

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.

Der BGH (FamRZ 2004, 24) hat zwar in einem von ihm entschiedenen Fall die pauschale Herabsetzung des notwendigen Selbstbehalts um rd. 22 % nicht beanstandet. Er hat sich jedoch hierbei nicht mit seiner ständigen Rspr. auseinandergesetzt, nach der eine Herabsetzung des Selbstbehalts im Hinblick auf das Zusammenleben immer konkrete Feststellungen erfordert, dass solche Ersparnisse vorliegen, wobei bei entsprechender Feststellung eine Schätzung gem. § 287 ZPO hinsichtlich der Höhe erfolgen kann (BGH FamRZ 1995, 343, 1991, 182). Der Senat hält weiterhin konkrete Feststellungen für erforderlich. Eine pauschale Kürzung des Selbstbehalts in Höhe von bis zu 27% ist unangemessen, zumal sie nicht berücksichtigt, dass der Vorteil beiden zusammenlebenden Partnern in gleicher Weise, d.h. zur Hälfte zukommt und nicht ausschließlich zur Steigerung der Leistungsfähigkeit des unterhaltspflichtigen Partners herangezogen werden kann (so konsequent OLG Hamm – 11. FS – OLGR, 2004, 26, welches mit 13,5 % nur den halben des mit insgesamt 27 % angenommenen Vorteil berücksichtigt). Diesen Gedanken hat der Gesetzgeber in den für das Arbeitslosengeld II ab 1.1.2005 geltenden § 20 Abs. 3 SGB II aufgenommen, indem die Regelleistung bei Bestehen einer Bedarfsgemeinschaft von zwei erwachsenen Personen im Hinblick auf die Ersparnisse aus dem Zusammenleben um 10% für jede Person gekürzt wird.

Angaben aus der Erklärung des Unterhaltspflichtigen zu seinen persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen im Zusammenhang mit einem Prozesskostenhilfeantrag (§ 117 Abs. 2 ZPO) können nicht zur Bezifferung einer eventuellen Ersparnis aus dem Zusammenleben herangezogen werden. Vielmehr ist der betreffenden Partei gegebenenfalls aufzugeben, hierzu ergänzend vorzutragen (Mietkosten, Einkommen des Partners). Der Senat sieht insoweit von einer weiteren Aufklärung im Prozesskostenhilfeverfahren ab, da die Rechtsverteidigung der Beklagten auf Grund der geringen Höhe des ihr zuzurechnenden Einkommens auch bei einer Herabsetzung des Selbstbehalts weitgehend Erfolg versprechend ist. Es ist nicht Aufgabe des summarischen Prozesskostenhilfeprüfungsverfahrens, den Umfang der Erfolgsaussicht exakt zu bestimmen, wenn erkennbar ist, dass die Erfolgsaussicht nicht völlig unbedeutend ist.

### — Anmerkung

Der vorliegende Beschluss betrifft die zunehmend häufiger anzutreffende Fallgestaltung, dass eine Mutter nach der Trennung von der Familie ihren minderjährigen Kindern gegenüber zum Barunterhalt verpflichtet ist, ein Anspruch aber an ihrer mangelnden Leistungsfähigkeit zu scheitern droht. Das aus einer regulären Vollzeitarbeit erzielbare Einkommen ist – real oder fiktiv – in den meisten dieser Fälle zu gering. Immerhin bedarf es eines Stundenlohns von etwa 7 EUR um bei monatlich 172 Arbeitsstunden brutto 1.200 EUR zu erreichen. Das sich daraus ergebende Nettoeinkommen genügt gerade zur Deckung des eigenen notwendigen Unterhalts.<sup>1</sup>

Bei solchen Einkommensverhältnissen stellt sich dann die Frage, ob der notwendige Bedarf der minderjährigen Kinder ganz oder teilweise dadurch aufgebracht werden kann, dass der barunterhaltspflichtige Elternteil zusätzlich eine Nebentätigkeit aufnimmt.<sup>2</sup> Geht der Unterhaltspflichtige bereits einer Vollzeittätigkeit nach, fokussiert sich die Problematik auf die Grenzen des zumutbaren Arbeitseinsatzes. Die hierzu in Rspr. und Literatur vertretenen Ansichten liegen weit auseinander und reichen von der üblicherweise erwarteten Aufnahme von Zusatzarbeiten<sup>3</sup> über eine stärker differenzierende Betrachtung<sup>4</sup> bis hin zur grundsätzlichen Ablehnung.<sup>5</sup>

Der 2. Familiensenat des OLG Hamm hat in dem vorliegenden Beschluss die generelle Zurechnung eines fiktiven Nebenverdienstes verneint und damit der Rechtsverteidigung Aussicht auf Erfolg beigemessen. Damit folgt er einer bereits seit längerem vom Senat vertretenen Auffassung<sup>6</sup> und einem sich abzeichnenden Wandel in der Rechtsprechung. Entsprechend der vom OLG Hamm vertretenen Ansicht wird die Verpflichtung zur Mehrarbeit selbst bei gesteigerter Unterhaltspflicht zunehmend als Ausnahme behandelt.<sup>7</sup> In die gleiche Richtung weist auch die Rspr. des BVerfG. Dieses hat zwar die Zumutbarkeit von Mehrarbeit nicht grundsätzlich verneint, bei der Zurechnung fiktiver Einkünfte aber nachdrücklich die Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit angemahnt.<sup>8</sup> Von ausschlaggebender Bedeutung ist die persönliche Belastungsgrenze. Dabei sind Alter, Gesundheitszustand, Belastungen am Arbeitsplatz, Wegezeiten, aber auch der für die Versorgung des eigenen Haushalts und die Ausübung des Umgangsrechts notwendige Aufwand zu beachten.<sup>9</sup> Zudem enthält das Arbeitszeitrecht eine allgemeine Grenze. Die werktägliche Arbeitszeit darf üblicherweise 8 Stunden täglich nicht überschreiten (§ 3 ArbZG), woraus sich als Höchstgrenze 48 Wochenarbeitsstunden bzw.

<sup>1</sup> Vgl. zur Pfändungsgrenze des § 850d ZPO BGH (IXa Senat) FamRZ 2003, 1466; FamRZ 2004, 620; zur Berechnung und den Auswirkungen des SGB II auf die Leistungsfähigkeit *Schürmann*, FamRZ 2005, 148.

<sup>2</sup> Neben einer sozialversicherungspflichtigen Tätigkeit können im Monat bis zu 400 EUR hinzuverdient werden (§ 5 Abs. 2 SGB VI, § 8 SGB IV).

<sup>3</sup> OLG Hamm FamRZ 2003, 177; FamRZ 2000, 1178; FamRZ 2001, 565; FamRZ 1997, 1223; OLG Naumburg FamRZ 2003, 1022; OLG Dresden FamRZ 2003, 1206; OLG Hamburg, FamRZ 1990, 784; OLG Koblenz FamRZ 2002, 1215; OLG Schleswig FamRZ 1999, 1524; AnwKomm-BGB/*Saathoff*, § 1603 Rn 19; *Weinreich/Klein*, § 1603 Rn 68; *Schwab/Borth*, Handbuch des Scheidungsrechts, 5. Aufl., Kap. V Rn 122.

<sup>4</sup> OLG Oldenburg FamRZ 2003, 1207; OLG Nürnberg FamRZ 2002, 1426; OLG Stuttgart FamRZ 1995, 1487; *Graba*, FamRZ 2001, 1257; *Christl*, FamRZ 2003, 1235; *jurisPK-BGB/Viefhues*, 2. Aufl., § 1603 Rn 44; *Finke*, Unterhaltsrecht, 2. Aufl., § 6 Rn 59; *Kalthoener/Büttner/Niepmann*, Die Rspr. zur Höhe des Unterhalts, 9. Aufl., Rn 747.

<sup>5</sup> OLG Hamburg FamRZ 2003, 1205; KG FamRZ 2003, 1208; OLG Celle FamRZ 2002, 694; AG Warendorf FamRZ 2000, 608; OLG Naumburg FamRZ 1997, 311; Empfehlungen 12. Familiengerichtstag, FamRZ 1998, 473.

<sup>6</sup> OLGR Hamm, 2004, 335.

<sup>7</sup> KG FamRZ 2003, 1208; OLG Celle FamRZ 2002, 694; OLG Düsseldorf FamRZ 2004, 1514; OLG Hamm FamRZ 2004, 1514.

<sup>8</sup> BVerfG FamRZ 2003, 661.

<sup>9</sup> BVerfG a.a.O.; *Christl*, FamRZ 2003, 1235.

etwa 200 Arbeitsstunden im Monat ergeben. Selbst wenn diese Zeiten in Einzelfällen erheblich überschritten werden können, so stellen sie doch eine Höchstgrenze für den im Regelfall zumutbaren Arbeitseinsatz dar.<sup>10</sup> Das Arbeitszeitrecht hat nicht nur Bedeutung für den Schutz des einzelnen Arbeitnehmers, sondern es ist zugleich Ausdruck einer sozialpolitischen Konvention über das Verhältnis von Erwerbsarbeit zu frei verfügbarer Zeit. Dieser Wertmaßstab verschiebt sich nicht deshalb, weil Unterhalt an außerhalb des eigenen Familienverbandes stehende Personen zu leisten ist.

Die aktuelle gesellschaftliche Entwicklung engt den unterhaltsrechtlichen Entscheidungsspielraum ein. Im Vordergrund steht dabei die anhaltend schwierige Lage auf dem Arbeitsmarkt. Es fällt nicht nur zunehmend schwerer, nach dem Verlust des Arbeitsplatzes eine neue Arbeit zu finden. Eine Neuanstellung erfolgt vielfach auch zu spürbar ungünstigeren Bedingungen – das heißt, das verfügbare Einkommen sinkt. Einkommensminderungen von 10 bis 20% sind keine Seltenheit. Gleichzeitig wird die in den letzten Jahren auf bis zu 35 Wochenstunden reduzierte Arbeitszeit wieder auf 40 und mehr Stunden ausgeweitet. Dies engt den in der Vergangenheit vorhandenen zeitlichen Spielraum für eine Ausübung von Nebentätigkeiten ein. Anfallende Überstunden werden vermehrt durch Freizeit in Zeiten geringeren Arbeitsanfalls ausgeglichen. Eine besondere Rolle spielen in diesem Zusammenhang Zeitwertpapiere, die durch die Umwandlung des Guthabens auf einem Arbeitszeitkonto in ein verzinsliches Geldguthaben einen insolvenzfesten Lohnausgleich über lange Zeiträume ermöglichen. Es handelt sich um ein Element zur flexiblen Gestaltung der Lebensarbeitszeit, das zwar eine Sparleistung darstellt, nach seinem Ziel einer Verringerung von Lebensarbeitsleistung der Altersvorsorge jedoch näher steht, als einer allgemeinen Vermögensbildung.<sup>11</sup>

Auf diese Entwicklungen eines Arbeitsmarktes, der schon seit langem keine Vollbeschäftigung mehr gewährleistet, hat der Gesetzgeber mit einer Reihe von gesetzlichen Maßnahmen reagiert. Von diesen bringt das unter „Hartz IV“ bekannte Gesetz zur Grundsicherung für Arbeitsuchende (SGB II)<sup>12</sup> nicht nur im Sozialrecht, sondern auch für das Unterhaltsrecht einschneidende Veränderungen. Der Titel ist allerdings irreführend. Das Gesetz betrifft nicht nur Arbeitssuchende, sondern gilt für alle Erwerbsfähigen im Alter zwischen 15 und 65 Jahren. Sozialleistungen nach diesem Gesetz kann auch beanspruchen, wer zwar Arbeit hat, dessen Einkommen aber zu gering ist, um den gesetzlich vorgegebenen Bedarf zu decken. Damit gibt es seit dem 1.1.2005 ein allgemeines sozialrechtliches Referenzsystem für alle Erwerbstätigen. Dieses definiert nicht nur den Leistungsumfang, sondern auch die Anforderungen an Erwerbsbemühungen und die Zumutbarkeit von Arbeit. Der in diesem Gesetz zum Ausdruck kommende Systemwandel kann nicht ohne Auswirkungen für die Beurteilung der unterhaltsrechtlich zumutbaren Arbeitsverpflichtung bleiben.

Einerseits stellt der Staat hohe Anforderungen an die Zumutbarkeit von Arbeit. Im Grundsatz ist einem Erwerbsfähigen jede Arbeit zumutbar. Die Einschränkungen sind alle als Ausnahmen definiert. Sie können sich aus in der Person des Hilfebedürftigen liegenden Gründen ergeben, wenn etwa körperliche oder geistige Voraussetzungen fehlen, die angebotene Arbeit die Ausübung des bisher ausgeübten Berufs wesentlich erschwert,<sup>13</sup> oder Kinder bis zur Vollendung des dritten Lebensjahres zu betreuen sind<sup>14</sup> bzw. nahe Angehörige gepflegt werden. Ebenso große Bedeutung haben die in § 10 Abs. 2 SGB II angeführten Gründe, welche für sich genommen eine Arbeit *nicht* unzumutbar machen. Dazu gehören die Ausübung berufsfremder Tätigkeiten, und zwar unabhängig von der Ausbildung, große Entfernungen zwischen Wohn- und Beschäftigungsort<sup>15</sup> sowie ungünstigere Arbeitsbedingungen. Die untertarifliche Entlohnung als besonderer Grund, der die Aufnahme einer Arbeit unzumutbar machen könnte, ist im Vermittlungsverfahren wieder gestrichen worden,<sup>16</sup> so dass eine nur geringe Entlohnung nicht genügt, um eine angebotene Arbeit abzulehnen – als Kompensation greifen ggf. die ergänzenden Leistungen nach dem SGB II ein. Für einen Unterhaltspflichtigen gelten keine anderen Zumutbarkeitskriterien.<sup>17</sup>

Andererseits erhöht das Gesetz die Anforderungen nicht weiter, wenn tatsächlich im üblichen Umfang gearbeitet wird. Sofern der Verdienst zu gering ist, um den eigenen Bedarf und den der übrigen Mitglieder der Bedarfsgemeinschaft zu decken, kennt das Sozialrecht keine noch weiter gesteigerte Erwerbsverpflichtung. Maßstab für die Bedürftigkeit bleibt grundsätzlich das tatsächlich verfügbare Einkommen. Der dann noch ungedeckte Bedarf wird durch das Arbeitslosengeld II bzw. Sozialgeld gedeckt. Leben im Haushalt des Hilfebedürftigen minderjährige Kinder und würde allein deren Bedarf zur Sozialhilfebedürftigkeit führen, wird seit dem 1.1.2005 ein auf bis zu drei Jahre befristeter Kinderzuschlag

<sup>10</sup> BVerfG FamRZ 2003, 661, 662; *Kalthoener/Büttner/Niepmann*, 8. Aufl., Rn 731; vgl. auch OLB Bamberg OLG 2005, 240; von der nach einem allgemeinen Maßstab zu beurteilenden Verpflichtung zur Erwerbstätigkeit zu trennen ist die Frage, ob eine in einem größeren Umfang tatsächlich ausgeübte Tätigkeit gleichwohl zumutbar sein kann und ob ein hierdurch erzielter Mehrverdienst für den Unterhalt einzusetzen ist oder vorrangig zur Befriedigung persönlicher Bedürfnisse des Unterhaltspflichtigen verwendet werden darf.

<sup>11</sup> AnwaltKomm-BGB/*Schürmann*, vor §§ 1577, 1578 Rn 185; a.A.. OLG Oldenburg NJW 2004, 1051.

<sup>12</sup> BGBl I 2003, 2954.

<sup>13</sup> Z.B. drohender Verlust der Fingerfertigkeit eines Feinmechanikers bei groben Handarbeiten.

<sup>14</sup> Die Zumutbarkeit ist nach allen Umständen des Einzelfalls ohne Bindung an starre Altersgrenzen zu beurteilen (*Brühl*, in: LPK-SGB II, § 10 Rn 22), ein Gesichtspunkt, der angesichts der Annäherung der Rspr. zu §§ 1615 I und 1570 BGB auch auf das Unterhaltsrecht ausstrahlt (vgl. AnwaltKomm-BGB/*Schürmann*, § 1577 Rn 60 f.).

<sup>15</sup> Pendelzeiten von bis zu 2 1/2 Stunden gelten bei Vollzeitarbeit nicht als unverhältnismäßig und können bei regionalen Besonderheiten auch noch überschritten werden; zur Zumutbarkeit im Einzelnen siehe § 121 SGB III.

<sup>16</sup> *Brühl*, in: LPK-SGB II, § 10 Rn 2.

<sup>17</sup> So zu Recht *Büttner/Niepmann*, NJW 2004, 2284, 2289.

(§ 6a BKGG) gezahlt. Es handelt sich dabei erklärtermaßen um keine Sozialhilfe, sondern eine – nicht subsidiär ausgestaltete – Leistung der Familienförderung. Diese genügt bei einem einkommensabhängigen Höchstbetrag von 140 EUR, um zusammen mit dem Kindergeld das sozialrechtliche Existenzminimum abzudecken.

In diesen sozialrechtlichen Zusammenhang fügt sich der Beschluss des OLG Hamm nahtlos ein. Die Zurechnung eines fiktiven Einkommens setzt voraus, dass der Unterhaltsschuldner seiner Erwerbsverpflichtung nicht genügt und es ihm die Grundsätze von Treu und Glauben verwehren, sich auf seine fehlende Leistungsfähigkeit zu berufen.<sup>18</sup> Dabei ist die mit einem schuldhaft herbeigeführten Verlust des Arbeitsplatzes verbundene Minderung des Einkommens anders zu beurteilen, als ein nur theoretisch erzielbarer Mehrverdienst aus einer zwar möglichen, tatsächlich aber nie ausgeübten Nebentätigkeit. Das Arbeitszeit- und Sozialrecht sind Ausdruck der von der Allgemeinheit an eine eigenverantwortliche Tätigkeit gestellten Anforderungen. Jemandem, der diesen Erwartungen genügt und einer vollschichtigen Erwerbsarbeit nachgeht, kann schwerlich angelastet werden, seine Unterhaltspflichten zu verletzen, wenn er seine bereits in der Vergangenheit ausgeübte Tätigkeit im gleichen Umfang unverändert fortsetzt. Dass mit der Trennung der Bedarf steigt und zugleich der Nettoertrag von Arbeit sinkt, ist eine allgemeine, von allen Betroffenen zu tragende Folge. Daraus lässt sich dann aber auch im Mangelfall keine einseitige Verpflichtung zur Ausweitung einer bislang ausreichenden Arbeit ableiten. Die Zurechnung eines fiktiven Zuverdienstes muss daher auf den Ausnahmefall beschränkt bleiben. Denn ein fiktiv zugerechnetes Einkommen führt regelmäßig zu einem die tatsächliche Leistungsfähigkeit übersteigenden Unterhalt. Aus einem solchen Titel kann nicht vollstreckt werden, so dass die Unterhaltsberechtigten ebenso regelmäßig Arbeitslosengeld II, Sozialgeld oder andere Sozialleistungen in Anspruch nehmen. In diesen Fällen akzeptiert auch das Gesetz die gegebenen Verhältnisse, indem es die Überleitung (§ 33 Abs. 1 S. 2 SGB II) bzw. den gesetzlichen Forderungsübergang (§ 94 Abs. 3 Nr. 1 SGB XII) von Unterhaltsansprüchen ausschließt, soweit der Unterhaltspflichtige durch die Erfüllung der Unterhaltsansprüche selbst leistungsberechtigt würde. Für die Beurteilung ist dabei stets nur das tatsächlich vorhandene und nicht ein fiktiv zugerechnetes Einkommen maßgeblich.<sup>19</sup> Wenn aber das Sozialrecht unter diese Voraussetzungen darauf verzichtet, der sonst bestehenden Subsidiarität von Leistungen Geltung zu verschaffen, kann das Unterhaltsrecht an die Zumutbarkeit von Arbeit keine höheren Anforderungen stellen, als sie sich aus den Wechselwirkungen der übrigen Normen ergeben.

Die Entscheidung verdient nicht nur in diesem Punkt Zustimmung, sondern auch beim Umgang mit der Frage, unter welchen Voraussetzungen von einem verminderten Selbstbehalt ausgegangen werden kann. Der beim Unterhalt minderjähriger Kinder maßgebliche notwendige Selbstbehalt

wird durch den Betrag bestimmt, der einem Unterhaltsschuldner von seinem Einkommen nach Abzug konkreter Verpflichtungen (notwendige Werbungskosten, Verbindlichkeiten) zur Deckung seines Wohnbedarfs sowie des für seine Lebensführung notwendigen Barbedarfs verbleiben muss. Der in den Leitlinien ausgewiesene Betrag ist auf den Fall eines alleinstehenden Unterhaltsschuldners zugeschnitten. Er muss angepasst werden, wenn dieser in Haushaltsgemeinschaft mit einem Dritten lebt – dies deshalb weil die Miete für eine größere Wohnung geringer ist, als für zwei einzelne Wohnungen und viele Kosten eines Haushalts (Ausstattung und Gebrauch von Haushaltsgeräten, Telefon-, Fernsehanschluss usw.) nur einmal anfallen. Die Höhe dieser Ersparnis lässt sich nicht genau erfassen und unterliegt daher notwendigerweise der Schätzung. Als Schätzungsgrundlage hilft wiederum das vom OLG Hamm zu Recht herangezogene Sozialrecht.

Die sich aus der gemeinsamen Haushaltsführung ergebende Ersparnis kann nicht nur einem der Mitglieder der Bedarfsgemeinschaft zugerechnet werden. Die Vorteile begünstigen jeden von ihnen. Dem trägt § 20 Abs. 3 SGB II dadurch Rechnung, dass als Bedarf eines in Haushaltsgemeinschaft lebenden Erwachsenen nur 90% des Regelbetrages angesetzt werden. Diese Größenordnung verschiebt sich bei Einbeziehung der Wohnkosten nur noch geringfügig. Denn der sozialrechtliche Bedarf eines Ehepaares kann mit etwa 1.035 EUR, der eines Alleinstehenden mit etwa 665 EUR angesetzt werden.<sup>20</sup> Die Gesamtersparnis beläuft sich also auf rund 22,5%, von denen auf jeden zwischen 11% und 12% entfallen. Da der prozentuale Anteil der Fixkosten eines Haushalts mit steigendem Einkommen abnimmt, dürften bei einem Ehepaar oder einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft 12% die Obergrenze für ersparte Aufwendungen bei gemeinsamer Haushaltsführung bilden.

Unausgesprochene Voraussetzung für eine Kürzung des Selbstbehalts ist aber stets eine etwa vergleichbare Leistungsfähigkeit des anderen Lebenspartners. In den Fällen, in denen dieser über kein eigenes Einkommen oder nur geringe Beträge verfügt, entsteht für seinen Partner keine Ersparnis sondern vielmehr ein erhöhter Aufwand.

*Heinrich Schürmann*, Richter am OLG Oldenburg

<sup>18</sup> BGH FamRZ 2002, 813; *Wend/Dose*, Das Unterhaltsrecht in der familiengerichtlichen Praxis, 6. Aufl., § 1 Rn 487, 489.

<sup>19</sup> Dass ein auf fiktivem Einkommen beruhender Unterhaltsanspruch dem Anspruchshergang nach § 7 UVG nicht entgegensteht, berührt die sozialrechtliche Beurteilung der Leistungsfähigkeit nicht.

<sup>20</sup> Bei einer Berechnung mit Durchschnittswerten.