BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

BESCHLUSS

XII ZB 185/12

Verkündet am:
22. Januar 2014
Küpferle,
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in der Familiensache

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB § 1603 Abs. 2; SGB II § 11 b

a) Für die Feststellung, dass für einen Unterhaltsschuldner keine reale Beschäftigungschance bestehe, sind - insbesondere im Bereich der gesteigerten Unterhaltspflicht nach § 1603 Abs. 2 BGB - strenge Maßstäbe anzulegen.

b) Dass der Unterhaltspflichtige aus dem Ausland stammt und über keine abgeschlossene Berufsausbildung verfügt, rechtfertigt allein noch nicht die Schlussfolgerung, dass für ihn keine reale Beschäftigungschance im Hinblick auf eine sozialversicherungspflichtige Vollzeitstelle bestehe.

c) Durch die sozialrechtliche Berücksichtigung titulierter Unterhaltspflichten bei einem Antrag des Unterhaltspflichtigen auf Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende erhöht sich dessen unterhaltsrechtliche Leistungsfähigkeit nicht (im Anschluss an Senatsbeschluss vom 19. Juni 2013 - XII ZB 39/11 - FamRZ 2013, 1378).

BGH, Beschluss vom 22. Januar 2014 - XII ZB 185/12 - OLG Frankfurt am Main
AG Marburg

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. Januar 2014 durch den Vorsitzenden Richter Dose und die Richter Dr. Klinkhammer, Dr. Günter, Dr. Nedden-Boeger und Dr. Botur

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsbeschwerde des Antragstellers wird der Beschluss des 2. Familiensenats in Kassel des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 23. Februar 2011 aufgehoben.

Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens, an das Oberlandesgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Gründe:

I.

1 Der minderjährige Antragsteller macht gegen den Antragsgegner, seinen Vater, den Mindestunterhalt geltend.

2 Der Antragsteller wurde am 8. Oktober 2004 geboren. Der Antragsgegner ist türkischer Staatsangehöriger kurdischer Herkunft. Er ist im Jahr 2001 nach Deutschland gekommen. Er verfügt über einen Realschulabschluss, aber keine abgeschlossene Berufsausbildung. Er arbeitete jeweils vorübergehend mit geringfügiger Beschäftigung als Aushilfe in einer Bäckerei und als Verkaufs-

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

und Küchenhilfe, nach einer Fortbildung in einem Fortbildungszentrum der HoGa (Hotel und Gastronomie) auch als Aushilfe in einem Café sowie in einem Kebab-Haus und strebte später eine Umschulung an. Der Antragsgegner hat ein weiteres Kind, das am 20. August 2008 geboren wurde und bei der Mutter lebt.

3 Der Antragsgegner zahlt keinen Kindesunterhalt und beruft sich auf mangelnde Leistungsfähigkeit. Die Beteiligten streiten darüber, ob der Antragsgegner sich ausreichend um eine Erwerbstätigkeit bemüht hat und ob er bei Bezug von Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende sein anrechnungsfreies Einkommen für den Kindesunterhalt einsetzen muss.

4 Das Amtsgericht hat den Antragsgegner zur Zahlung des Mindestunterhalts (abzüglich des hälftigen Kindergelds) verpflichtet. Auf die Beschwerde des Antragsgegners hat das Oberlandesgericht den Unterhaltsantrag abgewiesen. Dagegen richtet sich die zugelassene Rechtsbeschwerde des Antragstellers.

II.

5 Die Rechtsbeschwerde hat Erfolg.

6 1. Nach Auffassung des Oberlandesgerichts kann eine auch an den gesteigerten Anforderungen des § 1603 Abs. 2 BGB gemessene Leistungsfähigkeit des Antragsgegners gegenwärtig nicht festgestellt werden. Er könne ohne Gefährdung des eigenen Selbstbehalts von 900 € (für 2010) bzw. 950 € (seit Januar 2011) keine Beträge für den Kindesunterhalt erübrigen. Ausgehend von einer Versteuerung nach der Grundtabelle müsse er 1.265 € bzw. (ab 2011) 1.355 € brutto, entsprechend einen Stundenlohn von 7,30 € bzw. 7,83 €, verdienen, von da an könne er den ersten Euro an Unterhalt zahlen. Für die Zah-

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

lung des vom Amtsgericht festgesetzten Unterhalts müsse er 1.816 € bzw. 1.911 € brutto verdienen, mithin einen Stundenlohn von 10,70 € bzw. 11,24 €. Angesichts seiner Erwerbsvita seien hingegen Ganztagsstellen, bei der er auch nur 7,30 € verdienen könne, für ihn verschlossen. Zwar sei er noch jung und verfüge über beachtliche Sprachkenntnisse, inzwischen auch im Deutschen. Gleichwohl müsse er mit dem Nachteil leben, dass er lediglich einen "türkischen Realschulabschluss" mitbringe und über keinerlei Berufsausbildung verfüge, weder in der Türkei noch in Deutschland. Er sei allerdings bemüht, sich fortzubilden und eine Ausbildung zu absolvieren, die es ihm in Zukunft ermöglichen könne, den Unterhalt für den Antragsteller, der noch längere Zeit Unterhalt benötige, durch Zahlungen sicherzustellen.

7 Der Antragsgegner sei auch nicht deshalb als leistungsfähig anzusehen, weil es ihm ermöglicht würde, sofern er überhaupt Arbeitslosengeld II beziehe, anrechnungsfrei so viel hinzuzuverdienen, dass er den Mindestunterhalt für sein Kind sicherstellen könne. Die Berücksichtigung titulierter Unterhaltsverpflichtungen gelte nur für bereits vorhandene, nicht aber für noch zu erstellende Unterhaltstitel.

8 2. Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

9 a) Nach § 1603 Abs. 1 BGB ist nicht unterhaltspflichtig, wer bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen außerstande ist, ohne Gefährdung seines eigenen angemessenen Unterhalts den Unterhalt zu gewähren. Eltern, die sich in dieser Lage befinden, sind gemäß § 1603 Abs. 2 Satz 1 BGB ihren minderjährigen unverheirateten Kindern gegenüber verpflichtet, alle verfügbaren Mittel zu ihrem und der Kinder Unterhalt gleichmäßig zu verwenden (sog. gesteigerte Unterhaltspflicht). Darin liegt eine Ausprägung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit im Unterhaltsrecht. Aus diesen Vorschriften und aus Art. 6

Abs. 2 GG folgt auch die Verpflichtung der Eltern zum Einsatz der eigenen Arbeitskraft. Wenn der Unterhaltsverpflichtete eine ihm mögliche und zumutbare Erwerbstätigkeit unterlässt, obwohl er diese bei gutem Willen ausüben könnte, können deswegen nach ständiger Rechtsprechung des Senats nicht nur die tatsächlichen, sondern auch fiktiv erzielbare Einkünfte berücksichtigt werden. Die Zurechnung fiktiver Einkünfte, in die auch mögliche Nebenverdienste einzubeziehen sind, setzt neben den nicht ausreichenden Erwerbsbemühungen eine reale Beschäftigungschance des Unterhaltspflichtigen voraus (Senatsurteile BGHZ 189, 284 = FamRZ 2011, 1041 Rn. 29 ff. und vom 3. Dezember 2008 - XII ZR 182/06 - FamRZ 2009, 314 Rn. 20, 28; Senatsbeschluss vom 19. Juni 2013 - XII ZB 39/11 - FamRZ 2013, 1378 Rn. 17 f. mwN). Schließlich darf dem Unterhaltspflichtigen auch bei einem Verstoß gegen seine Erwerbsobliegenheit nur ein Einkommen zugerechnet werden, welches von ihm realistischerweise zu erzielen ist (BVerfG FamRZ 2010, 793, 794).

10 b) Die angefochtene Entscheidung genügt diesen Maßstäben nicht. Die von der Rechtsbeschwerde erhobenen Rügen greifen in einem entscheidenden Punkt durch.

11 aa) Das Oberlandesgericht ist noch zutreffend davon ausgegangen, dass die Darlegungs- und Beweislast für seine mangelnde Leistungsfähigkeit beim Unterhaltspflichtigen liegt, was auch für das Fehlen einer realen Beschäftigungschance gilt (vgl. Senatsurteile vom 18. Januar 2012 - XII ZR 178/09 - FamRZ 2012, 517 Rn. 30; vom 15. November 1995 - XII ZR 231/94 - FamRZ 1996, 346 und vom 30. Juli 2008 - XII ZR 78/08 - FamRZ 2008, 2104 Rn. 24; BVerfG FamRZ 2008, 1145, 1146, jeweils betreffend den Ehegattenunterhalt). Zwar ist in der Begründung der angefochtenen Entscheidung einleitend ausgeführt, die Leistungsfähigkeit des Antragsgegners könne nicht festgestellt werden. Das Oberlandesgericht hat indessen darüber hinausgehend positiv festge-

stellt, dass für den Antragsgegner derzeit keine reale Beschäftigungschance bestehe, die ihm die Erzielung eines den sogenannten notwendigen Selbstbehalt übersteigenden Einkommens ermöglicht.

12 bb) Soweit das Oberlandesgericht allerdings davon ausgegangen ist, dass der Antragsgegner gegenwärtig jedenfalls keine Ganztagsstelle mit einem Stundenlohn von über 7,30 € erlangen könne und es ihm somit an einer realen Beschäftigungschance für eine entsprechende Vollzeittätigkeit mangele, entbehren die getroffenen Feststellungen indessen der Grundlage und erweisen sich damit als verfahrensfehlerhaft.

13 Für die Feststellung, dass für einen Unterhaltsschuldner keine reale Beschäftigungschance bestehe, sind - insbesondere im Bereich der gesteigerten Unterhaltspflicht nach § 1603 Abs. 2 BGB - strenge Maßstäbe anzulegen. Für gesunde Arbeitnehmer im mittleren Erwerbsalter wird auch in Zeiten hoher Arbeitslosigkeit regelmäßig kein Erfahrungssatz dahin gebildet werden können, dass sie nicht in eine vollschichtige Tätigkeit zu vermitteln seien (vgl. Wendl/Dose Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis 8. Aufl. § 1 Rn. 784; Botur in Büte/Poppen/Menne Unterhaltsrecht 2. Aufl. § 1603 BGB Rn. 12 mwN). Dies gilt auch für ungelernte Kräfte oder für Ausländer mit eingeschränkten deutschen Sprachkenntnissen (OLG Hamm FamRZ 2002, 1427, 1428 mwN; Botur in Büte/Poppen/Menne Unterhaltsrecht 2. Aufl. § 1603 BGB Rn. 12). Auch die bisherige Tätigkeit des Unterhaltsschuldners etwa im Rahmen von Zeitarbeitsverhältnissen ist noch kein hinreichendes Indiz dafür, dass es ihm nicht gelingen kann, eine besser bezahlte Stelle zu finden. Das gilt auch dann, wenn der Unterhaltspflichtige überwiegend im Rahmen von geringfügigen Beschäftigungsverhältnissen im Sinne von § 8 Abs. 1 SGB IV gearbeitet hat. Zu den insbesondere im Rahmen von § 1603 Abs. 2 BGB zu stellenden Anforderungen gehört es schließlich auch, dass der Unterhaltspflichtige sich um eine

Verbesserung seiner deutschen Sprachkenntnisse bemüht (Wendl/Dose Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis 8. Aufl. § 1 Rn. 784 mwN).

14 Dem genügen die vom Oberlandesgericht getroffenen Feststellungen nicht. Für seine Annahme, dass es an einer Erwerbsmöglichkeit des Antragsgegners fehle, die ihm die Zahlung des Mindestunterhalts auch nur teilweise erlaube, hat das Oberlandesgericht nur auf seine "bisherige Erwerbsvita" und darauf abgestellt, dass er über keine Berufsausbildung verfüge. Damit hat das Oberlandesgericht noch keine Umstände festgestellt, die seine Schlussfolgerung auf eine fehlende Erwerbsmöglichkeit rechtfertigen könnten. Mangels eines entsprechenden Erfahrungssatzes erscheint es vielmehr nicht ausgeschlossen, dass der Antragsgegner eine Vollzeitstelle erlangen kann. Auch die bisherige Tätigkeit in geringfügiger Beschäftigung steht dem nicht entgegen. Etwa unzureichende Sprachkenntnisse können den Antragsgegner nicht mehr ohne weiteres entlasten, nachdem seine Unterhaltspflicht mit der Geburt des Antragstellers bereits 2004 einsetzte. Dass der Antragsgegner, wie es in der angefochtenen Entscheidung ausgeführt ist, bemüht ist, sich fortzubilden und eine Ausbildung zu absolvieren, um seinem Kind in der Zukunft einmal Unterhalt zahlen zu können, genügt schließlich nicht.

15 3. Der angefochtene Beschluss ist demnach aufzuheben. Der Senat kann in der Sache nicht abschließend entscheiden, weil es insbesondere zur Frage hinreichender Erwerbsbemühungen des Antragsgegners, die das Oberlandesgericht bislang offengelassen hat, weiterer tatrichterlicher Feststellungen bedarf. Die Sache ist daher an das Oberlandesgericht zurückzuverweisen.

16 4. Für das weitere Verfahren vor dem Oberlandesgericht weist der Senat auf Folgendes hin:

17 a) Der Beweis, dass für den Antragsgegner keine reale Erwerbsmöglichkeit für eine Vollzeittätigkeit bestehe, wird unter den Umständen des vorliegenden Falls - mangels gegenteiliger Erfahrungssätze - nur durch den Nachweis zu führen sein, dass der Antragsgegner sich hinreichend um eine Erwerbstätigkeit bemüht hat. Hierzu reicht es nicht aus, dass der Antragsgegner sich auf die ihm vom zuständigen Jobcenter unterbreiteten Stellenangebote beworben hat (vgl. Wendl/Dose Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis 8. Aufl. § 1 Rn. 782 mwN). Dass der Antragsgegner ein höheres Einkommen als das vom Oberlandesgericht angenommene (7,30 € pro Stunde) erzielen kann, ergibt sich schon aus seiner Beschwerdebegründung, nach welcher er bereits 2010/2011 in einem - befristeten - Vollzeitarbeitsverhältnis bei einem Zeitarbeitsunternehmen stand, aus dem er einen Stundenlohn von 7,60 € erzielte.

18 Sollte dem Antragsgegner der entsprechende Nachweis nicht gelingen, so wird bei einem für den Mindestunterhalt (auch im Hinblick auf das 2008 geborene weitere Kind des Antragsgegners) weiterhin unzureichenden Einkommen zu prüfen sein, ob und inwiefern dem Antragsgegner eine zusätzliche Nebentätigkeit zumutbar ist (vgl. Wendl/Klinkhammer Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis 8. Aufl. § 2 Rn. 370 mwN). Auch wenn der Unterhalt aufgrund eines - wegen Verletzung der Erwerbsobliegenheit - lediglich fiktiven Einkommens festzusetzen ist, trifft den Antragsgegner eine Obliegenheit zur Ausübung einer Nebentätigkeit im selben Umfang wie einen seine Erwerbsobliegenheit erfüllenden Unterhaltsschuldner.

19 Dass die vom Antragsgegner für die Zeit ab April 2011 angestrebte Umschulung eine Erstausbildung darstellt, die ihn für die Dauer der Ausbildung von der Unterhaltszahlung entbinden könnte (vgl. Senatsurteil BGHZ 189, 284 = FamRZ 2011, 1041), ist schließlich nicht ersichtlich.

20 b) Sollte dem Antragsgegner im Hinblick auf das für ihn erzielbare Erwerbseinkommen der Nachweis unzureichender Leistungsfähigkeit gelingen, so trifft allerdings die Auffassung des Oberlandesgerichts zu, dass die Zurechnung eines (fiktiven) Einkommens, das dem Antragsgegner neben dem - unterstellten - Leistungsbezug gemäß dem Sozialgesetzbuch II anrechnungsfrei zu belassen wäre, seine unterhaltsrechtliche Leistungsfähigkeit nicht erhöhen kann.

21 aa) Der Senat hat in der Zwischenzeit entschieden, dass der Bezug eines (Erwerbs-)Einkommens neben einer bedürftigkeitsabhängigen Sozialleistung für sich genommen zwar noch nicht ausschließt, dass das (Erwerbs-)Einkommen für den Unterhalt zur Verfügung stehen kann. Vielmehr kann der Unterhaltspflichtige unter Umständen auch dann unterhaltsrechtlich leistungsfähig sein, wenn er seinen unterhaltsrechtlichen Selbstbehalt aus Sozialleistungen bestreiten und ein den Selbstbehalt übersteigendes Nebeneinkommen für den Unterhalt einsetzen kann (Senatsbeschluss vom 19. Juni 2013 - XII ZB 39/11 - FamRZ 2013, 1378 Rn. 22; vgl. Wendl/Dose Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis 8. Aufl. § 1 Rn. 111 ff. mwN).

22 Davon kann im vorliegenden Fall aber nicht ausgegangen werden. Die Rechtsbeschwerde hat insoweit nicht aufgezeigt, dass dem Antragsgegner bei Zurechnung eines (fiktiven) Einkommens mehr als der notwendige Selbstbehalt nach der Düsseldorfer Tabelle und den Leitlinien der Oberlandesgerichte (in diesem Fall Zwischenbetrag zwischen Erwerbstätigen- und Nichterwerbstätigenselbstbehalt) zur Verfügung stünde, so dass er für den Unterhalt teilweise leistungsfähig sein könnte (vgl. Senatsbeschluss vom 19. Juni 2013 - XII ZB 39/11 - FamRZ 2013, 1378 Rn. 23).

23 bb) Zutreffend hat das Oberlandesgericht die Leistungsfähigkeit des Antragsgegners auch nicht aus einer möglichen Titulierung des Kindesunterhalts

hergeleitet. Die angefochtene Entscheidung entspricht der zwischenzeitlich ergangenen Senatsrechtsprechung.

24 Danach erhöht sich durch die sozialrechtliche Berücksichtigung titulierter Unterhaltspflichten bei einem Antrag des Unterhaltspflichtigen auf Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende dessen unterhaltsrechtliche Leistungsfähigkeit nicht (Senatsbeschluss vom 19. Juni 2013 - XII ZB 39/11 - FamRZ 2013, 1378 Rn. 27). Dies gilt nicht nur für erstmalig zu titulierende Unterhaltsansprüche, sondern auch für bereits bestehende Unterhaltstitel, die im Abänderungsverfahren an veränderte Verhältnisse anzupassen sind (Senatsbeschluss vom 19. Juni 2013 - XII ZB 39/11 - FamRZ 2013, 1378 Rn. 31).

Dose Klinkhammer Günter

Nedden-Boeger Botur

Vorinstanzen:
AG Marburg, Entscheidung vom 04.11.2010 - 71 F 1011/10 UK -
OLG Frankfurt am Main, Entscheidung vom 23.02.2011 - 2 UF 414/10 -