BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XII ZR 182/06

Verkündet am:
3. Dezember 2008
Breskic,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in der Familiensache

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB § 1603 Abs. 2 Satz 1

a) Die Zurechnung fiktiver Einkünfte setzt voraus, dass der Unterhaltspflichtige die ihm zumutbaren Anstrengungen, eine angemessene Erwerbstätigkeit zu finden, nicht oder nicht ausreichend unternommen hat und bei genügenden Bemühungen eine reale Beschäftigungschance bestanden hätte.

b) Trotz der nach § 1603 Abs. 2 Satz 1 BGB gesteigerten Unterhaltspflicht gegenüber minderjährigen Kindern können dem Unterhaltspflichtigen fiktive Einkünfte aus einer Nebentätigkeit nur insoweit zugerechnet werden, als ihm eine solche Tätigkeit im Einzelfall zumutbar ist.

BGH, Urteil vom 3. Dezember 2008 - XII ZR 182/06 - OLG Naumburg
AG Zeitz

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 3. Dezember 2008 durch den Richter Sprick, die Richterinnen Weber-Monecke und Dr. Vézina und die Richter Dose und Dr. Klinkhammer

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 4. Zivilsenats - Familiensenat - des Oberlandesgerichts Naumburg vom 26. Oktober 2006 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als es die Zeit bis 31. Juli 2008 betrifft, nachdem der Rechtsstreit für die Zeit ab dem 1. August 2008 übereinstimmend für erledigt erklärt worden ist.

Die Sache wird im Umfang der Aufhebung zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Oberlandesgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Parteien streiten um die Höhe des vom Beklagten geschuldeten Kindesunterhalts.

2 Der Beklagte ist der Vater des am 6. April 1990 geborenen Klägers. Er ist außerdem seinem am 16. Mai 1992 geborenen weiteren Kind unterhaltspflichtig. Aus einer Vollzeittätigkeit erzielt er monatliche Nettoeinkünfte in Höhe von

1.157,69 €. In der Zeit bis zum 14. November 2005 lebte der Beklagte in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft und musste Wohnkosten in Höhe von monatlich 266,94 € aufwenden. Seit dem 15. November 2005 wohnt er allein und muss für die Wohnkosten incl. Stellplatz/Garage monatlich 318,45 € zahlen.

3 Mit Jugendamtsurkunde vom 5. Juni 1990 hatte sich der Beklagte verpflichtet, an den Kläger monatlichen Unterhalt in Höhe von 155 DM zu zahlen. Nachdem das Jugendamt ihn aufgefordert hatte, ab Mai 2004 für den Kläger monatlichen Kindesunterhalt in Höhe von 147 € zu zahlen, zahlte der Beklagte diesen Betrag und verpflichtete sich mit Jugendamtsurkunde vom 3. August 2004 zur Zahlung dieses Monatsbetrags.

4 Zuvor hatte der Kläger den Beklagten mit Schriftsatz vom 20. Juli 2004 aufgefordert, Auskunft über seine Einkommensverhältnisse und Wohnkosten zu erteilen und den sich daraus ergebenden Unterhalt zu zahlen. Im Rahmen der Stufenklage verlangt der Kläger nach Erledigung der Auskunftsstufe von dem Beklagten über den mit der Jugendamtsurkunde anerkannten Unterhalt hinaus weiteren Unterhalt, nämlich insgesamt in Höhe von 100 % des Regelbetrags der 3. Altersstufe gemäß § 2 der früheren Regelbetrag-Verordnung.

5 Das Amtsgericht hat den Beklagten antragsgemäß verurteilt. Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die - vom Oberlandesgericht zugelassene - Revision des Beklagten, mit der er sein Klagabweisungsbegehren weiter verfolgt.

6 In der mündlichen Verhandlung vor dem Senat haben die Parteien den Rechtsstreit für die Zeit ab dem 1. August 2008 übereinstimmend für erledigt erklärt.

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

Entscheidungsgründe:

I.

7 Das Berufungsgericht, dessen Entscheidung bei Juris (OLG Naumburg - 4 UF 33/06) veröffentlicht ist, hat die Klage für zulässig und begründet erachtet. Der im Zeitpunkt seiner Entscheidung 16-jährige Kläger sei bedürftig, weil er sich nicht selbst unterhalten könne und auch nicht über Vermögen verfüge. Der Beklagte könne sich gegenüber dem Anspruch auf Kindesunterhalt nicht auf eine eingeschränkte Leistungsfähigkeit berufen. Er habe nach § 1603 Abs. 2 Satz 1 BGB alle verfügbaren Mittel zu seinem und der Kinder Unterhalt gleichmäßig zu verwenden. Von ihm seien alle zumutbaren Anstrengungen zu erwarten, um seine Leistungsfähigkeit zu erhalten bzw. herzustellen. Um den Regelunterhalt sicherzustellen, sei der Unterhaltspflichtige grundsätzlich auch zur Übernahme einer Nebentätigkeit verpflichtet. Diese Pflicht entfalle nur bei Vorliegen besonderer Umstände im Einzelfall. Zwar schränke die Unterhaltspflicht den Unterhaltsschuldner in seiner durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützten Handlungsfreiheit ein. Diese sei jedoch nur im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung geschützt, zu der auch das Unterhaltsrecht gehöre, soweit dies mit Art. 6 Abs. 1 GG im Einklang stehe. Zu einer Nebentätigkeit sei der Unterhaltsschuldner nur verpflichtet, wenn und soweit ihm die Aufnahme dieser zusätzlichen Erwerbstätigkeit unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles zumutbar sei und ihn nicht unverhältnismäßig belaste. Diese Grenze sei vorliegend nicht erreicht.

8 Dem Beklagten sei neben seiner vollschichtigen Erwerbstätigkeit das Austragen von Zeitungen, Zeitschriften oder Werbematerial an den Wochenenden zumutbar. Dabei sei zu berücksichtigen, dass er seinen Arbeitsplatz am Wohnort habe und an den Wochenenden nicht arbeite. Zwar sei neben der zeit-

lichen und gesundheitlichen Belastung durch eine solche Nebentätigkeit im Rahmen der Zumutbarkeitsprüfung auch zu berücksichtigen, ob eine Beschäftigungsmöglichkeit überhaupt vorhanden sei. Dafür, dass keine entsprechende Beschäftigungsmöglichkeit bestehe, sei allerdings der Beklagte darlegungs- und beweisbelastet. Weil es an Vortrag hierzu fehle, sei das Familiengericht zu Recht von einer zumutbaren Nebentätigkeit ausgegangen und habe das dadurch erzielbare monatliche Nettoeinkommen zutreffend gemäß § 287 Abs. 2 ZPO auf 150 € geschätzt. Zusammen mit dem vorhandenen Erwerbseinkommen sei deswegen von einem fiktiven monatlichen Nettoeinkommen in Höhe von 1.307,69 € auszugehen. Anhaltspunkte für berufsbedingte Aufwendungen seien vom Beklagten nicht vorgetragen.

9 Für die Zeit bis Juni 2005 sei ein notwendiger monatlicher Selbstbehalt in Höhe von 775 € und für die Zeit ab Juli 2005 ein solcher in Höhe von 820 € zugrunde zu legen. Dieser Selbstbehalt sei allerdings wegen der darin enthaltenen und vom Beklagten nicht ausgeschöpften Wohnkosten zu kürzen. Zwar habe der Bundesgerichtshof ausgeführt, dass es grundsätzlich der freien Disposition des Unterhaltspflichtigen unterliege, wie er die ihm zu belassenden Mittel nutze. Diese Rechtsprechung betreffe allerdings den Elternunterhalt und nicht den notwendigen Selbstbehalt gegenüber einem minderjährigen Kind. Darin liege ein zu beachtender Unterschied. Denjenigen Oberlandesgerichten, die die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auch auf den notwendigen Selbstbehalt übertrügen, sei nicht zu folgen. Für die Zeit des Zusammenlebens mit seiner Lebensgefährtin sei nach dem Vortrag des Beklagten zu unterstellen, dass er die geschuldete Miete allein gezahlt habe. Die Miete habe aber schon in dieser Zeit deutlich unter dem im notwendigen Selbstbehalt enthaltenen Betrag gelegen. Soweit der Beklagte jetzt eine Zweizimmerwohnung mit einer Kaltmiete von 5 €/m² bewohne, sei darin keine Einschränkung des sonst üblichen angemessenen Wohnkomforts zu erblicken. Der notwendige Selbstbehalt

sei deswegen für die Zeit bis zum 14. November 2005 um monatlich 93 € und für die Zeit ab dem 15. November 2005 um monatlich 62 € zu kürzen.

10 Die vom Beklagten geltend gemachten Kreditkosten von monatlich 35 € für den Kauf einer Küche seien nicht zu berücksichtigen. Zwar könne die Leistungsfähigkeit eines Unterhaltspflichtigen durch die Tilgung von Verbindlichkeiten in beachtlicher Weise eingeschränkt sein. Dies gelte aber grundsätzlich nicht, soweit es sich um Kosten der privaten Lebensführung handele. Nur wenn und soweit eine Anschaffung für eine normale Haushaltsführung dringend erforderlich sei und nicht mit den zur Verfügung stehenden Mitteln finanziert werden könne, komme ein Abzug in Betracht. Dies setze aber voraus, dass die Aufnahme der Verbindlichkeit unvermeidbar gewesen sei, was der Unterhaltspflichtige im Einzelnen darzulegen habe. Der Beklagte habe zwar vorgetragen, dass mit dem Darlehen eine Küche angeschafft worden sei, weil er sich von seiner Lebensgefährtin getrennt und für seine neue Wohnung eine Küche benötigt habe. Im Hinblick auf seine gesteigerte Unterhaltspflicht aus § 1603 Abs. 2 Satz 1 BGB sei es ihm aber zumutbar gewesen, eine kostengünstigere gebrauchte Küche anzuschaffen.

11 Für die Zeit ab Juli 2004 sei der Beklagte deswegen auch neben der Unterhaltspflicht für sein weiteres Kind in der Lage, dem Kläger Unterhalt in Höhe von 100 % gemäß § 2 der Regelbetrag-Verordnung zu zahlen.

II.

12 Diese Ausführungen des Berufungsgerichts halten den Angriffen der Revision nicht in allen Punkten stand.

13 1. Zutreffend hat das Berufungsgericht die Klage auf weiteren Kindesunterhalt nach § 323 Abs. 1 und 4 ZPO als Klage auf Abänderung der vom Beklagten errichteten Jugendamtsurkunde für zulässig erachtet. Nach ständiger Rechtsprechung des Senats ist eine neue Leistungsklage auf Unterhalt nur dann zulässig, wenn keine Abänderungsklage zu erheben ist. Eine Nachforderung im Wege der Leistungsklage ist danach nur dann möglich, wenn sich der schon vorliegende Unterhaltstitel eindeutig nur auf einen Teilbetrag des geschuldeten Unterhalts beschränkt (Senatsurteil BGHZ 94, 145, 146 ff. = FamRZ 1985, 690 f.). Dabei spricht im Zweifel eine Vermutung dafür, dass in einem Vorprozess der Unterhalt in voller Höhe geltend gemacht worden ist (Senatsurteil BGHZ 98, 353, 357 f. = FamRZ 1987, 259, 262; vgl. auch Wendl/Schmitz Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis 7. Aufl. § 10 Rdn. 151 f.). Das gilt auch, wenn der geschuldete Kindesunterhalt in einer Jugendamtsurkunde nach den §§ 59 Abs. 1 Nr. 3, 60 SGB VIII festgelegt worden ist. Entsprechend hat der Beklagte in der Jugendamtsurkunde vom 3. August 2004 unter Abänderung der früheren Jugendamtsurkunde den aus seiner Sicht vollen geschuldeten Kindesunterhalt titulieren lassen. Höherer Unterhalt kann deswegen nur im Wege der Abänderungsklage geltend gemacht werden (vgl. Senatsurteil vom 29. Oktober 2003 - XII ZR 115/01 - FamRZ 2004, 24).

14 Daraus folgt aber noch nicht, welchen materiellen Voraussetzungen die Abänderungsklage unterliegt. Denn bei einer nach den §§ 59 Abs. 1 Nr. 3, 60 SGB VIII errichteten Jugendamtsurkunde handelt es sich um einen Vollstreckungstitel im Sinne des § 323 Abs. 4 ZPO, dessen Abänderung mangels Rechtskraft nicht den Beschränkungen des § 323 Abs. 2 und 3 ZPO unterliegt (BGHZ GSZ 85, 64, 73 ff; Senatsurteile vom 11. April 1990 - XII ZR 42/89 - FamRZ 1990, 989 und vom 27. Juni 1984 - IVb ZR 21/83 - FamRZ 1984, 997 f.). Der Umfang der Abänderung richtet sich deshalb allein nach materiellem Recht. Liegt der Jugendamtsurkunde allerdings eine Vereinbarung der Par-

teien zugrunde, können diese sich davon nicht frei lösen, sondern sind im Rahmen der Abänderung auf die Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) verwiesen (Senatsurteil vom 2. Oktober 2002 - XII ZR 346/00 - FamRZ 2003, 304, 306). Fehlt es an einer solchen Vereinbarung bei der Errichtung der Jugendamtsurkunde, kommt eine materiell-rechtliche Bindung allenfalls für den Unterhaltspflichtigen in Betracht, der die Urkunde einseitig erstellt hat. Ob eine solche Bindung als Folge eines Anerkenntnisses dazu führt, dass der Unterhaltspflichtige sich nicht frei, sondern nur bei Änderung der Verhältnisse von der Unterhaltspflicht aus der Jugendamtsurkunde lösen kann, kann hier dahinstehen. Der Unterhaltsberechtigte, der an der Errichtung der Urkunde nicht mitgewirkt und deren Inhalt auch nicht zugestimmt hat, ist materiell-rechtlich nicht daran gebunden und kann deshalb uneingeschränkt Abänderung auf der Grundlage der aktuellen Einkommens- und Vermögensverhältnisse verlangen (Senatsurteil vom 29. Oktober 2003 - XII ZR 115/01 - FamRZ 2004, 24; vgl. auch Wendl/Schmitz Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis 7. Aufl. § 10 Rdn. 168).

15 Nach diesen Grundsätzen hat das Oberlandesgericht die Begründetheit der Abänderungsklage zu Recht ohne Bindung an den Inhalt der Jugendamtsurkunde allein nach den gegenwärtigen Einkommens- und Vermögensverhältnissen des Beklagten beurteilt. Der Kläger hatte dem Inhalt der Jugendamtsurkunde vom 3. August 2004 nicht zugestimmt und den Beklagten schon zuvor mit Schreiben vom 20. Juli 2004 zur Auskunft über seine Einkommens- und Vermögensverhältnisse aufgefordert. Das steht einer einvernehmlichen Errichtung der Jugendamtsurkunde entgegen, da der Kläger Auskunft mit dem Ziel eines höheren Unterhalts verlangt hatte.

16 2. Ebenfalls zu Recht ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass der Unterhaltsbedarf des seinerzeit noch minderjährigen Klägers jedenfalls den

mit der Klage begehrten Regelbetrag nach § 2 der früheren Regelbetrag-Verordnung erreichte (vgl. Wendl/Scholz Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis 6. Aufl. § 2 Rdn. 127 d). Seit Januar 2008 beläuft sich der Unterhaltsbedarf für die Dauer der Minderjährigkeit jedenfalls auf die Höhe des Mindestunterhalts nach § 1612 a BGB i.V.m. § 36 Nr. 4 c EGZPO.

17 3. Soweit das Berufungsgericht dem Beklagten ein unterhaltsrelevantes Nettoeinkommen in Höhe von monatlich 1.307,69 € zugerechnet und ihn in Höhe des begehrten Unterhalts für leistungsfähig gehalten hat, hält dies den Angriffen der Revision allerdings nicht stand.

18 a) Unstreitig erzielte der Beklagte lediglich ein monatliches Nettoeinkommen in Höhe von 1.157,69 €. In diesem Nettoeinkommen sind Zuschläge enthalten, die sich für die zugrunde liegende Zeit von Juli 2004 bis Juni 2005 aus insgesamt 135 Überstunden ergeben.

19 b) Soweit das Berufungsgericht dem Beklagten weitere fiktive Nettoeinkünfte in Höhe von 150 € monatlich zugerechnet hat, trägt die Begründung diese Entscheidung nicht.

20 aa) 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. Trotz der nach § 1603 Abs. 2 Satz 1 BGB gesteigerten Unterhaltspflicht gegenüber minderjährigen Kindern muss die Anrechnung fiktiver Einkünfte aber stets die Grenze des Zumutbaren beachten. Übersteigt die Gesamtbelastung des Unterhaltsschuldners diese Grenze, ist die Beschränkung seiner Dispositionsfreiheit als Folge der Unterhaltsansprüche des Bedürftigen nicht mehr Bestandteil der verfassungsgemäßen Ordnung und kann vor dem Grundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG nicht bestehen (BVerfG FamRZ 2007, 273 f., 2006, 469 f. und 2003, 661 f.).

21 bb) Voraussetzung einer Zurechnung fiktiver Einkünfte ist mithin, dass der Unterhaltspflichtige 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.

22 (1) Im Rahmen der Zumutbarkeit einer Nebentätigkeit sind zunächst die objektiven Grenzen einer Erwerbstätigkeit unter Berücksichtigung des Umfangs der schon ausgeübten Vollzeittätigkeit zu berücksichtigen. Übt der Unterhaltspflichtige eine Berufstätigkeit aus, die 40 Stunden wöchentlich unterschreitet, kann grundsätzlich eine Nebentätigkeit von ihm verlangt werden. Denn wegen der gesteigerten Unterhaltspflicht nach § 1603 Abs. 2 Satz 1 und 2 BGB muss der Unterhaltspflichtige sich mindestens an der Höchstgrenze der regelmäßigen Erwerbstätigkeit orientieren, die gegenwärtig noch 40 Stunden wöchentlich beträgt. Allerdings sind im Rahmen der objektiven Zumutbarkeit auch die Grenzen des Arbeitszeitgesetzes zu beachten. Nach § 3 ArbZG darf die werktägliche Arbeitszeit der Arbeitnehmer acht Stunden nicht überschreiten. Ausnahmen

kommen nur in engen Grenzen in Betracht. Nach § 9 Abs. 1 ArbZG dürfen Arbeitnehmer an Sonn- und gesetzlichen Feiertagen grundsätzlich nicht beschäftigt werden. Damit ist die wöchentliche Arbeitszeit regelmäßig auf (6 Tage x 8 Stunden =) 48 Stunden begrenzt, wobei nach § 2 ArbZG die Arbeitszeiten bei verschiedenen Arbeitgebern zusammenzurechnen sind. Lediglich in mehrschichtigen Betrieben kann der Beginn und das Ende der Sonn- und Feiertagsruhe verschoben werden. Darüber hinaus sieht § 10 ArbZG Ausnahmen für bestimmte Arbeiten vor, die nicht an Werktagen vorgenommen werden können. Mit diesen Vorschriften ist aus objektiver Sicht die Obergrenze der zumutbaren Erwerbstätigkeit auch für die Fälle vorgegeben, in denen der Unterhaltspflichtige nach § 1603 Abs. 2 Satz 1 und 2 BGB gesteigert unterhaltspflichtig ist (vgl. Senatsurteil vom 20. Februar 2008 - XII ZR 101/05 - FamRZ 2008, 872, 875 und BVerfG FamRZ 2003, 661, 662).

23 Das Berufungsgericht hat schon nicht hinreichend festgestellt, ob und in welchem Umfang die Vollzeittätigkeit des Beklagten die regelmäßige Arbeitszeit von 40 Wochenstunden erreicht oder gar übersteigt. Die vorliegenden Monatsjournale für die Zeit von Januar bis Mai 2006 legen die Annahme nahe, dass die regelmäßige Arbeitszeit des Beklagten 40 Wochenstunden beträgt. Das unterhaltsrelevante Einkommen haben die Instanzgerichte aber auf der Grundlage der Einkommensnachweise für die Zeit von Juli 2004 bis Juni 2005 ermittelt, die neben dem Festgehalt und sonstigen Zulagen sogar Vergütungen für insgesamt 135 Überstunden enthalten.

24 (2) Im Rahmen der Zurechnung fiktiver Nebenverdienste ist weiterhin zu prüfen, ob und in welchem Umfang es dem Unterhaltspflichtigen unter Abwägung seiner von ihm darzulegenden besonderen Lebens- und Arbeitssituation einerseits und der Bedarfslage des Unterhaltsberechtigten andererseits zugemutet werden kann, eine Nebentätigkeit auszuüben (vgl. BVerfG FamRZ 2003,

661, 662). Auch die insoweit relevanten weiteren subjektiven und objektiven Voraussetzungen der Zurechnung fiktiver Einkünfte hat das Oberlandesgericht nicht hinreichend gewürdigt.

25 Zwar hat es in zutreffender Weise in seine Entscheidung einbezogen, dass der Beklagte an den Wochenenden nicht berufstätig und deswegen grundsätzlich samstags nicht an einer Nebentätigkeit gehindert ist. Soweit es weiter darauf abstellt, dass sich der Arbeitsplatz des Beklagten an seinem Wohnort befindet, spricht auch dieser Umstand gegen eine übermäßige Belastung durch die in Vollzeit ausgeübte Berufstätigkeit. Für die Zumutbarkeit einer Nebentätigkeit sagt dies allerdings noch nichts aus, solange ungeklärt ist, ob auch die Nebentätigkeit am Wohnort des Beklagten möglich wäre. Völlig unberücksichtigt hat das Berufungsgericht gelassen, dass der Beklagte der Vater des Klägers und eines weiteren Kindes ist und Art. 6 Abs. 2 GG ihm nicht nur das Recht zum Umgang einräumt, sondern auch eine entsprechende Pflicht auferlegt (vgl. BVerfG FamRZ 2008, 845, 847 ff. und Senatsbeschluss vom 14. Mai 2008 - XII ZB 225/06 - FamRZ 2008, 1334 f.). Schließlich ist zu berücksichtigen, dass der Beklagte seit dem 15. November 2005 wieder allein lebt und auch seinen Haushalt allein führen muss, was zwischen den Parteien unstreitig ist.

26 Das Oberlandesgericht hat deswegen nicht unter Würdigung aller maßgeblichen Umstände geprüft, ob dem Beklagten neben seiner vollschichtigen Erwerbstätigkeit, eventuellen Überstunden, der Kontaktpflege mit seinen Kindern und der Belastung durch die Haushaltsführung überhaupt genügend Zeit für eine Nebentätigkeit an Samstagen verbleibt.

27 (3) Schließlich halten auch die Feststellungen des Berufungsgerichts, wonach der Beklagte eine zumutbare Nebentätigkeit finden und daraus monatlich 150 € netto erzielen könnte, den Angriffen der Revision nicht stand.

28 Die Zurechnung fiktiver Einkünfte setzt neben den nicht ausreichenden Erwerbsbemühungen eine reale Beschäftigungschance voraus. Die Gerichte müssen deswegen prüfen, ob es Nebentätigkeiten entsprechender Art für den Unterhaltspflichtigen überhaupt gibt und der Aufnahme einer solchen Tätigkeit keine rechtlichen Hindernisse entgegenstehen, für die der Unterhaltspflichtige darlegungs- und beweispflichtig ist (Senatsurteil vom 22. Oktober 1997 - XII ZR 278/95 - FamRZ 1998, 357, 359; BVerfGE 68, 256, 270 = FamRZ 1985, 143, 146).

29 Auch die Höhe der fiktiv berücksichtigten Einkünfte hält einer rechtlichen Kontrolle nicht stand. Denn das Oberlandesgericht hat dem Beklagten Nettoeinkünfte in Höhe von 150 € monatlich angerechnet, ohne im Einzelnen darzulegen, wie diese sich errechnen. Weil das Berufungsgericht weder den vom Beklagten durch eine Nebentätigkeit erzielbaren Stundensatz noch den Umfang der ihm zugemuteten Nebenerwerbstätigkeit genau bemessen hat, kann die Entscheidung nach dem auch verfassungsrechtlich gebotenen Maßstab der Zumutbarkeit nicht überprüft werden. Die Begründung des Oberlandesgerichts trägt deswegen die Zurechnung der angesetzten fiktiven Einkünfte nicht.

30 4. Soweit das Berufungsgericht eine Berücksichtigung der Kreditverpflichtung des Beklagten abgelehnt hat, hält dies im Ergebnis der revisionsrechtlichen Prüfung stand. Allerdings kann die Begründung des Oberlandesgerichts nicht überzeugen. Denn der aufgenommene Kredit beläuft sich ohnehin nur auf knapp 900 € und die monatliche Rate beträgt lediglich 35 €. Wenn das Oberlandesgericht meint, den Beklagten treffe aus unterhaltsrechtlicher Sicht eine Obliegenheit, eine kostengünstigere gebrauchte Küche anzuschaffen, hätte es folgerichtig Kreditraten für deren Kosten berücksichtigen müssen.

31 Im Ergebnis können die Kreditraten aber deswegen unberücksichtigt bleiben, weil es sich wegen der geringen Höhe um Kosten der privaten Lebensführung handelt (vgl. auch Senatsurteil vom 30. August 2006 - XII ZR 98/04 - FamRZ 2006, 1511, 1514 f.). Diese sind von dem verbleibenden Einkommen zu tragen und können unterhaltsrechtlich nicht berücksichtigt werden.

32 5. Soweit das Berufungsgericht den Beklagten wegen eines im Einzelfall herabzusetzenden Selbstbehalts für voll leistungsfähig erachtet hat, hält dies den Angriffen der Revision nicht stand.

33 a) Zu Recht ist das Berufungsgericht allerdings davon ausgegangen, dass bei der Bemessung der Leistungsfähigkeit des Beklagten wegen seiner gesteigerten Unterhaltspflicht gegenüber dem minderjährigen Kläger nach § 1603 Abs. 2 Satz 1 BGB lediglich der notwendige Selbstbehalt zu wahren ist (Senatsurteil vom 9. Januar 2008 - XII ZR 170/05 - FamRZ 2008, 594, 596 f.). Dieser betrug nach den Leitlinien des Oberlandesgerichts für erwerbstätige Unterhaltspflichtige zunächst monatlich 775 €, ab Juli 2005 monatlich 820 € und beläuft sich für die Zeit ab Januar 2008 auf monatlich 900 € (vgl. FamRZ 2003, 1722, 1725, 2005, 1361, 1362 und 2008, 359, 363 jeweils unter Ziff. 21.2).

34 b) Zwar ist im Selbstbehalt ein jeweils konkret aufgeführter Anteil für Wohnkosten enthalten. Soweit das Oberlandesgericht den Selbstbehalt des Beklagten wegen der tatsächlich geringeren Wohnkosten herabgesetzt hat, widerspricht dies aber der Rechtsprechung des Senats. Danach ist dem Unterhaltspflichtigen gegenüber seinen minderjährigen Kindern der notwendige Selbstbehalt zu belassen, auch wenn die Wohnkosten den insoweit im Selbstbehalt berücksichtigten Betrag unterschreiten (Senatsurteil vom 23. August 2006 - XII ZR 26/04 - FamRZ 2006, 1664, 1666). Es unterliegt grundsätzlich der freien Disposition des Unterhaltspflichtigen, wie er die ihm zu belassenden, oh-

nehin knappen Mittel nutzt. Ihm ist es deswegen nicht verwehrt, seine Bedürfnisse anders als in den Unterhaltstabellen vorgesehen zu gewichten und sich z.B. mit einer preiswerteren Wohnung zu begnügen, um zusätzliche Mittel für andere Zwecke, etwa für Bekleidung, Urlaubsreisen oder kulturelle Interessen, einsetzen zu können. Diese Lebensgestaltungsautonomie kann dem Unterhaltsschuldner auch gegenüber Unterhaltsansprüchen für ein minderjähriges Kind nicht verwehrt werden.

35 c) Eine Absenkung des Selbstbehalts käme danach allenfalls für die Zeit bis zum 14. November 2005 in Betracht, in der der Beklagte in einer Haushaltsgemeinschaft mit seiner früheren Lebensgefährtin wohnte. Denn nach der Rechtsprechung des Senats kann der Selbstbehalt eines Unterhaltspflichtigen wegen einer infolge gemeinsamer Haushaltsführung tatsächlich eintretenden Ersparnis herabgesetzt werden, höchstens jedoch bis auf sein Existenzminimum nach sozialhilferechtlichen Grundsätzen (Senatsurteil vom 9. Januar 2008 - XII ZR 170/05 - FamRZ 2008, 594, 598). Eine solche Herabsetzung kommt in Betracht, wenn der Unterhaltspflichtige in einer neuen Haushaltsgemeinschaft wohnt, dadurch Kosten für die Wohnung oder die allgemeine Lebensführung erspart und sich deswegen auch sozialhilferechtlich auf einen - im Rahmen einer Bedarfsgemeinschaft - geringeren Bedarf verweisen lassen müsste. Selbst wenn der Beklagte die relativ geringen Kosten der Wohnung hier allein getragen haben sollte, schließt dies eine gewisse Ersparnis durch die gemeinsame Haushaltsführung nicht aus. Ob und in welchem Umfang eine solche Ersparnis eingetreten ist, bedarf der tatrichterlichen Feststellung.

36 6. Das Berufungsurteil kann deswegen keinen Bestand haben.

37 Die getroffenen Feststellungen rechtfertigen die Zurechnung fiktiver Einkünfte weder dem Grunde noch der Höhe nach. Im Rahmen der Leistungsfä-

higkeit des Beklagten hat das Berufungsgericht dem Beklagten abweichend von der Rechtsprechung des Senats jedenfalls für den Zeitraum seines Alleinlebens einen zu geringen Selbstbehalt belassen.

38 7. Für das weitere Verfahren weist der Senat auf folgendes hin:

39 Das Berufungsgericht muss bei der Prüfung der Zumutbarkeit eines Nebenerwerbs alle Umstände des Einzelfalles berücksichtigen und die Höhe eines eventuell erzielbaren weiteren Einkommens in einer für das Revisionsgericht nachprüfbaren Weise ermitteln. Sollte es dem Beklagten nach Abwägung aller Umstände des Einzelfalles ein Einkommen aus einer fiktiven Nebentätigkeit zurechnen, wird es insoweit auch pauschale berufsbedingte Kosten berücksichtigen müssen, weil ein konkreter Vortrag hinsichtlich fiktiver Einkünfte nicht verlangt werden kann.

40 Auf einen erhöhten Unterhaltsbedarf des Klägers ab Eintritt der Volljährigkeit am 6. April 2008 bis zum Ende des Unterhaltszeitraums am 31. Juli 2008 wird nach § 1612 b Abs. 1 Nr. 2 BGB das volle Kindergeld anzurechnen sein. Im Rahmen der Leistungsfähigkeit wird auch ein Nachrang gegenüber dem am

16. Mai 1992 geborenen weiteren Kind des Beklagten zu prüfen sein (§ 1609 Nr. 4 BGB).

Sprick Weber-Monecke Vézina

Dose Klinkhammer

Vorinstanzen:
AG Zeitz, Entscheidung vom 28.06.2006 - 6 F 342/04 -
OLG Naumburg, Entscheidung vom 26.10.2006 - 4 UF 33/06 -