

Was ist Einkommen beim Unterhalt?

Dr. Lambert Krause
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Familienrecht
Waldshut-Tiengen und Wurlingen (Tuttlingen)

Inhaltsverzeichnis

1	Altersbezüge.....	1
2	Altersvorsorge.....	1
3	Auslandsverwendungszuschlag.....	2
4	BAföG-Leistungen.....	2
5	Berufsbedingte Aufwendungen	2
6	Elterngeld.....	2
7	Fiktive Einkünfte.....	3
8	Firmenwagen	6
9	Haushaltsführung.....	6
10	Kindergeld.....	6
11	Nebentätigkeit.....	7
12	Privatentnahmen	7
13	Prostitution	7
14	Schwarzarbeit.....	7
15	Sozialleistungen	8
16	Spesen- und Reisekostenerstattungen	8
17	Steuerzahlungen und Steuererstattungen	8
18	Tilgungsleistungen bei Darlehen	9
19	Unfallversicherung.....	9
20	Überobligatorische Einkünfte	10
21	Überstunden	11
22	Verbindlichkeiten	11
23	Verfahrenskostenhilferaten	12
24	Vermietung und Verpachtung	12

25	Vermögen.....	12
26	Vermögensbildung.....	13
27	Wohnkosten.....	13
28	Wohnvorteil wegen mietfreien Wohnens	13
29	Zuwendungen Dritter	15

Naturgemäß ist von erheblicher Bedeutung bei der Bestimmung jeden Unterhaltes, welche unterhaltsrechtlich relevanten Einkünfte erzielt werden. Die Höhe der Einkünfte des Unterhaltspflichtigen wie des Unterhaltsberechtigten, fiktiv wie tatsächlich, begrenzt und bestimmt ganz wesentlich die Höhe eines etwa zu zahlenden Unterhaltes.

Dazu folgende Ansätze aus der Rechtsprechung (alphabetisch):

1 Altersbezüge

Ist Unterhalt aus Altersbezügen zu zahlen, so hat bei der Bedarfsbestimmung unberücksichtigt zu bleiben eine Kürzung der Bezüge wegen Durchführung des Versorgungsausgleich im Rahmen einer späteren weiteren Scheidung des Unterhaltspflichtigen. Dieser Umstand kann sich nur auf der Ebene der Leistungsfähigkeit auswirken.¹

Erwirbt der unterhaltsberechtigten Ehegatte nachehelich geringere Versorgungsansparungen als er bei Fortbestand der Ehe erworben hätte, so kann er sich darauf als ehebedingten Nachteil nicht berufen, wenn er die Möglichkeit gehabt hätte, Altersvorsorgeunterhalt geltend zu machen.²

2 Altersvorsorge

Als zusätzliche Altersvorsorge können beim Ehegattenunterhalt 4 % des vorjährigen Bruttojahreseinkommens geltend gemacht werden und 5 % beim Elternunterhalt.

Das gilt nur dann nicht, wenn es um den Mindestunterhalt für ein minderjähriges Kind geht; erst wenn dieser gesichert ist, d.h. es um die Frage einer Unterhaltsverpflichtung oberhalb dieser Mindestgrenze geht, kann diese Position geltend gemacht werden.³

Dasselbe gilt für die Beiträge zu einer Zusatzkrankenversicherung.⁴

Dabei kommt es nicht darauf an, dass diese Aufwendungen bereits während der gemeinsamen Zeit getätigt wurden. Es ist auch vom Unterhaltsberechtigten hinzunehmen, wenn die Aufwendungen für die Altersvorsorge erst zu einem späteren Zeitpunkt aufgenommen werden.⁵

Tilgungsleistungen bei Hausschulden sind als Verbindlichkeiten in diesem Sinne anerkannt.

¹) BGH, Beschluss vom 14.05.2014 – XII ZB 301/12, MDR 2014, 781 f.
²) BGH, Beschluss vom 14.05.2014 – XII ZB 301/12, MDR 2014, 781 f.
³) BGH FamRZ 2013, 616.
⁴) BGH FamRZ 2013, 616.
⁵) BGH FamRZ 2009, 1207 ff. (1209).

3 Auslandsverwendungszuschlag

Ein Auslandsverwendungszuschlag des Berufssoldaten ist nach den Umständen des Einzelfalles mit einem Teilbetrag von einem Drittel bis zur Hälfte als Einkommen zu berücksichtigen.⁶ Dabei ist darauf zu achten, dass nur der Zuschlag nur teilweise angesetzt wird. Das Grundeinkommen ist in voller Höhe zu berücksichtigen.

4 BAföG-Leistungen

BAföG-Leistungen sind auch dann, wenn sie darlehensweise erbracht werden, Einkommen, nur dann nicht, wenn es sich um Vorauszahlungen nach § 36 f. BAföG handelt.

Werden BAföG-Leistungen nicht beantragt, etwa, weil sich der Unterhaltsberechtigte nicht zu Beginn seiner beruflichen Laufbahn verschulden möchte, so ist dieses Verhalten nur dann hinzunehmen, wenn der Antrag von vornherein völlig aussichtslos ist. Grundsätzlich besteht dagegen die Pflicht, einen solchen Antrag auf Leistungen zu stellen, auch wenn sie nur darlehensweise gewährt werden. Unterbleibt der Antrag, so ist ein Unterhaltsanspruch zu versagen.⁷

5 Berufsbedingte Aufwendungen

Berufsbedingte Aufwendungen sind als Aufwendungen abzuziehen. Es ist allerdings auch darauf zu achten, ob die Aufwendungen anzuerkennen sind. Das ist bspw. dann nicht der Fall, wenn sie erst entstehen während des Scheidungsverfahrens, weil der Unterhaltspflichtige zu seiner neuen Lebensgefährtin zieht und wegen seiner ohnehin schon geringen Einkünfte nur ein Drittel des gesetzlichen Mindestunterhaltes für sein minderjähriges Kind zahlt.⁸

6 Elterngeld

Elterngeld ist für den Unterhalt grundsätzlich erst einzusetzen, wenn der Betrag einen gewissen Minimalbetrag übersteigt, der derzeit bei 300 € liegt, § 11 BEEG.⁹

⁶) BGH FamRZ 2012, 1201.

⁷) OLG Hamm FamExpress 2014, 14 (Krause).

⁸) KG NJW 2014, 869 f.

⁹) Zum BEEG insgesamt: Borth, FamRZ 2014, 801 ff.

Nicht der Fall ist dies, § 11 Satz 4 BEEG, wenn es um einen Fall gesteigerter Unterhaltspflicht nach § 1603 Abs. 2 Satz 1 BGB geht. Dann ist das Elterngeld in vollem Umfang für den Unterhalt als Einkommen anzusetzen.¹⁰

Wird nicht die Möglichkeit genutzt, das Elterngeld über einen Zeitraum von 12 Monaten nach § 4 BEEG zu beziehen, sondern der Betrag halbiert über 24 Monate in Anspruch genommen nach § 6 BEEG, so ist die damit verbundene Einschränkung der Leistungsfähigkeit vom Unterhaltsberechtigten hinzunehmen.¹¹

Bezieht ein Unterhaltspflichtiger nach der Geburt eines weiteren Kindes erneut Elterngeld, so kann ihm dies mit Blick auf die Verpflichtung zur Zahlung von Kindesunterhaltes für das erste minderjährige Kind nicht vorgeworfen werden, auch dann nicht, wenn er die Bezugsdauer des Elterngeldes verdoppelt.¹²

7 Fiktive Einkünfte

Fiktive Einkünfte werden bei der Unterhaltsberechnung zugrunde gelegt, wenn ein Unterhaltspflichtiger seiner Erwerbsobliegenheit nicht nachkommt.¹³

Grundsätzlich besteht dabei die Obliegenheit des Unterhaltspflichtigen zu einer vollschichtigen Erwerbstätigkeit.¹⁴ Dabei ist auch zu verlangen, dass die vollschichtige Erwerbstätigkeit durch mehrere Teilzeitstellen ausgeübt wird.¹⁵

Eine durchschnittliche vollschichtige Tätigkeit ist gegeben bei einer 40-Stunden-Woche.¹⁶

Geht es um die Verpflichtung, Unterhalt für ein minderjähriges oder ein privilegiert volljähriges Kind zahlen zu müssen, so besteht die gesteigerte Unterhaltspflicht. Das bedeutet, dass auch eine Erwerbstätigkeit aufgenommen werden muss, die mit einer Tätigkeit verbunden ist, die unter dem Ausbildungsniveau des Unterhaltspflichtigen liegt bis hin zu einfachsten Tätigkeiten und gegebenenfalls auch solchen, die einen Ortswechsel bedingen.¹⁷

Der aus dem Ausland stammende Unterhaltspflichtige ohne Berufsausbildung kann wegen der strengen Maßstäbe, die anzulegen sind, nicht ohne weiteres geltend machen, keine Vollerwerksstelle finden zu können, die ihm im Rahmen einer sozialversicherungspflichtigen Tätigkeit ermöglicht, Unterhalt zu zahlen.¹⁸

¹⁰) OLG Brandenburg NJW 2014, 1248 ff. mit kritischer Anmerkung Schürmann.

¹¹) OLG Frankfurt FamRB 2014, 167 f. (Liceni-Kierstein) = FamRZ 2014, 848 ff.

¹²) BGH, Beschluss vom 11.02.2015 – XII ZB 181/14, NJW 2015, 1178 ff. = FamRZ 2015, 738 ff.

¹³) BVerfG FamRZ 2005, 1893; zu der Thematik allgemein: Born NZFam 2014, 252 ff.

¹⁴) Wönne, FF 2013, 476 ff. (476).

¹⁵) Wönne, FF 2013, 476 ff. (476) mwN.

¹⁶) BGH FamRZ 2011, 1041.

¹⁷) Wönne, FF 2013, 476 ff. (477).

¹⁸) BGH NZFam 2014, 273 ff.

Bei der Betrachtung der hypothetischen Kausalität ist zu unterscheiden:

- Es muss das Vorliegen einer Obliegenheitspflichtverletzung festgestellt werden.
- Der Pflichtige muss in seiner Person in der Lage sein, eine bestimmte Tätigkeit auszuüben.
- Auf dem relevanten Arbeitsmarkt muss eine Arbeitsstelle für ihn zur Verfügung stehen.

Insgesamt muss m.a.W. eine realistische Beschäftigungschance bestehen.¹⁹ Auch bei der Frage der Suche nach einer Arbeitsstelle kommt es auf die individuellen Verhältnisse an. Wenn nach den tatsächlichen Gegebenheiten des Arbeitsmarktes sowie den persönlichen Eigenschaften und Fähigkeiten des den Unterhalt geltend machenden Ehegatten für ihn keine reale Beschäftigungschance besteht, so sind mangelnde Bemühungen um eine Arbeitsstelle kein Grund, um den Unterhaltsanspruch zu versagen.²⁰

Grundsätzlich lässt sich der Nachweis, dass keine reale Beschäftigungschance besteht, aber nur führen, wenn entsprechende Bemühungen unternommen wurden, um eine Beschäftigung zu finden und diese erfolglos waren.²¹

Neben einer Vollerwerbstätigkeit muss einer Nebenbeschäftigung grundsätzlich nicht nachgegangen werden, insbesondere dann nicht, wenn Schichtdienst geleistet wird.²²

Hinsichtlich der Bemühungen um einen Arbeitsplatz ist ein Blick auf die bisherige Situation zu werfen. Wer bisher international aufgrund seiner Vorbildung und der real ausgeübten Tätigkeit unterwegs war, von dem kann dies auch weiterhin verlangt werden.²³

Die Aufgabe eines sicheren und unbefristeten Arbeitsverhältnisses, um bei einem anderen Arbeitgeber eine besser bezahlte befristete Arbeitsstelle anzutreten, ist problematisch. Die damit verbundenen Risiken trägt der Arbeitnehmer; er wird also gegebenenfalls fiktiv wie unbefristet beschäftigt behandelt, wenn er die neue Arbeitsstelle verliert.²⁴

Wurde der Unterhalt aufgrund fiktiver Einkünfte festgesetzt, so kann nicht allein wegen des Ablaufs von fünf Jahren seither geltend gemacht werden, nun sei diese Regelung abzuändern. Dazu bedarf es vielmehr erfolgloser intensiver und ernsthafter Erwerb Bemühungen in der Zwischenzeit.²⁵

¹⁹) BGH FamRZ 2013, 1379.

²⁰) BGH FamRZ 2011, 362.

²¹) BGH NJW 2014, 932 = FamRZ 2014, 637 ff. mit Anmerkung Wolf.

²²) BVerfG FamRZ 2008, 1402.

²³) KG FamRZ 2014, 45.

²⁴) OLG Dresden FamRZ 2014, 45.

²⁵) OLG Hamm NJW 2013, 3044.

Zu der zu entfaltenden Initiative, um eine Erwerbstätigkeit zu finden, d.h. zu der Frage, wie Bewerbungen auszusehen haben, ist zu sagen:²⁶

- In jedem Fall muss sich der Erwerbslose bei der Agentur für Arbeit melden und in jedem Fall reicht es nicht, wenn er nur das macht.
- Auf Anzeigen in der Presse und im Internet ist zu reagieren. Gegebenenfalls ist eine eigene Anzeige aufzugeben.
- Vermittlungsagenturen und Zeitarbeitsfirmen sind einzuschalten.
- Hinweisen der Gegenseite ist nachzugehen.
- Sprachkurse o.ä. bzw. sonstige Kurse sind zu besuchen, die die Vermittelbarkeit verbessern.
- Blindbewerbungen sind in geringem Maße vonnöten. Zu viele können den Eindruck erwecken, es lägen keine ernsthaften Bemühungen um den Erhalt einer Arbeitsstelle vor.
- In ihrer Art müssen die Bewerbungen passend sein. Sie sollten nicht auf kariertem Papier erfolgen. Sie sollten nicht so pauschal verfasst sein, dass gleich erkennbar ist, dass sie für eine Vielzahl von Bewerbungen als Serienbrief eingesetzt werden.
- Mit den Bewerbungen ist nicht erst zu beginnen, wenn die Gegenseite sich diesbezüglich äußert. Bei Beendigung eines Arbeitsverhältnisses ist z.B. mit Bewerbungen zu beginnen, sobald die Beendigung des Arbeitsverhältnisses bekannt wird.²⁷
- Von der Anzahl her werden als Faustformel 20 Bewerbungen pro Monat verlangt. Es kommt aber auf die individuelle Situation an.²⁸
- Bezüglich der Darlegungs- und Beweislast gilt, dass grundsätzlich das Gebot der Schriftlichkeit gilt. Es ist schriftlich möglichst alles zu dokumentieren, also mit welcher Bewerbungsmappe und welchem Anschreiben wo die Bewerbung erfolgte und was daraus wurde. Dass es in Zeiten, in denen viele Arbeitgeber nicht schriftlich reagieren, nicht immer einfach ist, dies zu bewerkstelligen, ändert an dem Grundsatz nichts.

Was sich bei ausreichenden Bemühungen um einen Arbeitsplatz unter Beachtung der beruflichen Ausbildung des Betreffenden an Einkünften erzielen lassen könnte, ist anhand der öffentlich zugänglichen Quellen im Internet ermitteln.²⁹

Wird Kindesunterhalt geschuldet, so kann der Unterhaltspflichtige nicht geltend machen, er habe die bisherige Erwerbstätigkeit zugunsten einer deutlich schlechter bezahlten Erwerbstätigkeit aufgegeben, um mehr Kontakt mit seinen Kindern haben und sich besser um sie kümmern zu können. Legt der Unterhaltspflichtige dieses Verhalten

²⁶) Wönne, FF 2013, 476 ff. (481 ff.) mwN.

²⁷) Born, NZFam 2014, 252 ff. (253).

²⁸) BGH FamRZ 2011, 1851.

²⁹) Tarifarchiv der Hans-Böckler-Stiftung, http://www.boeckler.de/wsi-tarifarchiv_4874.htm.

an den Tag, so wird er fiktiv behandelt, als erziele er weiterhin die bisherigen Einkünfte.³⁰

8 Firmenwagen

Kann ein Firmenwagen³¹ auch privat genutzt werden, so sind die gesparten privaten Aufwendungen für einen Pkw wie Einkommen zu behandeln.³² Das geschieht folgendermaßen:

- Die Lohnabrechnung ist zu korrigieren. Sie muss so aussehen als werde kein Firmenwagen geführt.
- Der private Nutzungsanteil ist zu schätzen, der Wert für einen angemessenen Pkw zugrunde zu legen.
- Berufsbedingte Aufwendungen sind nun anzusetzen wie wenn kein Firmenwagen geführt würde.

Vager bestimmt wurde der steuerliche Gehaltsbestandteil, der sich im konkreten Fall auf 236 € belief, in Ansatz gebracht.³³ Das dürfte dann nicht korrekt sein, wenn es sich um einen teuren Firmenwagen handelt, der aus repräsentativen Gründen gefahren wird und der nicht gefahren würde, wenn er selbst zu finanzieren wäre.

Immer sind die individuellen Umstände des Einzelfalles mit zu berücksichtigen und ist auf die Ausgestaltung der vertraglichen Regelung im Arbeitsvertrag zu achten, wenn eine solche vorliegt, weshalb es sich empfiehlt, sie sich vorlegen zu lassen.³⁴

9 Haushaltsführung

Führt ein Ehegatte dem neuen Lebensgefährten den Haushalt, so ist wegen dieser Haushaltsführung ein Betrag von 200 € bis 550 € pro Monat als Einkommen anzusetzen, wenn der neue Lebenspartner in dieser Höhe zahlungsfähig ist.

10 Kindergeld

Kindergeld ist kein Einkommen.

³⁰) OLG Brandenburg NZFam 2014, 423 (Reinken).

³¹) Galinsky, NZFam 2015, 951 ff.

³²) OLG Hamm FamRZ 2014, 847.

³³) OLG Hamm NJW-Spezial 2014, 100.

³⁴) Kleinwegener, FF 2015, 150 ff.

11 Nebentätigkeit

Eine Nebentätigkeit mit ab 01.01.2013 450 € kann im Rahmen des tatsächlich Möglichen durchaus verlangt werden, jedenfalls bei engen wirtschaftlichen Verhältnissen.

Maßstab ist dabei grundsätzlich eine Arbeitszeit von acht Stunden täglich von Montag bis Samstag, also eine 48-Stunden-Woche gemäß §§ 3, 9 ArbZG.

Bei der Frage der Zumutbarkeit einer Nebenbeschäftigung muss berücksichtigt werden, dass das Umgangsrecht ausgeübt werden kann.³⁵ Dabei ist aber darauf zu achten, dass dies nur gilt, wenn das Umgangsrecht auch tatsächlich ausgeübt wird.

12 Privatentnahmen

Bei Einkünften aus selbständiger Tätigkeit sind die getätigten Privatentnahmen grundsätzlich kein Maßstab für die Bestimmung der Einkünfte.³⁶

13 Prostitution

Einkünfte aus Prostitution sind, wenn dieser Beschäftigung legal nachgegangen wird, in der erzielten Höhe und ohne Besonderheiten für die Unterhaltsberechnung zugrunde zu legen.³⁷

14 Schwarzarbeit

Bei Einkünften aus Schwarzarbeit ist zu differenzieren:

- Bei der Bemessung des Unterhaltes für die Vergangenheit sind die tatsächlich erzielten Einkünfte in voller Höhe für die Unterhaltsbestimmung zugrunde zu legen.
- Jederzeit besteht die Berechtigung, die Tätigkeit, aus der diese Einkünfte erzielt werden, zu beenden.
- Einkünfte aus Schwarzarbeit können nicht künftig erwartet werden. Es kann deshalb nicht mit ihnen der künftige Unterhalt errechnet werden.

³⁵) OLG Köln FamRZ 2012, 315.

³⁶) OLG Brandenburg FamRZ 2014, 219.

³⁷) OLG Köln FamRZ 2013, 1746.

- Wer aber Einkünfte aus Schwarzarbeit erzielt, der kann jedenfalls im Regelfall auch entsprechende Einkünfte legal erzielen. Er kann deshalb faktisch zur Unterhaltszahlung herangezogen werden, indem die illegal erzielten Einkünfte als legal erzielbar angenommen zugrunde gelegt werden.³⁸

15 Sozialleistungen

Arbeitslosengeld nach § 117 SGB II ist ebenso unterhaltsrechtlich relevantes Einkommen wie Krankengeld. Leistungen nach §§ 19 ff. SGB II sind grundsätzlich kein Einkommen. Erziehungsgeld ist Einkommen, wenn es den Sockelbetrag nach § 11 Satz 4 BEEG übersteigt. Dasselbe gilt für das Betreuungsgeld; nur dann ist es Einkommen, wenn der es Beziehende seinen Unterhalt nach §§ 1361 Abs. 3, 1579 oder § 1611 Abs. 1 BGB verwirkt hat, § 11 Satz 4 BEEG. Die Relevanz dieser Ausnahmeregelung ist gering. Zu den unterhaltsrechtlich relevanten Einkünften zu rechnen sind Unfallrenten, die Leistungen aus der Pflegeversicherung, Blindengeld, Versorgungsrenten, Schwerbeschädigtenzulagen und Pflegezulagen. Tatsächlich anfallende bzw. angefallene Mehraufwendungen sind zu beachten. Auch Pflegegeld ist Einkommen.

16 Spesen- und Reisekostenerstattungen

Spesen- und Reisekostenerstattungen sind in erster Linie Einkommen. Die ihnen gegenüber stehenden Aufwendungen sind abzugsfähig, dabei aber um die häusliche Ersparnis zu vermindern. Bei pauschalierten Erstattungen ist der Erstattungsbetrag zu einem Drittel als Einkommen anzusehen. Bei Fahrtkosten ist es in der Regel noch besonders einfach, diese konkret nachzuweisen. Sie sind dann auch in voller Höhe abzugsfähig.³⁹

17 Steuerzahlungen und Steuererstattungen

Steuerzahlungen und Steuererstattungen sind in dem Jahr zu berücksichtigen, in dem der Geldzu- bzw. -abfluss erfolgt, nicht dem Jahr, für das gezahlt oder erstattet wird.⁴⁰

Steuererstattungen sind nicht, auch wenn dies des Öfteren in der Praxis anzutreffen ist, wie auch immer anteilig auf die Ehegatten zu verteilen, sondern einkommenserhöhend zu berücksichtigen.⁴¹

Steuererstattungen, die sich auf Steuervorteile aus Aufwendungen beziehen, die unterhaltsrechtlich nicht anerkannt sind, verbleiben dem Steuerpflichtigen und erhöhen

³⁸) OLG Brandenburg FamRZ 2013, 631.

³⁹) OLG Brandenburg FamRZ 2013, 1137.

⁴⁰) OLG Brandenburg FamRZ 2014, 219.

⁴¹) BGH FamRZ 2013, 191.

nicht den zu zahlenden Unterhalt.⁴² Wenn sich also der Unterhaltspflichtige ein Abschreibungsobjekt anschafft, mit dem er bei Gegenüberstellung der Darlehensraten und der Mieteinkünfte Verluste erwirtschaftet und diese Verluste bei der Unterhaltsberechnung unbeachtet bleiben, so haben ihm auch die Steuervorteile zu verbleiben.

In diesem Zusammenhang: Auch die Kosten für die Erstellung der Steuererklärung sind zu berücksichtigen, es sei denn, es ist offensichtlich, dass weder eine Steuerpflicht noch eine Steuererstattung in Betracht kommt.⁴³

Steuervorteile, die sich daraus ergeben, dass der Unterhaltspflichtige entweder nach Auflösung der Partnerschaft mit dem nach § 1615 I BGB Berechtigten oder nach Scheidung (erneut) heiratet, haben allein der neuen Ehe zugute zu kommen.⁴⁴ Bei der Unterhaltsbestimmung ist in dieser Situation eine fiktive Steuerberechnung vorzunehmen, bei der der Splittingvorteil der (neuen) Ehe in Abzug kommt, indem der Unterhaltspflichtige behandelt wird wie wenn er nach der Grundtabelle zu veranlagten wäre.⁴⁵

Bei Kindesunterhalt ist der gegebenenfalls fiktive Steuervorteil einer günstigeren Steuerklasse für die Unterhaltsberechnung zugrunde zu legen.⁴⁶

Steuernachzahlungen infolge der Auflösung einer Investitionsrücklage nach § 7 g EStG sind wie Schulden zu behandeln.⁴⁷

18 Tilgungsleistungen bei Darlehen

Bei Darlehen sind die Tilgungsleistungen ab Rechtshängigkeit nicht mehr bei der Unterhaltsberechnung zu berücksichtigen.

19 Unfallversicherung

Beiträge für eine Unfallversicherung sind abzugsfähig, wenn es um die Beiträge zugunsten der Versicherung der Kinder geht,⁴⁸ nicht dagegen, wenn es um die eigene Unfallversicherung des Unterhaltspflichtigen geht; dann ist der Versicherungsbeitrag aus dem Selbstbehalt zu bezahlen.⁴⁹

⁴²) BGH FamRZ 2013, 616.

⁴³) BGH FamRZ 2009, 1207 ff. (1209).

⁴⁴) Berechenbar z.B. über den interaktiven Steuerrechner des BMF www.bmf-steuerrechner.de.

⁴⁵) BGH FamRZ 2008, 1739.

⁴⁶) OLG Nürnberg, Beschluss vom 11.12.2014 – 10 UF 1182/14, NJW-Spezial 2015, 164 f.

⁴⁷) OLG Koblenz, Beschluss vom 10.12.2014 – 13 UF 347/14, FamRZ 2015, 1970.

⁴⁸) OLG Brandenburg FamRZ 2014, 219.

⁴⁹) OLG Hamm, Beschl. v. 08.08.2013 – 6 UF 25/13.

20 Überobligatorische Einkünfte

Überobligatorische Einkünfte sind grundsätzlich nicht wie obligatorische zu behandeln. Das wirkt sich vor allem aus, wenn der Unterhaltspflichtige nach Erreichen der Regelaltersgrenze weiter berufstätig ist, sei es weiterhin wie bisher, sei es in einem Nebenberuf.

Für die Frage, ob und in welchem Umfang überobligatorische Einkünfte auf die Höhe des zu zahlenden Unterhaltes Einfluss nehmen, kommt es auf folgende Kriterien an:

- Das Alter des Erwerbstätigen ist zu berücksichtigen und damit die Frage, inwieweit ihn die Tätigkeit körperlich und geistig belastet.
- Die ursprüngliche Lebensplanung der Ehegatten ist zu beachten. Haben die Ehegatten bspw. von vornherein ins Auge gefasst, gegebenenfalls länger zu arbeiten, um sich so in jungen Jahren ein Leben zu leisten, bei dem nur unzureichend die Altersversorgung aufgebaut wird, so spricht dies für eine verlängerte Erwerbsobliegenheit. Arbeitet ein Ehegatte dagegen deshalb länger, weil er als Folge der Scheidung in erheblichem Maße von seiner Altersversorgung abgeben musste, sei es über den Versorgungsausgleich, sei es über die Vermögensauseinandersetzung bzw. den Zugewinnausgleich, so nimmt dies auf den Unterhalt deutlich weniger Einfluss.

Allgemein gilt danach:

- Eine Schwerbehinderung mit einem Grad der Behinderung von 60 reicht nicht aus, um automatisch davon ausgehen zu können, dass eine Vollerwerbstätigkeit überobligatorisch ist.⁵⁰
- Mit Erreichen der Regelaltersgrenze für die gesetzliche Rente kann jeder Unterhaltspflichtige seine Erwerbstätigkeit einstellen.
- Das aus überobligatorischer Tätigkeit Verdiente ist voll zur Unterhaltszahlung heranzuziehen, wenn eine nach § 1603 Abs. 2 BGB gesteigerte Unterhaltspflicht besteht oder wenn andernfalls nicht der Mindestunterhalt nach § 1612 a Abs. 1 BGB gesichert ist.
- Im Übrigen wird allgemein das überobligatorische Einkommen zu 50 % bei der Unterhaltsbestimmung berücksichtigt.⁵¹ Das gilt gleichermaßen für den Nachehelichenunterhalt wie auch den Trennungsunterhalt.⁵²

⁵⁰) OLG Köln NJW-RR 2013, 901.

⁵¹) OLG Brandenburg FamFR 2013, 80.

⁵²) BGH FamRZ 2013, 191.

21 Überstunden

Vergütungen für Überstunden, aber auch für sonstige Sondervergütungen (bspw. Prämien, Zulagen, Urlaubsgeld und Weihnachtsgeld) sind regelmäßig ohne Besonderheit als für die Unterhaltsberechnung relevantes Einkommen anzusehen,⁵³ ebenso die Zuschläge für Schicht-, Nacht-, Feiertags- und Sonntagsarbeit.

Bei Jahresprämien, deren Höhe bspw. von vereinbarten Zielen abhängt, können erhebliche Schwankungen auftreten. Dann ist für vergangene Jahre nach den einzelnen Jahren differenziert zu rechnen und für die Zukunft auf der Basis des Durchschnitts der vergangenen drei⁵⁴ bis fünf Jahre der maßgebliche Betrag zu ermitteln.

22 Verbindlichkeiten

Verbindlichkeiten sind nicht grundsätzlich in Abzug zu bringen, bevor der Unterhalt errechnet wird. Sonst wären sie generell vorrangig vor Unterhalt. Es kommt vielmehr auf die Umstände des Einzelfalles an, d.h. es ist eine umfassende Interessenabwägung nach billigem Ermessen vorzunehmen. Dabei ist auf folgende Kriterien zu achten:

- Zweck der Verbindlichkeit
- Zeitpunkt und Art der Entstehung
- Dringlichkeit der beiderseitigen Bedürfnisse
- Kenntnis des Unterhaltsschuldners von Grund und Höhe der Unterhaltsschuld
- Möglichkeit, die Leistungsfähigkeit ganz oder teilweise wiederherzustellen.⁵⁵

Beim Elternunterhalt ist der Maßstab ein deutlich großzügigerer.

Sonderfall: Wenn ein Ehegatte ein separates gerichtliches Verfahren gegen den anderen Ehegatten mit dem Ziel führt, dass dieser sich an der Tilgung der gemeinsamen Schulden beteiligen soll, und sind diese Schulden bzw. die Zahlungen, um die es in diesem Zusammenhang geht, auch Gegenstand des Unterhaltsverfahrens zwischen den Ehegatten, so kann das Verfahren wegen der Beteiligung am Abtrag der Schulden bis zur Entscheidung der Unterhaltssache ausgesetzt werden.⁵⁶

⁵³) BGH FamRZ 2013, 935.

⁵⁴) Drei Jahre sollen für die Bestimmung des künftigen Einkommens ebenso relevant sein wie für das vergangene, OLG Brandenburg FamRZ 2014, 219.

⁵⁵) BGH FamRZ 2013, 1558.

⁵⁶) OLG Bremen NZFam 2014, 417 (Ruetten).

23 Verfahrenskostenhilferaten

Verfahrenskostenhilferaten sind, soweit sie wegen des Verfahrens auf Scheidung und Durchführung des Versorgungsausgleichs anfallen, bei der Bestimmung des Ehegattenunterhaltes abzugsfähig, nicht aber soweit es um die Bestimmung des Kindesunterhaltes geht, da die Höhe der Raten von der Höhe des zu zahlenden Kindesunterhaltes abhängt.⁵⁷

24 Vermietung und Verpachtung

Bei Einkünften aus Vermietung und Verpachtung ist Maßstab der Betrag, um den die Bruttoeinkünfte die Werbungskosten übersteigen. Die AfA bleibt unberücksichtigt.

25 Vermögen

Einkünfte aus Kapitalvermögen sind mit dem Überschuss der Bruttoeinkünfte über die Werbungskosten für die Unterhaltsberechnung zugrunde zu legen.

Einkünfte aus ererbtem Vermögen können für die Unterhaltsberechnung maßgeblich sein. Dazu müssen sie die ehelichen Lebensverhältnisse geprägt haben. Das kann sogar dann der Fall sein, wenn die Erbschaft erst nach Rechtskraft der Ehe angefallen ist. Dazu bedarf es einer genaueren Betrachtung. Es wird nämlich verlangt, dass die Ehegatten sich real aufgrund der Wahrscheinlichkeit, dass jedenfalls ein Ehegatte Erbe werden wird, auf diese Situation einrichten konnten sowie weiter, dass sie sich auch darauf eingerichtet haben.⁵⁸ Das ist etwa dann der Fall, wenn angesichts der zu erwartenden Erbschaft keine ausreichende anderweitige Altersvorsorge getroffen wird.⁵⁹

Unterlässt es der Unterhaltspflichtige, Ansprüche zu realisieren, die er realisieren könnte, so kann er nicht verpflichtet werden, die gebotene Handlung vorzunehmen. Er kann nur bei Unterlassen behandelt werden wie er stünde, wenn er seiner Pflicht nachgekommen wäre.⁶⁰

Sonstiges Vermögen ist grundsätzlich für den Unterhalt einzusetzen. Bei Immobilienvermögen hat dies zur Folge, dass es gegebenenfalls zu veräußern ist, um es zinsbringend anzulegen und die Zinsen für den Unterhalt einzusetzen. Anderes gilt nur, wenn die so notwendige Vermögensverwertung unwirtschaftlich oder unter Beachtung der beiderseitigen Interessen unbillig ist, § 1577 Abs. 3 BGB. Vor diesem Hintergrund

⁵⁷) OLG Köln FamRZ 2013, 1406 ff. (1407).

⁵⁸) BGH FamRZ 2012, 1483.

⁵⁹) BGH FamRZ 2006, 387.

⁶⁰) BGH FamRZ 2013, 278.

entschied das OLG Karlsruhe, dass eine Frau ihr Vermögen, das sie neben ihrer Eigentumswohnung besaß, in der sie selber lebte, insgesamt zu verwerten hatte. Es bestand aus Wertpapieren, Barvermögen und zwei bewohnbaren Hütten in Schweden. Der Senat billigte ihr ein Schonvermögen von 10.000 € daraus zu. Sodann ermittelte das Gericht anhand der Sterbetafel die zu erwartende weitere Lebensdauer der Frau, bestimmte bei 1,5 % als Zinssatz das sich ergebende Kapital zuzüglich Zinsen und verteilte sie auf die restliche Lebenszeit. Der sich ergebende monatliche Betrag wurde als Einkommen angesehen.⁶¹

26 Vermögensbildung

Vermögensbildung ist grundsätzlich zulasten des Unterhaltes nicht zulässig. Zum Trennungsunterhalt entschieden wurde aber, dass dann, wenn die ehelichen Lebensverhältnisse davon geprägt waren, einen Teil des Nettoeinkommens zu sparen, dies dem Unterhaltsberechtigten vorgehalten werden kann. Dies soll auch für den Nachscheidungsunterhalt geltend. Ein objektiver Maßstab sei anzulegen. Abzustellen sei auf den Lebensstandard, der nach dem vorhandenen Einkommen mit Blick eines vernünftigen Betrachters als angemessene Sparrate angesetzt werde.⁶²

27 Wohnkosten

Bei den Wohnungskosten ist zu beachten: Macht der unterhaltspflichtige Elternteil geltend, er könne jedenfalls nicht den vollen Mindestunterhalt zahlen, da er u.a. zu berücksichtigende Wohnungskosten habe, die über den nach der Tabelle zugebilligten Mindestbetrag hinausgehen, weil er noch ein Zimmer für sein Kind zu halten habe zum Zwecke der Ausübung des Umgangsrechts, so ist dem nicht zu folgen, jedenfalls nicht, solange nicht der Mindestunterhalt gesichert ist.⁶³

28 Wohnvorteil wegen mietfreien Wohnens

Hinsichtlich des Wohnvorteils wegen mietfreien Wohnens ist zu differenzieren:⁶⁴

Grundsätzlich ist demjenigen, der mietfrei wohnt, der volle Mietwert (objektiver Wohnvorteil) wie Einkommen zuzuschlagen. Es ist die Nettomiete anzusetzen. Soweit der die Wohnfläche Nutzende wegen des Objektes Schulden bedient,⁶⁵ Instandhaltungs-

⁶¹) OLG Karlsruhe NJW-Spezial 2014, 36.

⁶²) OLG Stuttgart NJW-Spezial 2014, 100.

⁶³) OLG Schleswig MDR 2014, 477 f.

⁶⁴) Übersicht bei Hachenberg, NZFam 2014, 938.

⁶⁵) Wegen des Doppelverwertungsverbotes bis zur Rechtshängigkeit des Scheidungsantrages sind wegen der Schulden bei gemeinsamem Miteigentum der Ehegatten die Zinsen und die Tilgung maßgeblich, danach nur noch die Zinsen.

und Instandsetzungskosten trägt oder sonst Kosten, die nicht nach § 2 BetrKV auf einen Mieter umgelegt werden können, sind sie abzugs- bzw. berücksichtigungsfähig.

Besonderheiten gelten für die erste Phase der Trennung: Unter Beachtung des Umstandes, dass der die Wohnung oder das Haus verlassende Ehegatte dem anderen den vollen Wohnwert erst einmal aufdrängt, ist für die erste Phase statt auf den vollen nur auf den angemessenen Wohnvorteil (subjektiver Wohnvorteil) abzustellen. Das ist unabhängig von der objektiven Situation der Betrag, den der verbleibende Ehegatte unter Berücksichtigung auf dem örtlichen Wohnungsmarkt für eine für ihn angemessene kleinere Wohnung unter Beachtung des ehelichen Lebensstandards zahlen würde.⁶⁶

Grundsätzlich endet die Phase, wenn nicht mehr zu erwarten ist, dass die eheliche Lebensgemeinschaft wiederhergestellt wird.⁶⁷ Das ist jedenfalls dann der Fall, wenn der Scheidungsantrag rechtshängig gemacht wird oder die Ehegatten über ihre Vermögensverhältnisse sonst eine abschließende Regelung getroffen haben.⁶⁸ Allein der Ablauf des Trennungsjahres ist nicht ausreichend.⁶⁹

Wird die Ehewohnung veräußert, so soll der Erlös als Surrogat des mietfreien Wohnens angesehen werden; gemeint sind die Zinsen oder auch der Wohnwert des ersatzweise angeschafften Wohnraums.⁷⁰

Beim Elternunterhalt ist auch ein Wohnwert anzusetzen.⁷¹ Dabei wird er gewissermaßen aus der ersten Phase der Trennung konserviert. Es ist immer nur der angemessene Wohnwert anzusetzen, nicht der objektive.⁷²

Die erzielbare Miete, die als Wohnvorteil zugrunde gelegt werden soll, muss nicht sachverständig ermittelt werden. Sie kann auch nach § 287 ZPO vom Gericht geschätzt werden. Das Gericht muss dann aber die wertbildenden Faktoren in hinreichendem Maße in die Schätzung einbeziehen und das Ermessen in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise ausüben.⁷³

Ist beabsichtigt, die Immobilie zu verkaufen, so kann auch für die Zeit nach der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags geltend gemacht werden, die Gebrauchsvorteile des Eigenheims seien nur in Höhe des angemessenen Wohnwertes zu berücksichtigen, da eine Vermietung die Möglichkeit der Veräußerung erschwert. Auch ist es denkbar, in dieser Situation über den genannten Zeitpunkt hinaus nicht nur die Zinsen be-

⁶⁶) BGH FamRZ 2013, 191.

⁶⁷) BGH NJW 2014, 1531 ff. (1532).

⁶⁸) BGH FamRZ 2012, 514.

⁶⁹) BGH FamRZ 2013, 191.

⁷⁰) OLG Köln, FamFR 2013, 275; BGH, Beschluss vom 09.04.2014 – XII ZB 721/12, MDR 2014, 660 f. = NJW-Spezial 2014, 356 f.

⁷¹) OLG Hamm FamRZ 2013, 1146.

⁷²) BGH FamRZ 2013, 868.

⁷³) BGH FamRZ 2008, 1325.

züglich des oder der Darlehen in Ansatz zu bringen, sondern auch die Tilgungsleistungen. Es ist dann aber darauf hinzuwirken, dass die Darlehensraten gestreckt und erniedrigt werden. Dies hat der BGH für den Kindesunterhalt entschieden.⁷⁴

29 Zuwendungen Dritter

Freiwillige Zuwendungen Dritter sind unterhaltsrechtlich neutral. Das gilt grundsätzlich auch dann, wenn es um den Mindestkindesunterhalt und den Mangelfall geht.⁷⁵

Stand: Mittwoch, 6. Januar 2016

⁷⁴) BGH, Beschluss vom 19.03.2014 – XII ZB 367/12, FamRZ 2014, 923 ff.

⁷⁵) OLG Schleswig, Beschluss vom 23.12.2013 – 15 UF 100/13, FamRZ 2014, 1643 f.