist hier aber nicht auszugehen. Denn die Kredite bezogen sich nicht auf Vermögensgegenstände. Die Beklagte hat angegeben, dass es sich bei den Krediten um Geschäftsschulden ihres Ehemannes aus früheren Jahren handele. Zudem seien Kredite aufgenommen worden, um das Studium des Sohnes und Reparaturen am Haus zu finanzieren. Hiervon ist auszugehen, da sich für eine Unrichtigkeit dieser Angaben keine Anhaltspunkte ergeben.

Nach Auffassung des Senats verbietet es sich auch, das Konto bei der Postbank, das stets Guthabenbeträge aufgewiesen hat, isoliert zu betrachten und die dort vorgehaltenen Geldbeträge als Vermögensbildung i.S.d. Rspr. des BGH anzusehen. Denn die auf diesem Konto angesparten Gelder sind immer wieder auch zur Kredittilgung genutzt worden. Das Konto diene deshalb nicht dem langfristigen Aufbau von Vermögen, sondern nur der besseren Zahlungsabwicklung. Dieser Gestaltung ist unterhaltsrechtlich dadurch Rechnung zu tragen, dass es im Rahmen einer Gesamtschau mit den Salden der anderen Konten zu verrechnen ist.

Der Senat verkennt nicht, dass es die Beklagte unterlassen hat, den Familienbedarf – zumindest beispielhaft – darzustellen und zu belegen. Dies ist jedoch letztlich unschädlich, da es der Beklagten gelungen ist, vorzutragen und auch zu belegen, dass das gesamte Familieneinkommen verbraucht und eben keine Vermögensbildung betrieben worden ist. Damit hat die Beklagte das von ihr erzielte Einkommen für den Familienunterhalt voll einsetzen müssen, so dass kein Spitzenbetrag vorhanden ist, der für die Unterhaltsansprüche ihrer Mutter zur Verfügung stand. Die von der Beklagten gewählte Art und Weise der Darlegung würde nach Auffassung des Senats nur dann nicht ausreichen, wenn anzunehmen wäre, dass mit den Einkünften der Familie Ausgaben bestritten worden sind, die nicht als zum Familienbedarf zugehörig qualifiziert werden könnten. Hierfür gibt es aber keine Anhaltspunkte. Insbesondere deutet nichts darauf hin, dass die Beklagte und ihr Ehemann etwa einen Lebensstil geführt haben könnten, der unter Berücksichtigung der Unterhaltsansprüche der Mutter der Beklagten nicht mehr als angemessen anzusehen wäre.

Nach alledem ist die Beklagte nicht leistungsfähig.

— Anmerkung

Der BGH hat in einer Serie von Entscheidungen einzelne Fragen zum Elternunterhalt geklärt; vgl. zu dieser Rspr. ausführlich *Born*, FamRB 2003, 295 ff., 332 ff.; 2004, 192 ff., 226 ff. sowie *ders.*, MDR 2005, 194 ff. Nach Aufhebung und Zurückverweisung der Entscheidung des OLG Hamm (3. Familiensenat) als Berufungsgericht (NJW-RR 2001, 1663)

durch den BGH (NJW 2004, 769 = FPR 2004, 230 = FamRZ 2004, 443) hat das OLG Hamm (3. Familiensenat) vor kurzem erstmals einen dieser Revisionsfälle abschließend entschieden (Urt. v. 2.11.2004 – 3 UF 263/00 –, NJW 2005, 369 = MDR 2005, 217). Als wesentliches Ergebnis dieser Entscheidung ist festzuhalten, dass dem Gericht allein die Berufung des unterhaltspflichtigen Kindes auf den vollständigen Verbrauch seines Einkommens für den Familienunterhalt nicht gereicht hat; vielmehr wurde eine substantiierte Darlegung dieses behaupteten Verbrauchs gefordert, konkret nähere Angaben zu Art, Umfang und Kosten der vom pflichtigen Kind behaupteten Renovierungsmaßnahmen.

Nunmehr liegt die zweite Entscheidung vor. Nachdem das OLG (8. Familiensenat) das pflichtige Kind verurteilt hatte mit der Begründung, sein Ehemann sei auf Grund seiner Einkünfte in der Lage, den Mindestbedarf der Familie abzudecken (FamRZ 2002, 125), war diese Entscheidung durch Urt. des BGH v. 28.1.2004 (FamRZ 2004, 795 m. Anm. *Strohal* = BGH-Report 2004, 879 m. Anm. *Born*) aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen worden. In Bezug auf den vom pflichtigen Kind vorgetragenen Verbrauch ist der 8. Familiensenat des OLG Hamm erkennbar großzügiger als der 3. Familiensenat; denn ihm hat der im Einzelnen dargelegte Verbrauch des Einkommens beider Eheleute (maßgeblich zur Abdeckung von früheren Geschäftsschulden des Ehemannes) ausgereicht, ohne dass das pflichtige Kind zusätzlich dargelegt hätte, wie sich der Familienunterhalt im streitbefangenen Zeitraum gestaltet hat.

Mitgeteilt und kommentiert von *Dr. Winfried Born*, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Familienrecht, Dortmund

Keine Mutwilligkeit bei Zugewinnausgleichsklage außerhalb des Verbundes

— § 114 ZPO

Die Geltendmachung einer zivilprozessualen Familiensache außerhalb des Scheidungsverbundes ist nicht mutwillig.

OLG Karlsruhe, Beschl. v. 21.4.2004 – 20 WF 43/03 (AG Pforzheim)

Gründe: 1. Die Ehe der Parteien ist geschieden. Die Antragstellerin begehrt Zugewinnausgleich durch Stufenklage (Anträge Nr. 1–3) i.V.m. einer Klage auf einen Teilbetrag von 12.500 EUR nebst Zinsen (Antrag Nr. 4). Die Klage sollte als Folgesache anhängig gemacht werden, ging jedoch erst nach der letzten mündlichen Verhandlung im Scheidungsverfahren ein. Durch Beschl. v. 11.6.2003 hat das AG der Antragstellerin die Prozesskostenhilfe wegen Mutwilligkeit verweigert, weil sie die Klage ohne Grund außerhalb des „kostengünstigeren“ Verbundverfahrens anhängig gemacht habe. Der Beschwerde hat es mit Beschl. v. 7.7.2003 nicht abgeholfen;

zusätzlich hat es darin für den Klageantrag Nr. 2 (Auskunft über den Wert der in der Auskunft gem. Nr. 1 der Klage aufgeführten Vermögensgegenstände und Vorlage der Belege) keine gesetzliche Grundlage gesehen und die Schlüssigkeit des Antrags Nr. 4 vermisst.

2. Die gem. § 127 Abs. 2 S. 2 ZPO statthafte sofortige Beschwerde ist teilweise gerechtfertigt.

a) Die Prozesskostenhilfe kann nicht wegen Mutwilligkeit der beabsichtigten Rechtsverfolgung (§ 114 ZPO) verweigert werden. Die Geltendmachung des Zugewinnausgleichsanspruchs außerhalb des Scheidungsverbunds ist nicht mutwillig.

Die Auffassung des AG entspricht allerdings der herrschenden Rspr. (vgl. die Nachweise bei *Zöller/Philippi*, ZPO, 24. Aufl., § 623 Rn 24a), nicht aber der herrschenden Meinung in der Literatur (*Zöller/Philippi*, a.a.O.; *MüKo/Wax*, ZPO, 2. Aufl., § 114 Rn 144; *Johannsen/Henrich/Thalmann*, Eherecht, 4. Aufl., § 114 Rn 25d; *Handbuch Fachanwalt Familienrecht/Oelkers*, 3. Aufl., Kap. 16 Rn 72; wie die herrschende Rspr. dagegen *Reichold*, in: *Thomas/Putzo*, ZPO, 24. Aufl., § 114 Rn 7; *Musielak/Fischer*, ZPO, 3. Aufl., § 114 Rn 36; differenzierend *Zimmermann*, Prozesskostenhilfe in Familiensachen, 2. Aufl., Rn 198).

Schon die Prüfung anhand des allgemein verwendeten Kriteriums führt nicht zur Bejahung der Mutwilligkeit. Eine vermögende Partei in der Lage des Prozesskostenhilfe Begehrenden stellt nicht üblicherweise die von der herrschenden Rspr. in den Vordergrund der Argumentation gestellten Kostenerwägungen an. *Wax* (a.a.O.) weist zutreffend auf die verbreitete Praxis isolierter Geltendmachung von als Folgesachen geeigneter Familiensachen durch vermögende Parteien hin.

Zudem ist die kostenbewusste vermögende Partei nicht auf die gesamten Kosten des Rechtsstreits, sondern in erster Linie allein auf die sie treffenden bedacht. Ihre Kosten durch eine obsiegende Entscheidung im isolierten Verfahren nach § 91 ZPO dem Gegner zu überbürden, statt sie über § 93a Abs. 1 ZPO mit ihm zu teilen, ist eine schutzwürdige Strategie. Zur Verminderung der gesamten Kosten infolge der Gebührengression bei Geltendmachung im Verbund ist die Partei dagegen nicht aufgerufen. Dieser Gesichtspunkt führt dazu, jedenfalls in zivilprozessualen Streitigkeiten die Mutwilligkeit isolierter Geltendmachung einer Folgesache zu verneinen. Dazu gehört der vorliegende Zugewinnausgleichsstreit. Darüber hinaus erscheint es überhaupt verfehlt, die Mutwilligkeit aus der Kostengression im Verbundverfahren herzuleiten. Ein Verhalten ist nicht schon deshalb mutwillig, weil es nicht alle vorhandenen Rechtsschutzmöglichkeiten ausschöpft. Der Vorwurf der Mutwilligkeit kann nur erhoben werden, wenn es vorwerfbar Kosten verursacht hat. Vom Rechtssuchenden kann aber nicht die Kenntnis des gerichtlichen Gebührenrechts verlangt werden.

Mitgeteilt vom 20. ZS – FamS – des OLG Karlsruhe