

Trennung einerseits und Einreichung des Scheidungsantrages andererseits der problematischste Zeitraum im Zugewinnausgleichsverfahren. Die Manipulationsversuche der Eheleute feiern fröhliche Urständ. Es gilt also, den Stichtag möglichst weit nach vorne zu verlegen. Unterrichtet entgegen der üblichen Praxis der Gegner den anderen ausnahmsweise doch über den Bestand seines Vermögens, hat der Auskunftsberechtigte einen großen Vorteil: Er kann diese Positionen mit den Vermögenswerten vergleichen, die zum Stichtag noch vorhanden sind. Sind plötzlich Vermögenswerte „verschwunden“, kann viel eher die Behauptung aufgestellt und untermauert werden, dass in illoyaler Absicht gem. § 1375 BGB gehandelt wurde (vgl. zum gesamten Problemkreis *Haußleiter/Schulz*, 4. Aufl., Kap. I, Rn 513 ff.).

4. Der BGH prüft relativ fern liegende Anspruchsgrundlagen wie eine Ehegatteninnengesellschaft und ein Auftragsverhältnis. Die nahe liegende Möglichkeit der internen Bruchteilsgemeinschaft erwähnt er mit keinem Wort. Dies erstaunt, hat er erst kürzlich in einem ähnlich gelagerten Fall genau zu diesem Problemkreis Stellung bezogen (vgl. BGH FamRZ 2002, 1696 im Anschluss an BGH FamRZ 1966, 442,443). In dem dortigen Fall war der Ehemann Alleinverdiener. Sein Einkommen wurde auf ein Girokonto der Ehefrau überwiesen. Diese nahm hiervon Vermögensanlagen auf ihren Namen vor, die sich schließlich zu einem Gesamtbetrag von etwa 220.000 EUR summierten. Es konnte nicht davon ausgegangen werden, dass der Ehemann sein ganzes Vermögen der Ehefrau zuwenden wollte. Wenn Eheleute in einer solchen Form sparen, ohne insgesamt einen konkreten Zweck zu verfolgen, dient ihr Verhalten der Vorsorge für den Fall des Alters, der Erkrankung oder ggf. auch nur, um Nachkommen zu bedenken. Letztendlich sollen die Gelder, sei es zu ihrem eigenen Nutzen oder zugunsten ihrer Erben, angelegt werden. Die Situation vorliegend war ähnlich: Das Arbeitseinkommen beider Eheleute ging auf das Konto des Ehemannes. Mit Vollmacht wurde durch die Ehefrau ein erheblicher monatlicher Betrag (1.200 DM) auf ein Sparkonto von *ihr* umgebucht. Es war kaum anzunehmen, dass der Ehemann jeweils monatlich seiner Ehefrau einen derartig hohen Betrag zukommen lassen wollte. Vielmehr lag auch hier eine Bruchteilsgemeinschaft nahe. Die Konsequenzen wären gravierend: Da es sich um ein gesetzliches Schuldverhältnis (im Innenverhältnis) handelt, wäre die Ehefrau auskunftspflichtig gegenüber dem Ehemann. Der Auskunftsanspruch würde sich aus den Regeln der Bruchteilsgemeinschaft i.V.m. § 260 BGB ergeben. Im Rahmen der Ehesache und des Verbundverfahrens war der Auskunftsanspruch allerdings nicht begründet. Zugewinnausgleichsrechtlich führt die interne Bruchteilsgemeinschaft nämlich zu folgendem Ergebnis: Zwar steht im Außenverhältnis das Konto allein auf den Namen der Ehefrau. Auf der Passivseite ist jedoch der interne Ausgleichsanspruch des Ehemannes (im Zweifel zu  $\frac{1}{2}$ ) als Passiva zu berücksichtigen. Auf Seiten des Ehemannes stellt die Forderung Aktiva dar. Die Beträge neutralisieren sich also zugewinn-

ausgleichsrechtlich (so zu Recht BGH FamRZ 2002, 1698). Es wäre daher ein Fehler, diesen Betrag über den Zugewinnausgleich einzufordern. Vielmehr ist er im normalen Verfahren bei der allgemeinen Zivilabteilung geltend zu machen. Auch Ansprüche der Ehegatten gegeneinander können bestehen. Das Zugewinnausgleichsrecht ist keine spezialgesetzliche Regelung (BGH FamRZ 1983, 795, 797).

Der Anspruch aus der Bruchteilsgemeinschaft hat auch ganz erhebliche Vorteile gegenüber dem Zugewinnausgleich: Zum einen kann er sofort geltend gemacht werden; jederzeit darf die Aufteilung der Bruchteilsgemeinschaft verlangt werden (§ 749 BGB). Es muss also nicht auf den Stichtag des vorzeitigen Zugewinnausgleichs oder der Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens gewartet werden.

Die Verzinsungsverpflichtung tritt viel früher ein.

Die Gefahr des § 1378 Abs. 2 BGB besteht nicht. Je länger das Zugewinnausgleichsverfahren läuft, desto höher ist das Risiko, einen Zugewinnausgleich zu verlieren. Dies gilt vor allen Dingen dann, wenn man der herrschenden Ansicht folgt, die meint, § 1378 Abs. 2 BGB gelte selbst in den Fällen, in denen eine illoyale Vermögenshandlung begangen wurde (vgl. z.B. *Haußleiter/Schulz*, 4. Aufl., Kap. I, Rn 332 ff.).

Eine Geltendmachung im Zugewinnausgleichsverfahren weist mithin entscheidende Nachteile gegenüber einer selbstständigen Klage aus einer Bruchteilsgemeinschaft auf (vgl. zum gesamten Komplex *Kogel*, Strategien beim Zugewinnausgleich, Rn 238 ff.). Zudem gilt regelmäßig im Scheidungsverbund die Kostenfolge des § 93a Abs. 1 ZPO. Bei der Klage aus Bruchteilsgemeinschaft richten sich die Kosten nach § 91 ZPO. Es bleibt abzuwarten, ob nach Auskunftserteilung, zu der die Beklagte vorliegend nun verurteilt wurde, der Kläger nicht zweckmäßigerweise den Anspruch in separater Klage vor dem allgemeinen Zivilgericht erneut geltend macht.

*Dr. Walter Kogel*, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Familienrecht, Aachen

### **Umfang der Berücksichtigung einer in die Unterhaltsberechnung einbezogenen arbeitsrechtlichen Abfindung beim Zugewinnausgleich**

— § 1376 BGB

**Soweit eine Arbeitgeberabfindung in die Unterhaltsberechnung einbezogen ist, kann sie nicht zusätzlich im Zugewinnausgleich berücksichtigt werden.**

OLG München, Urt. v. 15.12.2004 – 16 UF 1410/00 (AG Landshut), Verfahrensfortgang zu BGH, Versäumnisurt. v. 21.4.2004 – XII ZR 185/01 – (FamRZ 2004, 1352)

**Tatbestand:** Die Parteien streiten um den Zugewinnausgleichsanspruch der Antragsgegnerin.

Die Parteien haben am 15.7.1977 geheiratet. Der Scheidungsantrag des Antragstellers wurde der Antragsgegnerin am 9.1.1999 zugestellt.

Der am 13.11.1943 geborene Antragsteller trat zum 30.11.1998 in den Vorruhestand. Er traf mit seinem Arbeitgeber, der Fa. BMW, am 22.12.1997 eine Vereinbarung zur Beendigung seines Arbeitsverhältnisses, mit der ihm zum Ausgleich für den Verlust des Arbeitsplatzes eine soziale Abfindung in Höhe von brutto 250.000 DM, 36.000 DM zum 31.12.1998 und 224.000 DM zum 31.1.1999, zu bezahlen war. Seit dem 1.12.1998 bezog der Antragsteller Arbeitslosengeld. Gem. Bewilligungsbescheid des Arbeitsamtes Landshut v. 27.4.1999 betrug die erworbene Anspruchsdauer 971 Tage, also bis einschließlich Juli 2001.

Die Antragsgegnerin war während der Ehe nicht versicherungspflichtig tätig.

Die Parteien hatten sich in der Trennungszeit geeinigt, dass der Antragsteller an die Antragsgegnerin bis zum Rentenbeginn im Jahre 2003 monatlichen Ehegattenunterhalt in Höhe von 1.670 DM bezahlt. Nachdem der Antragsteller Ende 1998 die Unterhaltszahlungen einstellte, weil nach seiner Meinung die Antragsgegnerin mit einem neuen Partner zusammenlebte, erging auf Antrag der Antragsgegnerin im Scheidungsverfahren eine einstweilige Anordnung, nach der der Antragsteller 1.670 DM ab 1.2.1999 monatlich an die Antragsgegnerin an Unterhalt zu zahlen hatte. Die einstweilige Anordnung wurde nach mündlicher Verhandlung mit Beweisaufnahme durch das Gericht mit Beschl. v. 15.6.1999 bestätigt. Eine anderweitige Regelung zum Unterhalt erfolgte bisher nicht. Die Antragsgegnerin hat im Scheidungsverfahren die Folgesache Zugewinn anhängig gemacht mit dem Antrag auf Zahlung von 111.640 DM. Sie hat während der Ehe keinen Zugewinn erzielt.

Beim Antragsteller war bei Zustellung des Scheidungsantrags aus der ersten Rate der Abfindung noch ein Bankguthaben von 25.947 DM vorhanden. Die restliche Rate von netto 171.000 DM nach Abzug der Steuern wurde nach dem Stichtag ausgezahlt. Außerdem verfügte der Antragsteller über eine Lebensversicherung bei der Berlinischen Leben mit wertbestimmender Rückvergütung in Höhe von 14.026 DM.

Das Familiengericht hat die Parteien mit Urte. v. 28.7.2000 geschieden. In Ziff. 3 des Urte. wurde der Antragsteller unter Klageabweisung im Übrigen zur Zahlung eines Zugewinnausgleichs von 14.215 DM verurteilt.

Die Parteien streiten im Berufungsverfahren ausschließlich darum, wie die Arbeitgeberabfindung im Endvermögen des Antragstellers zu berücksichtigen ist.

Auf die Berufung beider Parteien wurde das amtsgerichtliche Urte. durch das Urte. des OLG v. 21.6.2001 dahingehend abgeändert, dass der Antragsgegner unter Klageabweisung im Übrigen verurteilt wurde, an die Antragstellerin einen Zugewinnausgleich in Höhe von 86.100 DM nebst Zinsen zu bezahlen.

Auf die Revision des Antragstellers hat der BGH das Urte. des OLG München v. 21.6.2001 insoweit aufgehoben, als der

Berufung der Antragsgegnerin stattgegeben und die Berufung des Antragstellers wegen eines 7.013 DM übersteigenden Betrages zurückgewiesen wurde.

Im Umfang der Aufhebung wurde die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung – auch über die Kosten des Revisionsverfahrens – an das OLG zurückverwiesen zur Überprüfung, für welche Zeit die Parteien vereinbart haben, dass die Abfindung für den Unterhalt der Antragsgegnerin und den eigenen Unterhalt des Antragstellers heranzuziehen ist.

Auf die Begründungen der Urte. des AG Landshut v. 28.7.2000 und des OLG v. 21.6.2001 sowie des BGH v. 21.4.2000 (XII ZR 185/01) wird verwiesen.

Der Antragsteller zahlte den monatlichen Unterhalt in Höhe von 1.670 DM bis einschließlich Januar 2002 an die Antragsgegnerin. Über eine Zwangsvollstreckung erhielt die Antragsgegnerin einen weiteren Betrag von 16.190 EUR.

Der Antragsgegner hat im April 2001 erneut geheiratet, aus dieser Ehe stammt ein Kind, das am 12.1.2002 geboren wurde. Der Antragsgegner erhält seit März 2003 bis Dezember 2004 Arbeitslosenhilfe in Höhe von monatlich 1.577 EUR. Ab Januar 2005 wird er Rente beziehen.

Der Antragsteller trägt vor, im Zusammenhang mit der Unterhaltsvereinbarung sei keine Unterhaltsberechnung angestellt worden. Die Abfindung habe dazu gedient, nach dem Auslauf des Arbeitslosengeldes – Ende Juli 2001 – den Lebensunterhalt für etwa 60 Monate bis zum Eintritt der Rente im November 2006 sicherzustellen. Außerdem musste aus der Abfindung der Ehegattenunterhalt von monatlich 1.670 DM bis zum Rentenbeginn gezahlt werden. Im Übrigen sei das Geld aus der Abfindung längst verbraucht.

Er beantragt Aufhebung des amtsgerichtlichen Urteils, soweit er zur Zahlung von mehr als 3.586 EUR Zugewinn verurteilt wurde.

Die Antragsgegnerin beantragt, den Antragsteller in Abänderung des Urte. des AG Landshut v. 28.7.2000 in Ziff. 3 zur Zahlung eines Zugewinns in Höhe von 57.081 EUR nebst 8,42 % Zinsen hieraus seit Rechtskraft der Scheidung zu verurteilen.

Sie bringt vor, die Vereinbarung über den Unterhalt sei zwischen den Parteien getroffen worden, der Antragsteller habe schriftlich bestätigt, dass er den Unterhalt schulde bis zum Rentenbeginn im Jahre 2003, weitere Vereinbarungen habe es nicht gegeben.

**Entscheidungsgründe:** Die zulässige Berufung der Antragsgegnerin ist in Höhe eines Zugewinnausgleichsanspruchs von insgesamt 15.978 EUR begründet, die Berufung des Antragstellers ist unbegründet.

Die Antragsgegnerin hat einen bereits rechtskräftigen Anspruch auf Zugewinn in Höhe von 3.586 EUR aus der Lebensversicherung des Antragstellers, die zum Stichtag einen Zeitwert von 14.026 DM (= 7.171 EUR) hatte.

Zum Endvermögen des Antragstellers gehört grundsätzlich auch das auf die erste Rate der Abfindungssumme zurück-

gehende, zum Stichtag bei ihm noch vorhandene Bankguthaben in Höhe von 25.947 DM (= 13.266 EUR) sowie der am Stichtag noch nicht ausbezahlte Restbetrag der Abfindung in Höhe von 171.000 DM (= 87.431 EUR), insgesamt 100.697 EUR, soweit es sich bei der Abfindung um Vermögen und nicht um künftiges unterhaltsrechtliches Einkommen handelt. Entscheidend ist deshalb die Frage, wie Abfindungen aus der Auflösung eines Arbeitsverhältnisses im Zugewinnausgleich zu berücksichtigen sind.

Der BGH hat früher die Auffassung vertreten (BGH FamRZ 1982, 148; 1998, 362), dass die am Stichtag noch vorhandene Abfindung, bzw. hier der gesicherte Anspruch auf die Abfindungszahlung, stets im Endvermögen anzusetzen ist, auch wenn damit künftiger Unterhalt gedeckt werden soll. § 1375 Abs. 1 BGB stelle allein darauf ab, ob ein Vermögen am Stichtag vorhanden ist oder nicht.

An dieser Auffassung hält der BGH nicht mehr fest (BGH FamRZ 2003, 432; 2003, 1544; 2004, 1352) und hat deshalb das Urteil des Senats v. 21.6.2001 aufgehoben und die Sache zur erneuten Entscheidung zurückverwiesen. Ein güterrechtlicher Ausgleich hat nach seiner geänderten Rspr. entsprechend dem Rechtsgedanken des § 1587 Abs. 3 BGB grundsätzlich nicht stattzufinden, wenn und soweit eine Vermögensposition bereits auf andere Weise, sei es unterhaltsrechtlich oder im Wege des Versorgungsausgleichs, zu Gunsten des anderen Ehegatten auszugleichen ist.

Damit sind alle Abfindungen mit Versorgungscharakter dem Zugewinn insoweit entzogen, soweit die in das Endvermögen einzubeziehenden Beträge durch Vereinbarung oder Urteil den künftigen Unterhaltsbedarf decken sollen (*Haußleiter/Schulz*, Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung, 4. Aufl., Kap. 1 Rn 128; *Schwab/Schwab*, Handbuch des Scheidungsrechts, 4. Aufl., VII Rn 37; *FA-FamR/Gerhardt*, 5. Aufl., Kap. 6 Rn 18a ff.). Im Übrigen hat der BGH in seiner Entscheidung im vorliegenden Verfahren darauf hingewiesen, dass auch zu prüfen ist, ob mit der Abfindung der künftige eigene Unterhalt des Unterhaltsschuldners zu decken ist.

Dem ist voll zuzustimmen, da die Sicherung des eigenen Bedarfs der Leistung von Unterhalt an den Bedürftigen grundsätzlich vorgeht. In Höhe des für den eigenen künftigen Unterhalt und für den Unterhalt des Bedürftigen erforderlichen Teils der Abfindung handelt es sich dann um kein Vermögen i.S.d. § 1375 Abs. 2 BGB, sondern um künftiges unterhaltsrechtliches Einkommen.

Die Notwendigkeit der Deckung des eigenen Unterhalts durch Abfindung wird mit den Neuregelungen im SGB II noch bedeutsamer, da nach den dortigen Vorschriften ab 1.1.2005 der Pflichtige bei Wegfall seines Arbeitslosengeldes vor Bezug seiner Rente seinen eigenen Lebensbedarf aus der erhaltenen Abfindung decken muss.

Die Parteien haben 1998 vereinbart, dass der Antragsteller bis zu dem von ihnen auf Grund der damals geltenden gesetzlichen Vorschriften (§ 38 SGB VI a.F.) erwarteten Rentenbeginn als Arbeitsloser mit 60 Jahren, d.h. bis November 2003, an die

Antragsgegnerin monatlich eine Unterhaltsrente in Höhe von 1.670 DM zahlt. Diese Vereinbarung ist erwiesen durch die vorgelegte „Bestätigung“ des Antragstellers vom März 1998. Dies ergibt sich auch aus der einstweiligen Anordnung vom 8.3.1999, bestätigt durch Beschl. des Gerichts v. 15.6.1999. Dabei steht auch eindeutig fest, dass die Abfindung mit in diese Unterhaltsregelung einbezogen wurde, da sonst eine Unterhaltsverpflichtung in dieser Höhe nicht in Betracht gekommen wäre. Eine Vereinbarung zwischen den Parteien, dass mit dem vereinbarten Unterhalt die gesamte Abfindung als abgegolten gelten soll, gibt es hingegen nicht, ebenso wenig eine Vereinbarung der Parteien, dass mit dem Wegfall des § 38 SGB a.F. die Dauer der Unterhaltsleistung für den Unterhalt der Antragsgegnerin und des eigenen Unterhalts für den Antragsteller verlängert werden sollte.

Auf Grund der geänderten Rspr. des BGH ist daher – bezogen auf den Stichtag des Zugewinns – zu berechnen, welche Beträge von der Abfindung für die vereinbarten Unterhaltszahlungen neben den Aufwendungen für den eigenen Unterhalt aus der Abfindung bis November 2003 verbraucht sind. Die Parteien haben übereinstimmend den Bedarf nach den ehelichen Lebensverhältnissen für beide Parteien mit insgesamt 4.400 DM beziffert, wovon dem Antragsteller nach dem Halbteilungsgrundsatz 2.200 DM (= 1.125 EUR) zustehen.

Bei der Berechnung kann dabei nur auf den Stichtag für den Zugewinn abgestellt werden, von diesem Zeitpunkt aus muss eine Prognoseentscheidung für die notwendigen Unterhaltszahlungen und den eigenen Bedarf getroffen werden, da es hier allein um die Frage des Zugewinns geht und dieser nur nach dem Zeitpunkt der Beendigung des Güterstandes bewertet werden kann. Der Antragsteller kann sich daher nicht darauf berufen, dass nachträglich feststeht, dass die Entwicklung ganz andere Formen angenommen hat als am Stichtag vorhersehbar. Der Unsicherheitsfaktor bei einer Prognoseentscheidung muss in Kauf genommen werden, zumal Unterhaltsregelungen immer nicht kalkulierbare Unsicherheiten in sich tragen. Es kann damit insbesondere nicht berücksichtigt werden, dass der Antragsteller nach ersatzloser Streichung des § 38 SGB VI nicht wie erwartet im November 2003 in Rente gehen konnte oder auch nicht, dass er wieder geheiratet hat und ein weiteres unterhaltsberechtigtes Kind hat, sowie zu seinen Gunsten nicht, dass er in der Zeit von März 2003 bis Dezember 2004 Arbeitslosenhilfe bezogen hat.

Unstreitig betrug der Unterhalt der Antragsgegnerin von Februar 1999 an monatlich 1.670 DM. Als eigener Unterhalt stand dem Antragsteller die Hälfte des Bedarfs, d.h. monatlich 2.200 DM zu. Sein Arbeitslosengeld in der Zeit von Februar 1999 bis Juli 2001 betrug im Durchschnitt monatlich 2.533 DM. Es war damit um 333 DM höher als sein fortgeschriebener Bedarf nach den ehelichen Lebensverhältnissen, mit diesem Betrag konnte er einen Teil der Unterhaltszahlungen decken.

Von der Gesamtsumme der Abfindung sind daher folgende Beträge als unterhaltsrechtliches Einkommen abzuziehen:

Abfindung	100.697 EUR
Februar 1999 bis einschl. Juli 2001	- 20.508 EUR
$30 \times (1.670 \text{ DM} - 333 \text{ DM})$	
= 40.110 DM = 20.508 EUR	
August 2001 bis November 2003	- <u>55.404 EUR</u>
$28 \times (1.670 \text{ DM} + 2.200 \text{ DM})$	
= 108.360 DM = 55.404 EUR	
verbleiben	24.785 EUR

Nach Auffassung des Senats sind zu diesem Betrag keine Zinsen aus der Abfindung zuzurechnen.

Ein am Stichtag vorhandenes Vermögen erhöht sich nicht um zukünftige Zinsen. Damit könnte sich allenfalls unterhaltsrechtlich eine Verpflichtung ergeben, den für den Unterhalt benötigten Teil der Abfindung verzinslich anzulegen. Vorliegend ist aber bereits zu bedenken, dass der Antragsteller das Geld nie verzinslich angelegt hat. Der Antragsteller konnte diesen Betrag auch nicht festverzinslich anlegen, da dieser monatlich abschmolz. Es wäre daher immer nur eine kurzfristige Anlage mit Niedrigzinsen in Betracht gekommen. Jede Partei – und jedes Gericht – wäre aber überfordert, eine künftige Zinsberechnung ab Stichtag für einen sich in der Zukunft ständig abschmelzenden Betrag zu errechnen. Die Parteien machen sich bei der Festlegung, welcher Teil der Abfindung für den künftigen Unterhalt beider Eheleute bis zur Verrentung benötigt wird, auch regelmäßig keine Gedanken. Die verzinsliche Anlage würde nur dazu führen, den Teil der Abfindung, der als unterhaltsrechtliches Einkommen dient, zu reduzieren, um damit den dem Vermögen für den Zugewinn dienenden Teil der Abfindung zu erhöhen. Woraus sich eine derartige Verpflichtung ergeben soll, erscheint sehr fraglich. Nach Auffassung des Senats sind die Zinsen aus dem als unterhaltsrechtliches Einkommen zu bewertenden Teil der Abfindung deshalb dem Pflichtigen zu belassen, zumal bei einer Prognoseentscheidung über den künftigen Unterhalt Unwägbarkeiten bestehen und daher dem Pflichtigen unterhaltsrechtlich die Zinsen für einen nicht vorhersehbaren persönlichen Mehrbedarf oder unvorhersehbare abweichende Entwicklungen zu verbleiben haben. Dies zeigt sich gerade am vorliegenden Fall, in dem sich nicht nur der Rentenbeginn des Antragstellers durch Streichung des § 38 SGB VI verzögerte, sondern er auch heiratete und Vater eines Kindes wurde. Es wäre damit nach Auffassung des Senats unangebracht und auch unbillig, Zinsen aus einer möglichen Geldanlage anzusetzen, um den Teil der Abfindung, der dem Zugewinnausgleich unterliegt, zu erhöhen.

Danach betrug das Endvermögen des Antragstellers bei Beendigung des Güterstandes insgesamt 31.956 EUR (24.785 EUR aus der Abfindung, 7.171 EUR aus der Lebensversicherung), der Zugewinnausgleichsanspruch der Antragsgegnerin beträgt 15.978 EUR. Der Zinsanspruch ergibt sich aus §§ 1378 Abs. 3, 286 Abs. 2 Ziff. 1, 288 Abs. 1 BGB.

**Anm. der Red.:** Siehe auch den Aufsatz von *Niepmann*, Aktuelle Probleme des ehelichen Vermögensrechts, FF 2005, 131 (*in diesem Heft*); ferner *Maurer*, FamRZ 2005, 757 ff.

## Grenzen des zumutbaren Arbeitseinsatzes der barunterhaltspflichtigen Mutter

— §§ 1601 ff. BGB

**1. Die Ausübung einer Nebentätigkeit einer barunterhaltspflichtigen Mutter neben einer vollschichtigen Beschäftigung ist auch bei Unterhaltspflicht gegenüber minderjährigen Kindern der Ausnahmefall.**

**2. Eine generelle Herabsetzung des Selbstbehalts im Hinblick auf das Zusammenleben mit einem neuen Partner ist nicht geboten.**

(*Leitsätze der Redaktion*)

OLG Hamm, Beschl. v. 4.1.2005 – 2 WF 604/04

**Gründe:** Die gem. § 127 Abs. 2 ZPO statthafte sowie frist- und formgerecht eingelegte sofortige Beschwerde ist begründet.

Nach dem derzeitigen Sachstand kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Rechtsverteidigung der Beklagten gegenüber dem Unterhaltsanspruch der Klägerin von vornherein ohne hinreichende Erfolgsaussicht ist. Die vom Familiengericht im Rahmen der Erwerbsobliegenheit bzw. der Zurechnung eines fiktiven Einkommens wegen Verletzung dieser Obliegenheit angestellten Erwägungen übersteigen die auch bei Bestehen einer Unterhaltspflicht gegenüber einem minderjährigen Kind zu stellenden Anforderungen an die Beklagte. Die Einkommensfiktion hat sich in erster Linie zu orientieren an den bisher erzielten Einkünften. Hierzu fehlen jegliche Feststellungen.

Bei den von der Beklagten bislang ausgeübten Tätigkeiten kann jedoch nicht davon ausgegangen werden, dass sie mit einer vollschichtigen Beschäftigung mehr als 750 EUR monatlich verdienen könnte. Daran würde auch eine überregionale Bewerbung der Beklagten nichts ändern, wobei eine Verpflichtung hierzu im Hinblick darauf, dass sie mit ihrem Ehemann in D wohnt, zweifelhaft erscheint. Eine generelle Verpflichtung zu einer Nebentätigkeit lehnt der Senat ab, da die Möglichkeit hierzu erst unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles geprüft werden kann. In den vielen vom Senat geprüften Fällen hat sich gezeigt, dass die Hauptbeschäftigung einschließlich Arbeitspausen und Fahrtzeiten bereits rd. 10 Stunden werktäglich in Anspruch nimmt. Wenn überhaupt, ist dann eine Nebentätigkeit allenfalls in geringem Umfang zumutbar und nicht jeweils bis mtl. 400 EUR oder sogar noch darüber hinaus. Die Darlegungen zu den wirtschaftlichen Verhältnissen der Parteien in einer Vielzahl von Verfahren vor dem Senat zeigen, dass die Ausübung einer Nebentätigkeit neben einer vollschichtigen Beschäftigung der Ausnahmefall ist, und zwar auch vor der Trennung und Scheidung und auch bei Unterhaltspflichtigen gegenüber minderjährigen Kindern.

Schließlich hält der Senat auch eine generelle Herabsetzung des Selbstbehalts im Hinblick auf das Zusammenleben des Unterhaltspflichtigen mit einem Partner nicht für geboten.