

Klaus-Jürgen Grün

Fiktives Einkommen und reale Beschäftigungschance im Unterhaltsrecht

Anmerkung zu der Entscheidung des Bundesgerichtshofs v. 22.01.2014 – XII ZB 185/12

Der mit Unterhaltssachen befasste Praktiker wird ständig damit konfrontiert, dass die tatsächlichen Einkünfte eines Unterhaltspflichtigen nicht ausreichen, um den Unterhaltsbedarf gleichrangiger Berechtigter (voll) zu decken. Wenn die Dürftigkeit der tatsächlichen Einkünfte darauf beruht, dass der Pflichtige seiner Erwerbsobliegenheit nicht oder nicht ausreichend nachkommt, stellt sich stets die Frage, welche fiktiven Einkünfte diesem zuzurechnen sind. Dies hängt u.a. von der realen Beschäftigungschance des Pflichtigen ab. Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs v. 22.01.2014¹ vermittelt den Eindruck, als sei die Höhe des zurechenbaren Einkommens im Zweifel nach den Grundsätzen der Darlegungs- und Beweislast einfach zu lösen. Dem steht aber die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts entgegen.

INHALT

- Der Ausgangsfall
- Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs
- Erwerbsobliegenheit
- Einkommensfiktion wegen Obliegenheitsverletzung
- Darlegungs- und Beweislast
- Erfahrungssatz, Indizienbeweis und eigene Sachkunde des Gerichts
- Fiktive Nebentätigkeit
- Fazit

seiner Kinder auf Zahlung von Kindesunterhalt in Anspruch genommen. Das Familiengericht verpflichtete den Antragsgegner zur Zahlung des Mindestunterhalts abzüglich des hälftigen Kindergeldes, mithin zur Zahlung von 272,- € für dieses eine Kind. Auf die Beschwerde des Antragsgegners hat das Oberlandesgericht die Entscheidung des Familiengerichts abgeändert und den Antragsgegner für leistungsunfähig erachtet. Dieser könne auch bei Ausübung einer Vollerwerbstätigkeit nicht ein Einkommen in einer Höhe erzielen, das nach Abzug von berufsbedingten Aufwendungen über dem ihm zu belassenden notwendigen Selbstbehalt liege.

■ Der Ausgangsfall

Der Antragsgegner – ein türkischer Staatsangehöriger kurdischer Herkunft mit zwei minderjährigen Kindern, der seit 2001 in Deutschland lebt, über einen türkischen Realschulabschluss, jedoch über keine abgeschlossene Berufsausbildung verfügt – hat eine Erwerbsbiografie, die geprägt ist von ständig wechselnden Aushilfstätigkeiten mit Einkünften, die oft im Geringverdienerbereich lagen. Soweit er in der Vergangenheit Vollerwerbsstellen hatte, ging sein Stundenlohn nie über 7,60 € hinaus. Er wird von einem

■ Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs

Der Bundesgerichtshof hat auf die Rechtsbeschwerde des Antragstellers die Entscheidung des Beschwerdegerichts aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen. Er beanstandet, die Feststellung der fehlenden Beschäftigungschance entbehre der Grundlage und sei verfahrensfehlerhaft. Mit Blick auf die gesteigerte Erwerbsobliegenheit aus § 1603 Abs. 2 BGB seien Herkunft, eingeschränkte Sprachkenntnisse, fehlende Berufsausbildung und die bisherige Tätigkeit kein hinreichendes In-

Der Autor, Klaus-Jürgen Grün, ist Vorsitzender Richter am OLG Frankfurt am Main.

1 ZKJ 2014, 257.

diz dafür, dass es dem Antragsgegner nicht gelingen könne, eine besser bezahlte Stelle zu finden. Der Beweis, dass keine reale Erwerbsmöglichkeit bestehe, sei unter den hier vorliegenden Umständen nur durch den Nachweis zu führen, dass sich der Antragsgegner hinreichend um eine Erwerbstätigkeit bemüht habe. Zudem sei vom Beschwerdegericht nicht hinreichend geprüft worden, ob neben der Zurechnung eines Vollerwerbseinkommens auch die Zurechnung von Einkünften aus einer zumutbaren fiktiven Nebentätigkeit in Betracht komme.

■ Erwerbsobliegenheit

Die Zurechnung fiktiver Einkünfte bei nicht ausreichenden Erwerbsbemühungen ist darin begründet, dass eine unterhaltsrechtliche Obliegenheit des Unterhaltspflichtigen besteht, seine Arbeitskraft entsprechend seiner Vorbildung und seinen Fähigkeiten so gut wie möglich einzusetzen. Deshalb beurteilt sich seine unterhaltsrechtliche Leistungsfähigkeit nicht nur nach seinen tatsächlichen Einkünften und seinem Vermögen, sondern auch nach den bei obliegenheitsgemäßer Erwerbstätigkeit erzielbaren (fiktiven) Einkünften.² Das Maß der Obliegenheit steht nicht allgemein und losgelöst vom jeweiligen Unterhaltstatbestand fest, sondern ist nach dem gesetzlich geregelten Maß der Einstandspflicht zu bestimmen. Diese ist – wie die Regelung des § 1603 Abs. 2 BGB zeigt – am stärksten ausgeprägt beim Unterhaltsanspruch minderjähriger Kinder und der ihnen gleichstehenden privilegierten volljährigen Kinder. Hinsichtlich dieser Kinder muss ein Elternteil alle verfügbaren Mittel – wozu auch der bestmögliche Einsatz seiner Arbeitskraft gehört – einsetzen, um den Unterhalt zu decken. Nur wenn er trotz dieses Einsatzes kein über dem notwendigen Selbstbehalt liegendes Einkommen erzielen kann, ist er außerstande, Unterhalt zu leisten.

■ Einkommensfiktion wegen Obliegenheitsverletzung

Voraussetzung für die Zurechnung fiktiver Einkünfte wegen Verletzung der Erwerbsobliegenheit ist, dass der Pflichtige die ihm zumutbaren Anstrengungen, eine angemessene Erwerbstätigkeit zu finden, nicht oder nicht ausreichend unternommen hat und dass bei genügenden Bemühungen eine reale Beschäftigungschance bestanden hätte.³ Rechtsfolge der Obliegenheitsverletzung ist die Zurechnung eines fiktiven Einkommens, dessen Höhe sich danach richtet, welches Einkommen der Pflichtige bei obliegenheitsgemäßer Ausnutzung seiner Arbeitskraft erzielen könnte. Die Höhe des erzielbaren Einkommens und damit die reale Beschäftigungschance ist eine Frage der Kausalität der Obliegenheitsverletzung, denn diese ist nur dann und nur inso-

weit ursächlich für das Unvermögen, nach den tatsächlichen Einkünften Unterhalt zu zahlen, wenn und soweit bei ordnungsgemäßer Erfüllung der Obliegenheiten ausreichend Mittel zur Deckung des Unterhalts zur Verfügung stünden.⁴ Der Verletzungsakt „Unterlassen hinreichender Erwerbsbemühungen“ und die Kausalität dieses Verletzungsaktes sind zwei kumulativ erforderliche Voraussetzungen für die Zurechnung fiktiver Einkünfte wegen unzureichender Erwerbsbemühungen. Dem trägt der Bundesgerichtshof nicht hinreichend Rechnung, wenn er ausführt, der Nachweis der fehlenden Beschäftigungschance sei nur bei Nachweis hinreichender Erwerbsbemühungen zu führen.⁵ Die Obliegenheitsverletzung bewirkt für sich genommen noch nicht deren Kausalität für die Dürftigkeit des Einkommens und der daraus folgenden fehlenden oder eingeschränkten Leistungsfähigkeit. Deshalb verlangt das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung bei der Zurechnung fiktiver Einkünfte tragfähige Gründe für die Höhe des als erzielbar angenommenen Einkommens.⁶

■ Darlegungs- und Beweislast

Wer sich auf fehlende Leistungsfähigkeit beruft, muss die Umstände, aus denen er die fehlende Leistungsfähigkeit herleitet, darlegen und im Streitfall beweisen.⁷ Im Hinblick auf die in § 1603 Abs. 2 BGB zum Ausdruck kommende gesetzliche Wertung der gesteigerten Unterhaltspflicht stellt der Bundesgerichtshof zu Recht an den Nachweis ausreichender Erwerbsbemühungen hohe Anforderungen. Soweit es jedoch um die Feststellung des erzielbaren Einkommens geht, steht ein Rückzug auf die Beweislast zur fehlenden Leistungsfähigkeit im Widerspruch zu der vorgenannten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.⁸ Danach verstößt es gegen Art. 2 Abs. 1 GG, wenn eine Verpflichtung zur Zahlung von Unterhalt auf fiktive Erwerbseinkünfte gestützt wird und die Entscheidung keine tragfähige Begründung für die Annahme enthält, dass der Pflichtige bei ausreichenden, ihm zumutbaren Bemühungen ein Einkommen in der zur Zahlung des zugesprochenen Unterhalts erforderlichen Höhe erzielen könne. Mit dieser Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts setzt sich der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 22.01.2014 nicht auseinander. Die Auffassung des Bundesgerichtshofs, Umstände wie Vorbildung, Ausbildung, Herkunft, Erwerbsbiografie und Arbeitsmarktlage hätten keine Indizwirkung für das Fehlen einer realen Chance, ein für den Unterhalt ausreichendes Einkommen zu erzielen, verkehrt die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ins Gegenteil. Das Bundesverfassungsgericht verlangt vielmehr ausdrücklich, dass bei der Begründung des erzielbaren Einkommens gerade diese Umstände gewürdigt werden. Der Umstand, dass ausrei-

chende Erwerbsbemühungen nicht dargelegt wurden, macht es deshalb nicht entbehrlich, dass das Gericht sich dazu verhält, welche Einkünfte im konkreten Einzelfall erzielbar wären.

■ Erfahrungssatz, Indizienbeweis und eigene Sachkunde des Gerichts

Der Tatsachenrichter entscheidet unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder nicht wahr zu erachten ist (§ 113 Abs. 1 Satz 2 FamFG i.V.m. § 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Für die Klärung, welches Einkommen bei ordnungsgemäßen Erwerbsbemühungen erzielbar wäre, steht meist kein Zeugenbeweis zur Verfügung. Dies ist allenfalls dann der Fall, wenn der Pflichtige konkrete Beschäftigungsmöglichkeiten hatte und diese ausschlug. In der Regel geht es bei der Frage des erzielbaren Einkommens daher nicht um ein objektiv wahrnehmbares Geschehnis, sondern um eine prognostische Schlussfolgerung anhand von Indiztatsachen.

Dem Bundesgerichtshof ist darin zuzustimmen, dass es keinen allgemeinen Erfahrungssatz gibt, wonach unter den vorliegenden Umständen ein ausreichendes Erwerbseinkommen nicht erzielt werden könne. Die Anwendung allgemeiner Erfahrungssätze ist aber nur eine und keineswegs die einzige Form des Indizienbeweises. Auch wenn kein allgemeiner Erfahrungssatz besteht, kann anhand vom Tatrichter festgestellter Indizien im konkreten Fall auf das Vorliegen einer Tatsache geschlossen werden. Wenn für derartige Schlussfolgerungen besonderes Fachwissen erforderlich ist und dieses dem Richter fehlt, bedient er sich der Hilfe eines Sachverständigen (§§ 402 ff. ZPO), der aus dem feststehenden Tatsachenstoff – hier: die Qualifikationsmerkmale und evtl. Defizite des Erwerbspflichtigen – aus seiner Sachkunde über das für die Beurteilung der Beweisfrage maßgebliche Wissensgebiet dem Richter die von ihm gezogenen Schlussfolgerungen vermittelt. Der Hinzuziehung eines Sachverständigen bedarf es aber dann nicht, wenn der Richter über das betroffene Wissensgebiet hinreichend eigene Sachkunde

2 Vgl. z.B. BGH, FamRZ 2003, 1471; BVerfG, FamRZ 2012, 1283.

3 BGH, ZKJ 2009, 363.

4 Vgl. etwa den grundlegenden Aufsatz Graba, Fiktives Einkommen im Unterhaltsrecht, FamRZ 2001, 1257.

5 BGH, ZKJ 2014, 257.

6 Vgl. z.B. BVerfG, Beschl. v. 15.02.2010 – 1 BvR 2236/09 –, FamRZ 2010, 626; Beschl. v. 11.03.2010 – 1 BvR 3031/08 –, FamRZ 2010, 793; Beschl. v. 18.06.2012 – 1 BvR 2867/11 –, JAmt 2012, 417; Beschl. v. 18.06.2012 – 1 BvR 774/10 –, ZKJ 2012, 396; Beschl. v. 18.06.2012 – 1 BvR 1539/11 –, FamRZ 2012, 1283.

7 Vgl. z.B. Palandt-Brudermüller, 73. Auflage 2014, § 1603 Rdnr. 47.

8 Siehe Fn. 6.

verfügt, um aus dem Tatsachenstoff Schlussfolgerungen ziehen zu können.

Ein Familienrichter gewinnt – wie jeder mit Unterhaltsrecht befasste Praktiker – einen breiten Überblick über das Lohnniveau in den unterschiedlichsten Beschäftigungsbereichen, hat er doch in nahezu jedem Unterhaltsfall eine Fülle von Gehaltsnachweisen auszuwerten. Darüber hinaus sind eine Fülle von Tarifwerken und Sammlungen über die in einzelnen Branchen bestehenden Lohnspannen verfügbar. Jedenfalls für Beschäftigungsregionen, mit denen der Familienrichter ständig befasst ist, wird er in einer Vielzahl der Fälle aus eigener Sachkunde einschätzen können, welches Einkommen in den einzelnen Branchen für jemanden mit den im konkreten Fall vorliegenden Qualifikationsmerkmalen und Defiziten bei voller Ausnutzung der Arbeitskraft erzielbar ist. Ein erfahrener Familienrichter wird meist auch aus eigener Sachkunde einschätzen können, welche Branchen überhaupt für den Erwerbspflichtigen eine Beschäftigungschance bieten. Wenn das Gericht diese Sachkunde darlegt und seine Schlussfolgerungen begründet, steht die Feststellung der Höhe des erzielbaren Einkommens auf einer verfahrensrechtlich nicht zu beanstandenden Grundlage.

Im Ausgangsfall hatte das Beschwerdegericht seine diesbezüglichen Feststellungen nicht in dieser Weise begründet. Es konnte der Eindruck entstehen, als beruhe die Feststellung auf allgemeinen Erfahrungssätzen, was der Bundesgerichtshof zu Recht beanstandet hat. Soweit er jedoch darüber hinaus Umständen wie Herkunft, Schulbildung, Berufsausbildung, Sprachkenntnissen und Arbeitsmarktlage, jede Indizwirkung abspricht, kann dem nicht gefolgt werden. Dies sind selbstverständlich Indizien, die bei der Schlussfolgerung auf die Höhe des erzielbaren Erwerbseinkommens herangezogen werden müssen – und von einem Sachverständigen auch in einem hierzu eingeholten Gutachten herangezogen würden.

■ Fiktive Nebentätigkeit

Die obliegenheitsgemäße Ausnutzung der Arbeitskraft kann es gebieten, neben einer Vollerwerbstätigkeit noch eine Nebentätigkeit auszuüben. Diese Obliegenheit trifft einen Pflichtigen, dem ein fiktives Vollerwerbseinkommen zugerechnet wird, in gleichem Umfang wie einen Pflichtigen, der tatsächlich eine Vollerwerbstätigkeit ausübt. Jedoch unterliegt dies jeweils der Einschränkung, dass eine solche Nebentätigkeit zumutbar sein muss. Es ist im konkreten Einzelfall zu prüfen, ob nach den Arbeits- und Lebensumständen des Pflichtigen diesem neben der zeitlichen und psychischen Belastung durch die tatsächlich ausgeübte Tätigkeit die Aufnahme einer weiteren Erwerbstätigkeit – auch unter Berücksichtigung der

rechtlichen Bestimmungen zum Schutz der Arbeitskraft – abverlangt werden kann.⁹ Wird eine Erwerbstätigkeit ausgeübt, die hohen psychischen Einsatz oder hohe Konzentration – etwa als Maschinenführer – verlangt oder mit hohem zeitlichen Aufwand verbunden ist, spricht dies eher gegen die Zumutbarkeit der Aufnahme einer Nebentätigkeit. Neben der Ausübung einer wenig belastenden Vollerwerbstätigkeit ist hingegen eine Nebentätigkeit zumutbar, wobei aber auch dann bei der Zurechnung von Einkünften aus einer fiktiven Nebentätigkeit vom Gericht begründet werden muss, von welcher Art Nebentätigkeit es ausgeht und welche Einkünfte hieraus erzielbar wären.

Diese Maßstäbe sind auch bei der Zurechnung fiktiver Nebeneinkünfte neben einer fiktiven Vollerwerbstätigkeit zu beachten. Wenn das Gericht neben fiktiven Einkünften aus einer Vollerwerbstätigkeit zusätzlich fiktive Nebeneinkünfte zurechnen will, muss es sich daher dazu verhalten, aus welcher Art von Tätigkeit die fiktiven Haupteinkünfte zugerechnet werden, welcher zeitliche und psychische Aufwand mit der Ausübung einer solchen Tätigkeit verbunden wäre sowie ob und welche Art von Nebentätigkeit daneben noch zumutbar ist. Das Erfordernis einer tragfähigen Begründung für die Höhe der erzielbaren Einkünfte schließt es aus, sich insoweit auf die Grundsätze der Darlegungs- und Beweislast zurückzuziehen.

■ Fazit

Bei der Zurechnung fiktiver Erwerbseinkünfte kann sich das Gericht nicht auf die Feststellung beschränken, der Pflichtige habe das Fehlen einer realen Beschäftigungschance nicht nachzuweisen vermocht. Denn auch wenn der Pflichtige insoweit beweisfällig geblieben ist, muss das Gericht für die Annahme, der Pflichtige könne bei ausreichenden Bemühungen ein für den Unterhalt ausreichendes Einkommen erzielen, tragfähige Feststellungen treffen. Auf die Höhe des erzielbaren Einkommens kann auf der Grundlage von Indiztatsachen – wie etwa Herkunft, die Schulbildung, die Berufsausbildung, die Berufserfahrung, die Sprachkenntnisse des Pflichtigen und das Vorhandensein einer Fahrerlaubnis – geschlossen werden.

⁹ BVerfG, FamRZ 2003, 661; BGH, ZKJ 2011, 298; ZKJ 2009, 363.

ABO-SERVICE FÜR ZEITSCHRIFTEN UND INFODIENSTE

- Sie möchten ein **Abonnement bestellen?**
- Sie möchten Ihre **neue Adresse oder andere Änderungen durchgeben?**
- Sie möchten gerne **ein Probeheft zum Kennenlernen?**

Bitte wenden Sie sich an unser Team und halten Sie Ihre Kundennummer bereit. Sie finden die Nummer oben auf Ihrem Adressticket.

Team Familie · Betreuung · Soziales:



Ulrike Vermeer

Tel.: (02 21) 9 76 68-229

Fax: (02 21) 9 76 68-236

E-Mail:

ulrike.vermeer@bundesanzeiger.de

 **Bundesanzeiger
Verlag**

www.bundesanzeiger-verlag.de