

11. Abschnitt: Einkommen aus unzumutbarer Erwerbstätigkeit

I. Grundsatz

1. Abgrenzung zumutbare und unzumutbare Tätigkeit

800 Das Unterhaltsrecht legt den Parteien wechselnde Obliegenheiten auf. Der Unterhaltsgläubiger hat die Unterhaltslast soweit wie möglich zu verringern, der Unterhaltsschuldner hat sich leistungsfähig zu halten. Bedürftiger wie Pflichtiger müssen daher ihre Arbeitskraft so gut wie möglich einsetzen (→ Rn. 735 ff. und → Rn. 773 ff.).

801 Die Erwerbsobliegenheit bezieht sich aber nur auf **zumutbare Tätigkeiten**. Wird der Berechtigte oder Verpflichtete dagegen **überobligationsmäßig** tätig, zB durch Berufstätigkeit nach der Trennung/Scheidung trotz Betreuung eines Kindes unter drei Jahren, durch Zusatztätigkeiten neben einer Vollzeittätigkeit, durch Berufstätigkeit über die Regelarbeitszeit hinaus oder durch Ferienarbeit als Student, handelt es sich um eine sog **unzumutbare Erwerbstätigkeit**. Unzumutbar bedeutet, dass für diese Tätigkeit keine Erwerbsobliegenheit besteht. Derjenige, der sie ausübt, ist unterhaltsrechtlich nicht gehindert, sie **jederzeit zu beenden**, gleichgültig, ob er Unterhaltsschuldner ist und möglicherweise seine Leistungsfähigkeit herabsetzt oder ob er sich in der Rolle des Unterhaltsgläubigers befindet und seine Bedürftigkeit erhöht.¹ Dies kann auch gelten, wenn die Ausübung einer Erwerbstätigkeit mit einer an sich unzumutbaren gesundheitlichen Belastung verbunden ist.²

Die Ausübung einer Erwerbstätigkeit kann auch nur **teilweise** überobligatorisch sein,³ z. B. wenn nur eine Teilerwerbsunfähigkeit nach § 43 I SGB VI besteht und ganztags gearbeitet wird (→ Rn. 817a) oder bei voller Berufstätigkeit und Betreuung eines über drei Jahre alten Kindes mit erheblicher Restbetreuung (→ Rn. 806).

802 Die unterhaltsrechtliche Berücksichtigung des Einkommens aus unzumutbarer Tätigkeit ist im Gesetz nur unvollkommen in dem schwer verständlichen § 1577 II BGB beim Ehegattenunterhalt geregelt. Nach der Rechtsprechung wird es nach Treu und Glauben nur zum Teil oder überhaupt nicht angerechnet (→ Rn. 812, → Rn. 821 ff., → Rn. 835 ff.). Im konkreten Einzelfall ist deshalb zunächst **zu prüfen**, ob es sich um Einkünfte aus einer nachhaltig erzielten, dauerhaften und damit zumutbaren oder aus einer überobligationsmäßigen, jederzeit beendbaren und damit unzumutbaren Tätigkeit handelt. Trifft letzteres zu, ist nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung des konkreten Einzelfalles in einem zweiten Schritt abzuwägen, ob und wenn ja in welcher Höhe das überobligatorisch erzielte Einkommen für die Unterhaltsberechnung herangezogen wird.⁴

2. Erwerbstätigkeit trotz Betreuung kleiner Kinder

803 Die Wahrung der Kindesbelange und die gemeinschaftliche Verantwortung von Eltern für ihre Kinder bewirken, dass bei deren Betreuung auch beim Ehegattenunterhalt der Grundsatzes der Eigenverantwortung zurücktritt und in erster Linie auf die Belange des Kindes abgestellt werden muss.⁵ Darauf hat der Gesetzgeber bei der Reform des Unterhaltsrechts zum 1.1.2008 trotz der Stärkung der Eigenverantwortung in § 1569 BGB beim nachehelichen Unterhalt in seinen Materialien zur Neufassung des § 1570 BGB ausdrücklich hingewiesen.⁶ Auch wenn die Neufassung der §§ 1570, 1615I BGB ins-

¹ BGH FamRZ 2013, 1558 = R 739a; 2006, 846 = R 648d; 1984, 364; 1983, 146 (149).

² BGH FamRZ 2013, 1558 = R 739a.

³ BGH FamRZ 2013, 1558 = R 739a.

⁴ BGH FamRZ 2013, 1558 = R 739a; 2013, 191.

⁵ BT-Drs. 16/6980, 9.

⁶ BT-Drs. 16/6980, 9.

gesamt bei ehelichen Kindern zu einer Vorverlagerung des Beginns der Erwerbsobliegenheit führt, dienen Betreuungsansprüche nicht der Entlastung des Pflichtigen, sondern der Stärkung und Förderung des Kindeswohls durch eine frühere Absicherung des Arbeitsplatzes des das Kind betreuenden Elternteils. Die Vorverlagerung des Beginns der Berufstätigkeit entspricht den geänderten realen Verhältnissen mit dem ab Vollendung des 3. Lebensjahrs eines Kindes garantierten Kindergartenplatz (§ 24 I SGB VIII) und den in den letzten Jahrzehnten erfolgten gesellschaftlichen Veränderungen mit einem früheren Einstieg in das Berufsleben trotz Kinderbetreuung.⁷ Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers erfordert das Kindeswohl regelmäßig nur bis zur Vollendung des dritten Lebensjahres eines Kindes eine persönliche Betreuung durch einen Elternteil. Für die Zeit danach wurde dieser Vorrang gegenüber anderen kindgerechten Betreuungsmöglichkeiten aufgegeben.⁸

Durch die Neufassung der §§ 1570, 1615I II BGB zum 1.1.2008 besteht damit bei Ansprüchen auf nahehelichen Unterhalt oder Ansprüchen nicht verheirateter Eltern mindestens bis zur **Vollendung des 3. Lebensjahres** eines Kindes keine Erwerbsobliegenheit.⁹ Wird in dieser Zeit trotzdem einer Erwerbstätigkeit nachgegangen, ist sie immer **überobligatorisch**.¹⁰ Dies bedeutet allerdings regelmäßig nicht, dass das hieraus erzielte Einkommen überhaupt nicht angesetzt wird, es ist vielmehr im Rahmen des § 1577 II BGB nach Treu und Glauben zu kürzen (→ Rn. 812, → Rn. 822). Für den Trennungunterhalt gelten die gleichen Grundsätze (→ Rn. 4/59). Es ist lediglich zu beachten, dass in der Trennungszeit im Gegensatz zum nahehelichen Unterhalt (§ 1570 BGB: ... „gemeinschaftliche Kinder“) auch die Betreuung nichtgemeinschaftlicher im Haushalt lebender Kinder zu berücksichtigen ist (→ § 4 Rn. 38).

Ab welchem Zeitpunkt und in welchem Umfang danach eine Erwerbsobliegenheit beginnt, ist im Gegensatz zur bis 31.12.2007 geltenden Rechtslage nach dem Willen des Gesetzgebers in Abkehr vom bis dahin angewandten sog Altersphasenmodell stärker nach dem konkreten Einzelfall zu beurteilen. Dabei sind nach §§ 1570 I 3, 1615I II 5 BGB in erster Linie die Belange des Kindes und die bestehenden Kinderbetreuungsmöglichkeiten zu berücksichtigen, nach §§ 1570 II, 1615I II 5 BGB ferner der Vertrauensschutz in die während des Zusammenlebens vereinbarte und praktizierte Rollenverteilung und Ausgestaltung der Kinderbetreuung (→ § 4 Rn. 160 ff.).¹¹ Nach dem sich aus den Materialien ergebenden Willen des Gesetzgebers ist dabei kein abrupter Wechsel von der elterlichen Betreuung zur Vollzeittätigkeit gewollt, sondern wie bisher ein **gestufter, an den Belangen des Kindes und den bestehenden Kinderbetreuungsmöglichkeiten orientierter Übergang** ins Berufsleben.¹² Nach BGH dürfen deshalb an die Darlegung kindbezogener Gründe keine überzogenen Anforderungen gestellt werden.¹³ Hierbei ist auch zu berücksichtigen, dass ein Ehegatte, der wegen der Kinderbetreuung seine eigene Erwerbstätigkeit dauerhaft oder eingeschränkt aufgegeben hat, anders zu behandeln ist als ein Ehegatte, der trotz Kinderbetreuung alsbald in den Beruf zurückkehren wollte.¹⁴

Vorrangig zu prüfen sind nach der Neufassung des Gesetzes zum 1.1.2008 für die Frage einer Erwerbsobliegenheit nach Vollendung des 3. Lebensjahres eines Kindes die sog **kindbezogenen Gründe** (Alter, Anzahl der Kinder, gesundheitliche Beeinträchtigung des Kindes, besondere Bedürfnisse durch sportliche oder musische Aktivitäten, notwendige Hausaufgabenbetreuung, generelle Betreuungssituation, kindgerechte Betreuungsmöglich-

⁷ BT-Drs. 16/6980, 8.

⁸ BGH FamRZ 2012, 1040 = R 732b; 2010, 1880 = R 716a; 2010, 1050; 2010, 357 = R 709c; 2009, 1124 ; 2009, 770 = R 704a.

⁹ BGH FamRZ 2010, 1880 = R 716a; 2010, 357 = R 709c; 2009, 1391; 2009, 1124; 2009, 770 = R 704a.

¹⁰ BGH FamRZ 2010, 1880 = R 716a; 2010, 357 = R 709c; 2009, 1391; 2009, 1124; 2009, 770 = R 704a.

¹¹ BT-Drs. 16/6980, 8, 10.

¹² BGH FamRZ 2011, 1375 = R 727; 2010, 1880 = R 716a; 2010, 357 = R 709c; 2009, 1391; 2009, 1124; 2009, 770 = R 704a.

¹³ BGH FamRZ 2012, 1040 = R 732d; 2011, 1375 = R 727.

¹⁴ BT-Drs. 16/6980, 9; Gerhardt FuR 2008, 9.

keit),¹⁵ daneben aber auch **elternbezogene Gründe** (Vertrauensschutz, persönliche Restbetreuung neben der Fremdbetreuung, Beteiligung am Umgangsrecht).¹⁶

- 806 Nach BGH kann auch bei Betreuung von **über drei Jahre alten** Kindern eine **überobligatorische Tätigkeit** vorliegen, wenn der nach der Betreuung in einer Tageseinrichtung verbleibende Anteil an der persönlichen Betreuung zu einer überobligatorischen Belastung führt.¹⁷ Wann dies der Fall ist, ist eine Einzelfallfrage, die vor allem genaue Ausführungen des betreuenden Elternteils zum Umfang der ihm trotz Fremdbetreuung verbleibenden Restbetreuung erfordert. Indizien sind insbesondere das Alter des Kindes, da kleinere Kinder noch eine Betreuung rund um die Uhr benötigen, die Anzahl der Kinder sowie deren Gesundheitszustand, Entwicklungsstand und individuelle Bedürfnisse.¹⁸ Entsprechendes gilt, wenn bei Betreuung mehrerer Kinder entgegen der Eheplanung eine Erwerbstätigkeit aufgenommen werden muss, weil sich der Pflichtige weigert, Unterhalt zu zahlen oder auf Grund Überschuldung nur bedingt leistungsfähig ist. Da nach dem Willen des Gestzgebers kein übergangsloser Wechsel von Ganztagsbetreuung in Ganztags-erwerbsobliegenheit erfolgen soll,¹⁹ ist bei Prüfung dieser Frage ein großzügiger Maßstab anzulegen. Dabei ist nach BGH eine gerechte Lastenverteilung zwischen den Eltern zu beachten.²⁰ Es wird sich allerdings regelmäßig nur um eine **teilweise überobligatorische** Tätigkeit handeln, zB bezüglich des über eine Halbtags-tätigkeit hinausgehenden Einkommens. Nicht ausreichend ist für die Annahme einer unzumutbaren Tätigkeit nach BGH, dass Berufsausübung und Kinderbetreuung einen täglichen Umfang von 8 Stunden überschreiten.²¹
- 807 Eine überobligatorische Tätigkeit liegt regelmäßig vor, wenn das zu betreuende Kind **schwer behindert** ist, selbst wenn Pflegegeld nach § 13 VI SGB XI bezahlt wird (→ Rn. 816).²²
- 808 Nach der geänderten Rechtsprechung des BGH ist beim Ehegattenunterhalt auch eine überobligatorische Tätigkeit **ehesprägend**. Das Einkommen ist aber vorab nach § 1577 II BGB um einen anrechnungsfreien Teil zu kürzen (→ Rn. 822, → § 4 Rn. 552, → § 4 Rn. 583).²³ Dies gilt auch, wenn der **Pflichtige** die Kinder betreut, wobei dann die Kürzung des Einkommens aus Billigkeitsgründen nach § 242 BGB zu erfolgen hat (→ Rn. 834, → Rn. 839).²⁴
- 809 Die neue Rechtslage ab 1.1.2008 zeigt deutlicher als früher auf, dass das Problem der Berufstätigkeit neben der Kinderbetreuung an sich nicht in der Einordnung als normale oder überobligatorische Tätigkeit liegt, weil sich am Aufgabenbereich des neben der Kinderbetreuung berufstätigen Elternteils nichts geändert hat. Entscheidend ist vielmehr die in diesen Fällen immer schon gegebene und auch künftig weiterhin bestehende **Doppelbelastung**.²⁵
- 810 Die Doppelbelastung wird zum Teil ausgeglichen durch die Berücksichtigung der konkreten **Kinderbetreuungskosten** (→ Rn. 1053 ff.).²⁶ Nach dem Willen des Gesetzgebers sind diese generell als Abzugsposten bei der Bereinigung des Nettoeinkommens für die Unterhaltsberechnung zu berücksichtigen (vgl. Leitlinien Ziff. 10.3)²⁷ bzw. als Mehrbedarf des Kindes einzustufen. Mehrbedarf des Kindes sind nach BGH zB die **Kindergarten-**

¹⁵ BGH FamRZ 2012, 1040 = R 732d; vgl. auch Gerhardt FuR 2010, 61 mit einem Prüfungsschema.

¹⁶ BGH FamRZ 2010, 1880 = R 716a; 2009, 1391; 2009, 1124; 2009, 770 = R 704a.

¹⁷ BGH FamRZ 2014, 1987; 2012, 1040 = R 732f; 2010, 1880 = R 716a; 2009, 1391; 2009, 1739.

¹⁸ BGH FamRZ 2014, 1987; 2012, 1040 = R 732f; 2009, 1391.

¹⁹ BT-Drs. 16/6980, 9.

²⁰ BGH FamRZ 2012, 1040 = R 732 f.

²¹ BGH FamRZ 2010, 1050.

²² BGH FamRZ 2006, 846 = R 648c.

²³ BGH FamRZ 2006, 846 = R 648a; 2006, 683; 2005, 1154 = R 630a; 2005, 967.

²⁴ BGH FamRZ 2003, 848 = R 588d; FamRZ 2001, 350.

²⁵ Vgl. den von Meier FamRZ 2008, 101 eindrucksvoll geschilderten Tagesablauf einer allein erziehenden Mutter.

²⁶ BGH FamRZ 1991, 182 = R 430.

²⁷ BT-Drs. 16/1830, 17.

kosten (→ Rn. 1054, → § 2 Rn. 400).²⁸ Die Berücksichtigung der Kinderbetreuungs-kosten hat nicht nur zu erfolgen, wenn es beim nahehelichen Ehegattenunterhalt um den Tatbestand des § 1570 BGB geht, sondern auch bei einem Anspruch nach § 1573 II BGB, wenn der Kinder betreuende Elternteil nur durch eine Kosten verursachende Ganztags-betreuung des Kindes einer Vollzeittätigkeit nachgehen kann. Entsprechendes gilt bei Ansprüchen nach § 1615I BGB.

Zusätzlich kann ein Ausgleich der Doppelbelastung durch Ansatz eines sog. **Betreuungsbonus** vorgenommen werden (→ Rn. 1058 ff.). Mit dem Betreuungsbonus soll der finanziell nicht messbare Mehraufwand durch die Berufstätigkeit neben der Kinderbetreuung etwas ausgeglichen werden (→ Rn. 1059). Dieser Mehraufwand ist naturgemäß bei kleinen Kindern größer, da diese regelmäßig noch einer ständigen Betreuung bedürfen.²⁹ Er besteht aber im Einzelfall auch noch bei über 10-jährigen Kindern bis zur Volljährigkeit, zB bei Schulproblemen, in der Pubertät, bei Suchtproblemen usw.³⁰ Der BGH stellt darauf ab, dass sich die Betreuung zwar ohne konkreten Kostenaufwand, aber nur unter besonderen Erschwerissen bewerkstelligen lässt.³¹ Die Bonushöhe richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls (Anzahl und Alter der Kinder; Umfang der Betreuungsbedürftigkeit und eigene Tätigkeit)³² und ist nach Abwägung aller Umstände zu schätzen. Eine Pauschalierung hat der BGH abgelehnt.³³ Dem ist wegen der Vielzahl der möglichen Fallgestaltungen zuzustimmen. Zu den näheren Einzelheiten → Rn. 1060.

Handelt es sich um eine **überobligatorische** Tätigkeit, weil gearbeitet wird, obwohl das Kind das 3. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, sind die konkreten Betreuungskosten und der Betreuungsbonus im Rahmen des anrechnungsfreien Betrages nach § 1577 II BGB zu berücksichtigen (→ Rn. 1053).³⁴ Eine zusätzliche Berücksichtigung als Abzugsposten bei der Bereinigung des Nettoeinkommens nach Nr. 10.3 der Leitlinien kommt wegen des Verbots der Doppelverwertung dann nicht mehr in Frage. Auch der anrechnungsfreie Betrag ist nach den Umständen des Einzelfalls zu ermitteln und darf nicht pauschaliert werden. In der Regel wird der anrechnungsfreie Betrag in der Praxis geschätzt, wobei er über den darin enthaltenen konkreten Betreuungskosten liegen muss. Wird eine **normale Tätigkeit** angenommen oder betreut **der Pflichtige** die Kinder und geht zugleich einer Erwerbstätigkeit nach, erfolgt die Berücksichtigung bei der Bereinigung des Nettoeinkommens (→ Rn. 1053 ff.).³⁵

Berechnungsbeispiele:

- a) M hat nach Abzug des Kindesunterhalts ein bereinigtes Nettoeinkommen von 2000 EUR, F aus einer Geringverdienertätigkeit von 400 EUR, wobei sie das gemeinsame zweijährige Kind betreut, erst nach der Trennung wegen der beengten finanziellen Verhältnisse zu arbeiten begann und konkrete Fahrtkosten von 20 EUR hat. Anspruch F?
- b) Wie wäre es, wenn F konkrete Betreuungskosten von 50 EUR geltend machen würde?
- c) Wie wäre es im Fall a, wenn das Kind bereits vier Jahre alt wäre, F nur einen Halbtagskindergartenplatz bekommt, wobei die Kindergartenkosten 100 EUR betragen, und F wie in der Ehe beabsichtigt eine Halbtagsstätigkeit mit einem Nettoeinkommen von 750 EUR bei konkreten Fahrtkosten von 50 EUR aufgenommen hat?

Lösung

zu a)

Das Einkommen der F ist beim Alter des Kindes überobligatorisch und daher nach § 1577 II 2 BGB nur zum Teil anzusetzen. Als anrechnungsfreier Betrag kommen zB 100 EUR in Betracht. Das bereinigte Nettoeinkommen von F beträgt dann nach Abzug von 20 EUR berufsbedingten Aufwendungen und des anrechnungsfreien Betrages 280 EUR (400 ./. 20 ./. 100). Nach der geänderten Rechtsprechung des BGH ist das Einkommen der F in dieser Höhe prägend.

²⁸ BGH FamRZ 2009, 962 = R 700; 2008, 1152.

²⁹ Meier FamRZ 2008, 101.

³⁰ Gerhardt NJW-Spezial 2008, 228.

³¹ BGH FamRZ 2013, 109.

³² BGH FamRZ 2001, 350.

³³ BGH FamRZ 2013, 109; 2010, 1050; 2005, 1154 = R 630d.

³⁴ Gerhardt in Anm. zu BGH FamRZ 2005, 1154.

³⁵ Vgl. SüdL, BL, BraL, BrL, CL, DrL, DL, FL, HaL, KoL, NaL, OL, RL, SchL, ThL jeweils Nr. 10.3.

Nach SüdL mit $\frac{1}{10}$:

$$\frac{1}{2} \left(\frac{9}{10} 2000 + \frac{9}{10} 280 \right) = 1026;$$

$$1026 \cdot \frac{9}{10} 280 = 774.$$

Nach DT mit $\frac{1}{7}$:

$$\frac{3}{7} (2000 \cdot \frac{9}{10} 280) = 737$$

zu b)

Die konkreten Betreuungskosten sind bei der Billigkeitsabwägung zu berücksichtigen, so dass weiterhin von einem anrechnungsfreien Betrag von 100 EUR auszugehen ist (Rest ist Betreuungsbonus); Lösung dann wie a.

zu c)

Es liegt keine überobligatorische Tätigkeit vor, da die Halbtagsbetreuung des Kindes im Kindergarten eine Halbtagsberufstätigkeit der F ermöglicht. Die Kindergartenkosten sind als Mehrbedarf des Kindes bei M abzuziehen, da F ohne die Berücksichtigung des Ehegattenunterhalts hierfür nicht leistungsfähig ist. Eine Mehrfachberechnung, in der zunächst der Ehegattenunterhalt ohne Kindergartenkosten berechnet wird, ist mE wegen des Vereinfachungsgrundsatzes entbehrlich, da sich F durch die Berücksichtigung des Mehrbedarfs Kindergartenkosten (Teil des Kindesunterhalts) bei der Bereinigung des Nettoeinkommens des M wegen der Halbteilung beim Ehegattenunterhalt zu 50% an den Kindergartenkosten durch entsprechende Kürzung ihres Unterhalts beteiligt.

Weitere Bereinigung Nettoeinkommen M: $2000 \cdot \frac{1}{10} = 1900$

Bereinigtes Nettoeinkommen F: $750 \cdot \frac{1}{10} = 75$ (konkrete Fahrtkosten) = 700

Nach SüdL mit $\frac{1}{10}$:

$$\text{Bedarf: } \frac{1}{2} \left(\frac{9}{10} 2000 + \frac{9}{10} 700 \right) = 1170$$

$$\text{Höhe: } 1170 \cdot \frac{9}{10} 700 = 540$$

Leistungsfähigkeit M gegeben, da sein Mindestselbstbehalt von 1200 EUR gesichert ist ($1900 \cdot \frac{1}{10} = 190$).

Nach DT mit $\frac{1}{7}$:

$$\frac{3}{7} (1900 \cdot \frac{1}{10} 700) = 514$$

- 814** Beim **Verwandtenunterhalt** gelten diese Kriterien nicht. Bei minderjährigen Kindern besteht eine gesteigerte Erwerbsobliegenheit (\rightarrow § 2 Rn. 366 ff.). Zur Sicherung des **Mindestunterhalts** ist deshalb auch ein überobligatorisch erzieltetes Einkommen in vollem Umfang anzusetzen.³⁶ Bei Betreuung eines Kindes und Barunterhaltungspflicht gegenüber einem weiteren beim anderen Elternteil lebenden Kind gelten die beim Unterhaltsanspruch nach §§ 1570, 1615l BGB entwickelten Kriterien, ab wann eine Erwerbsobliegenheit besteht, nicht. Nach BGH kann vielmehr die Erwerbsobliegenheit bereits ab Beendigung der Zahlung von Elterngeld (vor dem 1.1.2007 Erziehungsgeld) beginnen.³⁷ Bei mehreren Kindern, die in verschiedenen Haushalten leben, darf nach BGH nicht nur für ein Kind eine Unterhaltsleistung erbracht werden (sog Hausmann-Rechtsprechung, \rightarrow § 2 Rn. 275 ff.). Auch ein trotz Betreuung kleiner Kinder erzieltetes Einkommen ist deshalb bei der Leistungsfähigkeit zur Sicherung des Existenzminimums des Barmindestunterhalts eines weiteren beim anderen Elternteil lebenden Kindes regelmäßig ungekürzt heranzuziehen.³⁸ Geht es dagegen um höhere Einkommensgruppen, kann es angebracht sein, aus Billigkeitsgründen nach § 242 BGB einen Teil des Einkommens anrechnungsfrei zu belassen. Umgekehrt geht es beim Pflichtigen in diesen Fällen nicht um die Ausübung einer überobligatorischen Tätigkeit, sondern um die Übernahme von Bar- und Betreuungsunterhalt für das Kind (\rightarrow Rn. 839 ff.).

II. Unzumutbare Tätigkeit beim Berechtigten

1. Unzumutbare Tätigkeit beim Ehegattenunterhalt

- 815** Eine unzumutbare Tätigkeit lag nach BGH nach der **bis 31.12.2007 geltenden Rechtslage** insbesondere vor, wenn der Bedürftige bei beengten finanziellen Verhältnissen

³⁶ BGH FamRZ 2013, 1558 = R 739.

³⁷ Vgl. insoweit BGH FamRZ 2006, 1010 = R 650 beim früheren Erziehungsgeld.

³⁸ BGH FamRZ 2013, 1558 = R 739a.

trotz Betreuung kleiner Kinder erwerbstätig war oder wurde³⁹ (→ Rn. 803). Dabei hatte der BGH zuletzt nur noch darauf abgestellt, ob nach dem Altersphasenmodell keine oder keine volle Erwerbsobliegenheit bestand und die Überobligationsmäßigkeit aus dem Umstand hergeleitet, dass der Ehepartner durch die Trennung nicht mehr als Betreuungsperson zur Verfügung stand, um die Mehrbelastung Berufstätigkeit und Kinderbetreuung aufzufangen.⁴⁰ Diese Rechtsprechung gilt nur noch für Fälle, in denen es um Unterhaltsrückstände vor dem 1.1.2008 geht, da insoweit noch die frühere Rechtslage gilt (vgl. § 36 Nr. 7 EGZPO).

Nach der **ab 1.1.2008 geltenden Rechtslage** kann man bei Berufstätigkeit und Kinderbetreuung von einer überobligatorischen Tätigkeit generell nur noch ausgehen, wenn das Kind das 3. Lebensjahr noch nicht vollendet hat; dies gilt auch bei **Ansprüchen nach § 1615l BGB** (→ Rn. 804, → § 7 Rn. 24).⁴¹ Bei der Betreuung über dreijähriger Kinder kann nach BGH im konkreten Einzelfall eine überobligatorische Tätigkeit vorliegen, wenn trotz Fremdbetreuung des Kindes noch eine erhebliche persönliche Restbetreuung verbleibt (→ Rn. 806).⁴² Es wird dann aber regelmäßig nur ein Teil der Erwerbstätigkeit überobligatorisch sein, zB die über eine Halbtagsstätigkeit hinausgehende Berufstätigkeit.

Im Einzelfall kann ferner eine überobligatorische Tätigkeit vorliegen, wenn der Bedürftige ein **behindertes Kind** betreut und daneben gearbeitet wird, selbst wenn für das Kind Pflegegeld nach § 13 VI SGB XI geleistet wird.⁴³ Dies gilt auch bei einem **betreuungsbedürftigen Volljährigen**, der nicht in einer Behindertenwerkstatt tätig sein kann und einer umfassenden Einzelfallbetreuung bedarf. **816**

Eine unzumutbare Tätigkeit ist ferner gegeben, wenn der Bedürftige nach der **Verrentung oder Pensionierung** mit 65 Jahren weiter arbeitet oder Nebentätigkeiten verrichtet (→ Rn. 833).⁴⁴ Wie der BGH mit Urteil vom 12.1.2011 klarstellte, endet mit der Regelaltersgrenze von derzeit 65 Jahren die Erwerbsobliegenheit, so dass für die Zeit danach grundsätzlich keine Ausübung einer Berufstätigkeit mehr verlangt werden kann.⁴⁵ Dies gilt auch bei Ausübung einer **selbständigen Tätigkeit**, selbst wenn es in bestimmten Berufen üblich ist, auch über 65 Jahre hinaus tätig zu sein. Zum Umfang der Kürzung → Rn. 823. **817**

Eine überobligatorische Tätigkeit kann auch vorliegen, wenn die Ausübung der Berufstätigkeit mit unzumutbaren gesundheitlichen Belastungen verbunden ist.⁴⁶ Den Bedürftigen trifft hierfür die Darlegungs- und Beweislast; er hat Art und Umfang der behaupteten gesundheitlichen Beeinträchtigung anzugeben und darzulegen, inwieweit sich dies auf seine Erwerbsfähigkeit ausübt.⁴⁷ Soweit nur eine Teilerwerbsunfähigkeit nach § 43 I SGB VI vorliegt, betrifft die überobligatorische Tätigkeit nur die über eine Halbtagsbeschäftigung hinausgehende Erwerbstätigkeit. **817a**

Das Gleiche gilt, wenn die Berechtigte nach der Trennung trotz ausreichender Bemühungen keine angemessene Arbeit im Sinne des § 1574 II BGB findet und deshalb eine **untergeordnete Stellung** annimmt, zB statt in ihrem erlernten Beruf als Kindergärtnerin als Verkaufshilfe arbeitet.⁴⁸ Gemäß § 1577 II 2 BGB ist das Einkommen der Bedürftigen dann nicht in voller Höhe, sondern mit einem der Billigkeit entsprechenden gekürzten Betrag anzusetzen. Anders ist seit der Unterhaltsreform 2008 die Sachlage, wenn bereits in **818**

³⁹ Vgl. zB BGH FamRZ 2006, 846 = R 648c; FamRZ 2003, 518; FamRZ 1998, 1501 (1502); FamRZ 1983, 146.

⁴⁰ BGH FamRZ 2006, 846 = R 648c.

⁴¹ BGH FamRZ 2010, 1880 = R 716a; FamRZ 2010, 357 = R 709c; FamRZ 2009, 1391; FamRZ 2009, 1124; FamRZ 2009, 770 = R 704a.

⁴² BGH FamRZ 2014, 1987; 2012, 1040 = R 732f; 2010, 1880 = R 716a; 2009, 770 = R 704a; 2009, 1391.

⁴³ BGH FamRZ 2006, 846 = R 648c.

⁴⁴ BGH FamRZ 2013, 191; 2011, 454 = R 721b, c; 2006, 683.

⁴⁵ BGH FamRZ 2011, 454 = R 721b, c.

⁴⁶ BGH FamRZ 2013, 1558 = R 739a.

⁴⁷ BGH FamRZ 2013, 1558 = R 739a.

⁴⁸ BGH NJW-RR 1992, 1282.

der Ehe vom Bedürftigen eine im Verhältnis zur Ausbildung untergeordnete Tätigkeit ausgeübt wurde, da letztere nach der geänderten Rechtsprechung des BGH⁴⁹ und der Neufassung des § 1574 II BGB zum 1.1.2008 eine angemessene Tätigkeit darstellt.

819 Erhält der Bedürftige bei einer überobligatorischen Tätigkeit wegen Verlusts des Arbeitsplatzes **Arbeitslosengeld**, handelt es sich um kein Einkommen aus unzumutbarer Tätigkeit.⁵⁰

820 **Keine überobligatorische Tätigkeit** liegt vor, wenn eine Frau trotz **teilweiser Berufstätigkeit** einem neuen Lebensgefährten den **Haushalt führt** und für ihn Versorgungsleistungen erbringt. Nach BGH bildet die anzusetzende Vergütung regelmäßig ein Einkommen aus zumutbarer Tätigkeit, da die Haushaltsführung erfahrungsgemäß eher als eine Erwerbstätigkeit mit anderen Verpflichtungen vereinbar ist.⁵¹ Nach der Rechtsprechung des BGH wird bei einer **Vollzeittätigkeit** davon auszugehen sein, dass die Haushaltsführung in der neuen Partnerschaft geteilt wird und deshalb keine Vergütungsleistung anzusetzen ist.⁵² Meines Erachtens handelt es sich in beiden Fällen um kein Problem der Zahlung einer Vergütungsleistung, weil bekanntermaßen für eine Haushaltstätigkeit weder in der Ehe noch in einer neuen Partnerschaft etwas bezahlt wird, sondern um ersparte Aufwendungen durch das Zusammenleben (→ § 4 Rn. 596 ff.).⁵³ Bei ersparten Aufwendungen stellt sich das Problem des unzumutbaren Einkommens nicht.

2. Anrechnung nach § 1577 II BGB beim Ehegattenunterhalt

821 Die Höhe der Anrechnung richtet sich nach § 1577 II BGB. § 1577 II BGB beinhaltet eine Spezialregelung für die Anrechnung von Einkünften aus unzumutbarer Erwerbstätigkeit des Bedürftigen beim nahehelichen Unterhalt. § 1577 II BGB wird auch auf den Trennungunterhalt angewendet.⁵⁴ Nach der geänderten Rechtsprechung des BGH handelt es sich bei einem Einkommen aus überobligatorischer Tätigkeit ebenfalls um ein Surrogat der Familienarbeit und damit ein **in der Ehe angelegtes** Einkommen. Es bleibt nicht völlig anrechnungsfrei, sondern wird vorab aus Billigkeitsgründen um einen anrechnungsfreien Teil gekürzt (vgl. Beispiel → Rn. 813).⁵⁵

822 Die Höhe der Kürzung ist eine Einzelfallfrage, die der Tatrichter nach umfassender Prüfung aller Umstände bestimmt.⁵⁶ Bei dem Hauptanwendungsfall, der **Betreuung von kleinen Kindern** sind anfallende Betreuungskosten und ein evtl. zu zu erkennender Betreuungsbonus in die Billigkeitsentscheidung einzubeziehen (näher Rn. 812).⁵⁷ Wegen des Verbots der Doppelverwertung dürfen sie dann nicht mehr zusätzlich bei der Bereinigung des Nettoeinkommens nach Nr. 10.3 der Leitlinien angesetzt werden. Andererseits ist zu beachten, dass das Ergebnis nicht zu weit vom Halbteilungsgrundsatz abweicht. IdR wird ein Abzug von 20–30% angemessen sein, bei hohen konkreten Betreuungskosten aber auch ein Betrag darüber hinaus.

823 Die Höhe der Kürzung bei Fortsetzung einer **Tätigkeit über 65 Jahre hinaus** oder Ausübung einer Nebentätigkeit nach Verrentung/Pensionierung hängt im Wesentlichen davon ab, warum weiter gearbeitet wird bzw. warum Nebentätigkeiten verrichtet werden (zB Schuldenabbau, unzureichende Altersvorsorge),⁵⁸ ferner wie die beiderseitigen wirtschaftlichen Verhältnisse sind und wie stark bei fortschreitendem Alter die körperliche und seelische Belastung ist.⁵⁹ Im Einzelfall kann das bisherige Einkommen weiterhin voll

⁴⁹ BGH FamRZ 2005, 23.

⁵⁰ OLG Köln FamRZ 2006, 342.

⁵¹ BGH FamRZ 1995, 343.

⁵² BGH FamRZ 2005, 567.

⁵³ OLG München FamRZ 2006, 1535; 2005, 713; Gerhardt 2003, 372.

⁵⁴ BGH FamRZ 1983, 146.

⁵⁵ BGH FamRZ 2006, 683; 2005, 1154 = R. 630e; 2005, 967.

⁵⁶ BGH FamRZ 2013, 1558 = R. 739a.

⁵⁷ BGH FamRZ 2005, 1154 = R. 630c; Gerhardt in Anm. zu BGH FamRZ 2005, 1154.

⁵⁸ BGH FamRZ 2013, 191; 2011, 454 = R. 721c.

⁵⁹ BGH FamRZ 2013, 191.

angesetzt werden. Es darf aber durch die Verrentung/Pensionierung nicht zu einer Erhöhung des bisherigen Einkommens kommen, dh die ab 65 Jahren gezahlte Altersvorsorge und der Alterssteuerfreibetrag haben dem Bedürftigen anrechnungsfrei zu verbleiben, wenn man das bisherige Einkommen noch eine gewisse Zeit weiter ansetzt. Es kann aber auch, wenn die Fortsetzung der Berufstätigkeit nur wegen hoher Schulden oder fehlender ausreichender Altersversorgung erfolgen muss, lediglich das Einkommen aus den vorhandenen Versorgungsbezügen angesetzt werden. Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang auch ein fortgeschrittenes Alter,⁶⁰ dh bei einem Alter über 70 Jahren wird auch bei voller Erwerbstätigkeit eines Selbständigen generell nur eine Teilanrechnung des Einkommens nach § 1577 II BGB über das Einkommen aus den Versorgungsbezügen hinaus in Betracht kommen.

Zur Anrechnung des Einkommens aus unzumutbarer Tätigkeit bei Ehegatten nach dem alten Recht gemäß §§ 58 ff. EheG vgl. 8. Aufl. Rn. 1/824. 824

3. Anrechnung bei Kindern

Bei **minderjährigen Schülern** besteht keine Erwerbsobliegenheit, zumindest solange sie noch schulpflichtig sind und den Einschränkungen des JugArbSchG unterliegen.⁶¹ Eine Ausnahme kann nur bestehen, wenn der Minderjährige nach Beendigung der Schulzeit seine Ausbildung nicht fortsetzt oder eine aufgenommene Lehre abbricht. Er ist dann je nach Lage des Einzelfalls zur Aufnahme von Aushilfsarbeiten oder einer Hilfsarbeitertätigkeit verpflichtet. Dies gilt auch bei einer Teilzeitausbildung.⁶² Ansonsten dienen Ferienjobs oder Zeitungsaustragen regelmäßig nur der Verbesserung des Taschengeldes und sind daher aus Billigkeitsgründen nicht auf den Kindesunterhalt anzurechnen, sondern sind anrechnungsfrei (→ Rn. 100, → § 2 Rn. 109). Dies gilt selbst dann, wenn das erzielte Einkommen höher ist oder für Luxuswünsche (gebrauchter Pkw oder Motorrad) verwendet wird.⁶³ 825

Beim **volljährigen Schüler bis 21 Jahre**, der noch im Haushalt eines Elternteils lebt, besteht grundsätzlich ebenfalls keine Obliegenheit, neben der Schule einer Erwerbstätigkeit nachzugehen, so dass die gleichen Grundsätze gelten. Im Mangelfall kann unter Umständen verlangt werden, durch Aufnahme einer Aushilfsbeschäftigung selbst zur Deckung des Lebensbedarfs beizutragen.⁶⁴ Das dann erzielte Einkommen wäre zumindest teilweise analog § 1577 II BGB auf den Bedarf anzurechnen. 826

Bei sonstigen **volljährigen Kindern** in Ausbildung kommen Einkünfte aus unzumutbarer Tätigkeit vor allem bei Werkstudentenarbeit vor. Vergütungen für Nebentätigkeiten eines Studenten in den Semesterferien sind grundsätzlich Einkommen aus einer überobligationsmäßigen Tätigkeit.⁶⁵ Der Student soll sich, auch im Interesse des Unterhaltspflichtigen, mit ganzer Kraft sowie dem gehörigen Fleiß und der gebotenen Zielstrebigkeit dem Studium widmen, um dieses innerhalb angemessener Zeit und üblicher Dauer zu beenden. Die Semesterferien dienen daher neben der Erholung der Vertiefung und Wiederholung des Stoffes, soweit sie nicht ohnehin durch studienbedingte Arbeiten (Praktikum, Hausarbeiten) ausgefüllt sind.⁶⁶ 827

Da eine gesetzliche Regelung fehlt, ist die **Anrechenbarkeit** solcher Leistungen **nach § 1577 II BGB analog** unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls zu beurteilen. Danach bleiben Einkünfte anrechnungsfrei, soweit der Verpflichtete nicht den vollen Unterhalt leistet. Darüber hinaus kommt eine Anrechnung in Betracht, soweit dies unter Berücksichtigung der beiderseitigen wirtschaftlichen Verhältnisse der Billigkeit entspricht.⁶⁷

⁶⁰ BGH FamRZ 2011, 454 = R 721c.

⁶¹ OLG Düsseldorf FamRZ 2010, 2082.

⁶² OLG Düsseldorf FamRZ 2010, 2082.

⁶³ OLG Köln FamRZ 1996, 1001.

⁶⁴ BGH FamRZ 2003, 363 (365).

⁶⁵ BGH FamRZ 1995, 475 = R 491b.

⁶⁶ BGH FamRZ 1995, 475 = R 491b.

⁶⁷ BGH FamRZ 1995, 475 = R 491b.

Zu berücksichtigen sind dabei ua die Lebenshaltungskosten (zB Miete über den in den Leitlinien ausgewiesenen Wohnkosten von derzeit 280 EUR⁶⁸) und studienbedingte Mehraufwendungen. Soweit ein entsprechender Mehrbedarf besteht, wird das insoweit erzielte Einkommen anrechnungsfrei zu belassen sein. Das Gleiche gilt, wenn der Unterhalt nicht freiwillig bezahlt, sondern im Wege der Zwangsvollstreckung begetrieben werden muss.⁶⁹ Ein pauschaler anrechnungsfreier Betrag zB in Höhe der Differenz des Bedarfs eines Studenten und des notwendigen Selbstbehalts des Pflichtigen als Existenzminimum ist dagegen ohne nähere Prüfung des Einzelfalls abzulehnen⁷⁰ (→ Rn. 100 ff., → § 2 Rn. 109).

4. Anrechnung bei Ansprüchen nach § 1615I BGB

827a Bei Ansprüchen nach § 1615I BGB kann sich die Frage einer überobligatorischen Tätigkeit nur darauf beziehen, ob wegen der Kinderbetreuung nicht oder nicht in vollem Umfang gearbeitet werden muss. Wie bereits ausgeführt besteht bei Kindern unter drei Jahren auch bei Ansprüchen nach § 1615I BGB keine Erwerbsobliegenheit (→ Rn. 804, → Rn. 815). Eine trotzdem ausgeübte Erwerbstätigkeit ist überobligatorisch und in analoger Anwendung des § 1577 II BGB nach den Umständen des Einzelfalls wie beim Ehegattenunterhalt nur zum Teil anzurechnen (→ Rn. 822). Ist das Kind über drei Jahre alt, kann bei einer Ganztätigkeit eine teilweise überobligatorische Tätigkeit vorliegen, wenn noch eine erhebliche Restbetreuung besteht (→ Rn. 806).

III. Anrechnung von Einkommen aus unzumutbarer Erwerbstätigkeit beim Verpflichteten

1. Einkünfte des Verpflichteten aus unzumutbarer Erwerbstätigkeit

828 Beim Verpflichteten ist ein Erwerbseinkommen aus unzumutbarer Tätigkeit ua möglich in folgenden Fällen:

- Bei über das übliche Maß hinausgehenden Überstunden,⁷¹ Urlaubsabgeltung und sonstigen überobligationsmäßigen, unüblichen Mehrarbeiten und Belastungen⁷² (→ Rn. 87 ff.).
- Bei Nebentätigkeit und sonstiger unzumutbarer Zweitarbeit⁷³ (vgl. Ausführungen → Rn. 96 ff.).
- Bei Zusatztätigkeit (Aufsichtsratsmandat) oder bezahlter ehrenamtlicher Tätigkeit (zB Präsident der Handwerkskammer) neben einer vollen Erwerbstätigkeit (→ Rn. 831).⁷⁴
- Bei einem Auslandseinsatz in einem Kriegs- und Krisengebiet (→ Rn. 832).⁷⁵
- Bei Berufstätigkeit des Verpflichteten trotz Kinderbetreuung (→ Rn. 803 ff., 834).⁷⁶
- Bei Berufstätigkeit trotz unzumutbarer gesundheitlicher Belastung (→ Rn. 832).⁷⁷
- Bei Berufstätigkeit von Selbständigen und Nichtselbständigen über die Regelaltersgrenze von derzeit 65 Jahren hinaus (→ Rn. 833).⁷⁸

⁶⁸ Vgl. zB DT Anm. A 7; SüdL Nr. 13.1.2.

⁶⁹ BGH FamRZ 1995, 475 = R 491b.

⁷⁰ BGH FamRZ 1995, 475 = R 491b.

⁷¹ BGH FamRZ 2004, 186 = R 595a.

⁷² BGH FamRZ 1980, 984.

⁷³ BGH FamRZ 2006, 846 = R 648d; 1985, 360 (362); 1983, 152.

⁷⁴ BGH FamRZ 2013, 1366.

⁷⁵ BGH FamRZ 2012, 1201 = 733b.

⁷⁶ BGH FamRZ 2001, 350; 1991, 182.

⁷⁷ BGH FamRZ 2013, 1558 = R 739a.

⁷⁸ BGH FamRZ 2011, 454 = R 721b.