

Fiktive Einkünfte im Unterhaltsrecht

Christian Lucas

(Seminararbeit zum Seminar "Familien- und Erbrecht"

bei Prof. Dr. Dr. h.c. (F) Wilfried Schlüter
und Prof. Dr. J.B. Villela

im WS 1995/96)

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung.....	1
B. Voraussetzungen für die Berücksichtigung fiktiver Einkünfte im Unterhaltsrecht	2
I. Verletzung einer Unterhaltsrechtlichen Obliegenheit.....	2
1. Obliegenheitsverletzung im allgemeinen Unterhaltsverhältnis zwischen Verwandten in gerader Linie	2
a) Unterhaltsrechtliche Obliegenheiten des Berechtigten.....	2
aa) Vermögensobliegenheiten	3
(1) Vermögenseinziehung.....	3
(2) Vermögensnutzung.....	5
(3) Vermögensstammverwertung.....	6
bb) Erwerbsobliegenheiten	8
(1) Suche und Annahme eines Arbeitsplatzes	8
(a) Ausbildungsbedingte Unzumutbarkeit	9
(b) Körperlich bedingte Unzumutbarkeit	10
(c) Unzumutbarkeit wegen Kindesbetreuung	10
(2) Arbeitsplatzwechsel	10
(3) Behalten des Arbeitsplatzes	11
(a) Streitdarstellung.....	12
(b) Streitentscheidung	12
b) Unterhaltsrechtliche Obliegenheiten des Verpflichteten	14
aa) Vermögensobliegenheiten	14
bb) Erwerbsobliegenheiten	16
cc) Berücksichtigung von Verbindlichkeiten	17
(1) Streitdarstellung	18
(2) Streitentscheidung	18
2. Obliegenheitsverletzung im Unterhaltsverhältnis zwischen Eltern und minderjährigen, unverheirateten Kindern	20
a) Unterhaltsrechtliche Obliegenheiten des Berechtigten.....	20
aa) Vermögensobliegenheiten	20

bb) Erwerbsobliegenheiten.....	21
(1) Streitdarstellung.....	22
(2) Streitentscheidung.....	22
b) Unterhaltsrechtliche Obliegenheiten des Verpflichteten.....	24
aa) Vermögensobliegenheiten.....	24
bb) Erwerbsobliegenheiten.....	25
3. Obliegenheitsverletzung im Unterhaltsverhältnis zwischen den Partnern einer geschiedenen Ehe	27
a) Unterhaltsrechtliche Obliegenheiten des Berechtigten	27
aa) Vermögensobliegenheiten.....	28
(1) Vermögenseinziehung	28
(2) Vermögensnutzung	28
(3) Vermögensstammverwertung	30
(a) Unwirtschaftlichkeit gem. § 1577 III Alt. ¹	31
(b) Unbilligkeit gem. § 1577 III Alt. ²	32
bb) Erwerbsobliegenheiten.....	32
(1) Arbeitsplatzsuche.....	33
(2) Arbeitsplatzannahme	33
(a) Berücksichtigung von Ausbildung und Fähigkeiten	34
(b) Berücksichtigung von Alter und Gesundheitszustand	34
(c) Berücksichtigung der ehelichen Lebensverhältnisse	36
(3) Ausbildungsobliegenheit	37
(a) Streitdarstellung	38
(b) Streitentscheidung.....	39
b) Unterhaltsrechtliche Obliegenheiten des Verpflichteten.....	41
aa) Vermögensobliegenheiten.....	42
bb) Erwerbsobliegenheiten.....	44
cc) Berücksichtigung von Verbindlichkeiten.....	44
4. Obliegenheitsverletzung im Unterhaltsverhältnis zwischen getrennt lebenden Ehegatten.....	45
a) Unterhaltsrechtliche Obliegenheiten des Berechtigten	45
aa) Vermögensobliegenheiten.....	46
bb) Erwerbsobliegenheiten.....	47

(1) Orientierung an den persönlichen Verhältnissen des Berechtigten	48
(2) Orientierung an der wirtschaftlichen Situation der Ehegatten ..	50
b) Unterhaltsrechtliche Obliegenheiten des Verpflichteten	51
aa) Vermögensobliegenheiten	51
bb) Erwerbsobliegenheiten	53
cc) Berücksichtigung sonstiger Verbindlichkeiten.....	54
II. Vorwerfbarkeit der Obliegenheitsverletzung	54
1. Fortdauernde Obliegenheitsverletzung	55
2. Abgeschlossene Obliegenheitsverletzung.....	56
a) Nichtberücksichtigung tatsächlicher Bedürftigkeit	57
aa) Sittliches Verschulden	57
bb) Mutwilligkeit	58
b) Nichtberücksichtigung tatsächlicher Leistungsunfähigkeit	59
III. Kausalität.....	60
C. Rechtsfolge: Anrechnung fiktiver Einkünfte	61
1. Auswirkungen auf die Unterhaltsberechnung.....	62
2. Auswirkungen auf die Unterhaltsbemessung	63
3. Dauer der Anrechnung fiktiver Einkünfte	65
 ANHANG I: Abbildungen.....	 67
ANHANG II: Literaturverzeichnis	70
ANHANG III: Fußnoten.....	74

A. Einleitung

Das Unterhaltsrecht betrifft die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Person berechtigt ist, die Mittel zur Bestreitung ihres Lebensbedarfs ganz oder teilweise von einer anderen Person zu verlangen.¹ Derartige Ansprüche können kraft Gesetzes zwischen Verwandten in gerader Linie, zwischen Vater und Mutter eines nichtehelichen Kindes, zwischen Ehegatten und zwischen Partnern aufgelöster oder für nichtig erklärter Ehen entstehen.

Ob und in welcher Höhe ein Unterhaltsanspruch innerhalb eines solchen Verhältnisses gegeben ist, bestimmt sich im wesentlichen nach zwei Faktoren: Der Bedürftigkeit des Unterhaltsberechtigten² und der Leistungsfähigkeit des Verpflichteten. Ausgangspunkt für die Bestimmung der Bedürftigkeit einer Person ist die Ermittlung ihres Lebensbedarfs anhand gesetzlich festgelegter Kriterien, die an das unterhaltsrechtliche Verhältnis zum Verpflichteten anknüpfen. Wenn die vom Berechtigten tatsächlich erzielten, anrechenbaren Einkünfte seinen Bedarf nicht abdecken, besteht die Möglichkeit, ihm unter Umständen fiktive Einkünfte anzurechnen.³

Eine Fiktion im juristischen Sinne ist die Annahme dessen, was mit Sicherheit nicht wahr ist.⁴ Bei fiktiven Einkünften handelt es sich um Einkünfte, die der Betreffende tatsächlich nicht erzielt hat, die aber unterhaltsrechtlich so behandelt werden, als hätte er sie erzielt. Bedürftigkeit ist nur gegeben, wenn und soweit die Summe der anrechenbaren realen und fiktiven Einkünfte nicht ausreicht, den Bedarf zu decken. Diese Differenz muss vom Verpflichteten ersetzt werden, soweit ihm dies von der Rechtsordnung zugemutet wird. Die Höhe der Ersatzpflicht bestimmt sich nach am Einkommen ausgerichteten Kriterien, die je nach Unterhaltsverhältnis den Verpflichteten mehr oder weniger belasten. In Fällen, bei denen der so ermittelte, unterhaltsrechtlich haftende Teil des tatsächlichen Einkommens nicht dazu ausreicht, die Bedürftigkeit des Anspruchstellers zu befriedigen, wird in der Praxis die Anrechnung möglicherweise erzielbarer, fiktiver Einkünfte auch beim Verpflichteten bedeutsam.

Die Unterstellung fiktiver Einkünfte beim Berechtigten wie beim Verpflichteten findet in zunehmendem Maße Eingang in die tägliche Gerichtspraxis.⁵ Diese

Arbeit zeigt auf, unter welchen Voraussetzungen die Anrechnung fiktiver Einkünfte möglich ist und stellt die Folgen dar, die eine solche Anrechnung im einzelnen hat.

B. Voraussetzungen für die Berücksichtigung fiktiver Einkünfte im Unterhaltsrecht

I. Verletzung einer Unterhaltsrechtlichen Obliegenheit

Fehlen dem Berechtigten oder dem Verpflichteten Einkünfte, die zur Deckung des Unterhaltsbedarfs nötig sind, so werden ihnen fiktive Einkünfte nur unter der Voraussetzung unterstellt, dass es ihnen auch geboten war, diese Einkünfte tatsächlich zu erzielen. Die Anforderungen, die hinsichtlich der Erzielung von Einkünften im Unterhaltsrecht gestellt werden, sind ihrer Rechtsnatur nach Obliegenheiten.⁶ Eine Obliegenheit ist keine echte Pflicht, sondern eine "Last"; ihre Erfüllung liegt im wohlverstandenen Interesse des Belasteten, weil sonst Rechtsnachteile eintreten.⁷ Der Gegner hat weder Erfüllungs- noch Schadensersatzansprüche,⁸ kann sich aber u.U. auf die Obliegenheitsverletzung des anderen berufen, um den eigenen Unterhaltsanspruch zu erhöhen oder die eigene Unterhaltsverpflichtung zu mindern. Je nach unterhaltsrechtlichem Verhältnis sind die Obliegenheiten mehr oder weniger stark ausgeprägt.

1. Obliegenheitsverletzung im allgemeinen Unterhaltsverhältnis zwischen Verwandten in gerader Linie

Gem. § 1601⁹ sind Verwandte in gerader Linie kraft Gesetzes dazu verpflichtet, einander Unterhalt zu gewähren. In gerader Linie verwandt sind gem. § 1589 S. 1 Personen, deren eine von der anderen abstammt. Die folgenden Ausführungen beziehen sich auf das unterhaltsrechtliche Verhältnis zwischen diesen Personen mit Ausnahme des Verhältnisses zwischen Eltern und ihren minderjährigen, unverheirateten Kindern, für die andere Maßstäbe gelten.

a) Unterhaltsrechtliche Obliegenheiten des Berechtigten

Gem. § 1602 I ist im Unterhaltsverhältnis zwischen Verwandten in gerader Linie nur unterhaltsberechtig, wer außerstande ist, sich selbst zu unterhalten. Daraus wird für den Anspruchsteller die Obliegenheit abgeleitet, das ihm nach seinen

Kräften Mögliche und Zumutbare zur Deckung seines Unterhaltsbedarfs selbst zu unternehmen. Zugemutet wird die Erzielung von Einkünften aus vorhandenem Vermögen sowie durch Einsatz der eigenen Arbeitskraft.

Bei der Beurteilung der Zumutbarkeit sind stets die Umstände des Einzelfalles nach dem Grundsatz von Treu und Glauben aus § 242 zu berücksichtigen. Im Verhältnis zwischen Eltern und Kindern tritt an die Stelle dieses allgemeinen Grundsatzes das besondere Rücksichtnahmegebot des § 1618a.¹⁰ Dieses Gebot betrifft alle Eltern-Kind-Verhältnisse; weder Minderjährigkeit des Kindes noch das Leben in einer Hausgemeinschaft sind Voraussetzung.¹¹

aa) Vermögensobliegenheiten

Ausgehend von dem Grundsatz, dass jeder Berechtigte nur dann Unterhalt bekommen soll, wenn er sich nicht selbst unterhalten kann, wurden hinsichtlich des Umgangs mit dem eigenen Vermögen von der Rechtsprechung und Lehre verschiedene Grundobliegenheiten herausgebildet.

(1) Vermögenseinziehung

Zunächst muss der Bedürftige alle ihm möglichen und zumutbaren Maßnahmen treffen, um an ihm zustehende Vermögenswerte heranzukommen.¹² Dazu gehört zum Beispiel, dass er Forderungen bei Fälligkeit einzieht oder notfalls auch gerichtlich geltend macht.¹³ Dies gilt allerdings nur, wenn die Forderungen auch realisierbar sind.¹⁴

Auch ein nach §§ 2303 ff. bestehender Pflichtteilsanspruch muss von dem Berechtigten geltend gemacht werden.¹⁵ Im Unterhaltsverhältnis Geschiedener kann die Obliegenheit zur Geltendmachung eines Pflichtteilsanspruchs aus moralischen und wirtschaftlichen Gründen verneint werden, wenn in einem gemeinsamen Testament bestimmt ist, dass im Falle der Geltendmachung nach dem Ableben eines Erblassers der Anspruch insgesamt auf den Pflichtteil beschränkt ist.¹⁶ Solche Klauseln werden z.B. in gemeinsamen Testamenten von Eheleuten verwendet, um dem überlebenden Teil die volle Erbschaft zu erhalten.

Teilweise wird nun verlangt, dass diese Einschränkungen auch für den Berechtigten im Verwandtenunterhalt gelten sollen.¹⁷ Eine solche Übertragung ist aber

zu einen deshalb bedenklich, weil die genannten Grundsätze im Scheidungsunterhalt im Hinblick auf den Verpflichteten -und nicht auf den Berechtigten- entwickelt wurden. Des weiteren wurden zur Begründung der Einschränkung dort Kriterien herangezogen, die hier nicht greifen. So wird dort stets maßgeblich darauf abgestellt, ob der Pflichtteil auch bei fortbestehender, intakter Ehe zur Verfügung gestanden hätte.¹⁸ Die moralischen und wirtschaftlichen Erwägungen werden ergänzend herangezogen, haben aber kein Gewicht, wenn der Anspruch trotz moralischer oder wirtschaftlicher Bedenken auch in der Ehe geltend gemacht worden wäre.

Eine generelle Übertragung der dort entwickelten Grundsätze zur Einschränkung der Obliegenheiten des Berechtigten ist daher hier nicht geboten; es ist vielmehr richtigerweise zu fordern, dass sich der Unterhaltsgläubiger grundsätzlich nicht auf Kosten des Verpflichteten die spätere Erbschaft sichern darf.¹⁹

Auch das erfordert jedoch im Umkehrschluss keine generelle Obliegenheit zur Einforderung des Pflichtteils. So ist es durchaus denkbar, dass ein Absehen von der Geltendmachung auch den Unterhaltsschuldner begünstigt, der ja im Erbfalle in der Höhe von seiner Unterhaltspflicht befreit wird, wie sich der Berechtigte aus der (vollen) Erbschaft selbst unterhalten kann. Diese Überlegung gewinnt umso mehr an Gewicht, je eher davon auszugehen ist, dass der Unterhaltsschuldner dem Berechtigten auch zum Zeitpunkt der Erlangung der vollen Erbschaft noch zum Unterhalt verpflichtet ist. Auch im Verwandtenunterhalt muss dann der Pflichtteilsberechtigte aus wirtschaftlichen Erwägungen heraus, die allerdings im Unterschied zum Scheidungsunterhalt nur aus Sicht des anderen Teils anzustellen sind, seinen Anspruch nicht realisieren. Steht der Berechtigte hingegen z.B. kurz vor dem Abschluss einer Berufsausbildung und ist zu erwarten, dass er sich danach ohnehin durch Erwerbseinkünfte selbst unterhalten kann, trifft ihn hier nach gleichwohl die Obliegenheit -unter Verzicht auf das spätere Erbe- den Pflichtteil einzufordern. Dass er mit Erlangung des vollen Erbes wirtschaftlich wesentlich besser stünde als nach dem Erhalt zweier Pflichtteile, ist, weil dies den Verpflichteten nicht mehr entlasten würde, unerheblich.

Der Berechtigte muss des weiteren bestehende Schadensersatzforderungen geltend machen, wovon jedoch Schmerzensgeldansprüche aus § 847 I wegen ihrer

höchstpersönlichen Natur ausgenommen sind.²⁰ Steht es dem Berechtigten nach §§ 528, 529 zu, ein Geschenk, das er jemandem gemacht hat, aufgrund eigener Bedürftigkeit zurückzufordern, so muss er von dieser Möglichkeit auch Gebrauch machen.²¹ Eine Obliegenheitsverletzung liegt vor, wenn und soweit der Berechtigte es unterlässt, die genannten, zumutbaren Maßnahmen zur Vermögenseinziehung zu ergreifen.

(2) Vermögensnutzung

Den Berechtigten trifft darüber hinaus die Obliegenheit, aus bereits vorhandenem Vermögen, soweit er es nicht zur Deckung des Unterhaltsbedarfs verwendet, Kapital zu ziehen. Dies ist dem Unterhaltsberechtigten idR. dann zumutbar, wenn ein ökonomisch denkender Mensch unter Beachtung der Gebote der wirtschaftlichen Vernunft in gleicher Lage ebenso vorgehen würde.²² So müssen Immobilien, die nicht für den eigenen Wohnbedarf genutzt werden, vermietet oder verpachtet werden.²³ Auch von einem im eigenen Haushalt wohnenden Lebensgefährten ist unter Umständen eine Miete zu verlangen, wenn dieser leistungsfähig ist.²⁴ Barvermögen muss der Unterhaltsberechtigte nach herrschender Meinung so ertragreich wie möglich anlegen,²⁵ wobei ihm eine Überlegungszeit eingeräumt wird, wenn ihm ein Vermögensbetrag erstmals zugeflossen ist.²⁶

Eine Anlageform ist um so ertragreicher, je größer der abfallende Gewinn bei gleichem Risiko und je kleiner das in Kauf zu nehmende Risiko bei gleichem Gewinn ist. Die Höhe des erzielbaren Gewinns hängt jedoch idR. eng mit dem Anlagerisiko zusammen. Es ergibt sich also die Frage, ab welcher Gewinnaussicht und bis zu welchem Risiko eine Anlage erwartet bzw. noch als Erfüllung der Anlageobligenheit angesehen werden kann. In jedem Falle als zumutbar angesehen werden die in § 1807 aufgeführten, verzinslichen Anlageformen.²⁷ Von dem Berechtigten wird nicht erwartet, eine riskantere Anlageform zu wählen, die höheren Gewinn verspricht. So wird ihm z.B. nicht zugemutet, sein Kapital in verzinslicher Auslandswährung anzulegen oder Börsenspekulationen zu betreiben.²⁸

Umgekehrt wird man es dem Berechtigten aber zugestehen müssen, sein Vermögen risikoreich anzulegen, solange durch eine weniger risikoreiche Anlage nicht ein ebenso hoher Gewinn erzielt werden kann. Etwas anderes muss dort gelten,

wo der Erfolg nicht mehr von Einflüssen abhängt, deren Verlauf mindestens im Nachhinein erklärbar ist, wie dies z.B. bei der Entwicklung von Aktienkursen der Fall ist, sondern von bloßem Zufall bestimmt wird. Der Kauf von Jahreslosen einer Lotterie oder die Teilnahme an anderen Glücksspielen kann folglich nicht als Erfüllung der Anlageobliegenheit gewertet werden.

Die Obliegenheit ist immer dann verletzt, wenn der Berechtigte vorhandenes Vermögen nicht oder ungünstig anlegt. Letzteres wird dann bejaht, wenn die aus der Anlage erzielten Vermögenseinkünfte offensichtlich unter den üblicherweise erzielten Erträgen liegen.²⁹ Eine solche Abweichung ist nicht schon dann erheblich, wenn die erzielten Einkünfte zwar nicht optimal aber noch akzeptabel sind.³⁰

Unterschreiten die Erträge jedoch dieses Maß, so trifft den Berechtigten die Obliegenheit, eine Vermögensumschichtung vorzunehmen.³¹ Er muss in diesem Falle also sein Kapital aus vorhandenen, ungünstigen Anlagen herausziehen und in neue, gewinnversprechendere Anlageformen investieren. Wenn es im Verhältnis zum Verpflichteten der Billigkeit entspricht, sind hiervon auch wertvolle, persönliche Sachen, wie z.B. Einrichtungsgegenstände oder Erb- und Erinnerungsstücke des Berechtigten betroffen.³² Nimmt der Berechtigte dennoch keine Vermögensumschichtung vor, obwohl er die Möglichkeit dazu hätte, so liegt auch darin eine Obliegenheitsverletzung.

(3) Vermögensstammverwertung

Letztlich muss der Berechtigte grundsätzlich seine Vermögensgüter veräußern oder belasten, wenn er seinen Unterhaltsbedarf nicht anders befriedigen kann.³³

Problematisch ist hierbei, dass der Berechtigte dadurch, dass sein Vermögen schrumpft, insgesamt auch immer weniger Vermögensnutzungen ziehen kann. Mit der Veräußerung eines Hauses schwinden die Mieteinnahmen und ein veräußerter Bundesschatzbrief bringt keine Zinsen mehr ein. Auch wird dadurch, dass Vermögensgegenstände veräußert oder belastet werden, die Bedürftigkeit allenfalls gehemmt, aber nicht beseitigt.

Es ist sogar denkbar, dass sich im Gegenteil langfristig eine Bedürftigkeitssteigerung ergibt. So bürdet sich der Berechtigte durch die Aufnahme eines hypotheka-

risch gesicherten Darlehens neben der Rückzahlungsverpflichtung außerdem eine hohe Zinslast auf. In ohnehin finanziell aussichtsloser Lage kann die so eingegangene Schuld aus §§ 607, 608 nicht beglichen werden, was schnell zum Verlust des Grundeigentums durch Zwangsvollstreckung gem. §§ 1147 führen kann. Zudem muss nach dem Verlust einer Immobilie, sei es durch freiwillige Veräußerung oder durch Zwangsvollstreckung, unter Umständen neuer Wohnraum angemietet werden, was teurer sein kann als die Unterhaltung der eigenen Immobilie und den Berechtigten entsprechend höher belastet. Seit der Anhebung der Mieten zum 1.10.1991, die wesentlich dazu beigetragen hat, dass die Lebenshaltungskosten in der Bundesrepublik im Jahre 1992 um 11% gestiegen sind,³⁴ fällt dieses Argument noch stärker ins Gewicht.

Aus den genannten Gründen kann es für den Unterhaltsverpflichteten langfristig betrachtet günstiger sein, wenn der Berechtigte, trotzdem er seinen Unterhaltsbedarf selbst nicht voll befriedigen kann, vorhandene Güter nicht veräußert oder belastet. In vielen Fällen hat daher die Verwertungsobliegenheit trotz Bedürftigkeit des Berechtigten hinter die Nutzungsobliegenheit zurückzutreten. So werden dem sonst Mittellosen unwirtschaftliche Maßnahmen, wie insbesondere die Veräußerung eines Eigenheims,³⁵ nicht zugemutet.³⁶ Vermögenswerte, die für die nähere Zukunft existenzsichernd sind, müssen vom ohnehin Bedürftigen nicht prinzipiell aufgezehrt werden.³⁷ Auch die Veräußerung einer Immobilie zu günstigen Konditionen kann daher nicht verlangt werden, wenn die für eine Mietwohnung anfallenden Kosten die laufenden Kosten für die Unterhaltung der Immobilie übersteigen.³⁸

Ausgangspunkt dieser Überlegungen bildet aber stets das Interesse des Unterhaltsverpflichteten.³⁹ Nur, wenn die Verwertung auch für ihn nachteilig wäre, kann von ihr abgesehen werden. Das Interesse des Berechtigten an der Erhaltung seiner Vermögensmasse tritt also hinter das des Verpflichteten an einer Nichtinanspruchnahme auf Unterhalt zurück. Mit Ausnahme eines Notgroschens, der dem Berechtigten verbleiben darf,⁴⁰ gibt es daher auch keine Verwertungsuntergrenze. So wird es dem Berechtigten im Gegensatz zum Verpflichteten nicht zugestanden, Vermögenswerte zur Sicherung seiner Altersversorgung einzubehalten.⁴¹ Hiergegen ließe sich einwenden, dass es auch im Interesse des Verpflichteten liegt, wenn

der Berechtigte seine Altersversorgung durch Vermögensanhäufung sichert und eine Obliegenheit zu substanzverringender Verwertung alterssichernder Vermögensgüter folglich dem oben Gesagten widerspricht. Hierin liegt aber nur scheinbar ein Widerspruch. Von dem Berechtigten wird nicht verlangt, die Veräußerung von alterssichernden Vermögenswerten ungeachtet der Interessen des Verpflichteten zu betreiben. Gemeint ist nur, dass die Sicherstellung der Altersversorgung kein selbständiges Argument zur Einbehaltung von Vermögensmasse bilden darf.

Ein Teil der Literatur will die Verwertungsobliegenheit bezüglich solcher Sachen im Verhältnis zum Verpflichteten nach Billigkeit einschränken, die für den Berechtigten einen besonderen ideellen Wert haben, wie z.B. Erb- oder Erinnerungsstücke.⁴² Diese Überlegung ist ein Ausfluss der ohnehin für alle Obliegenheiten geltenden Einschränkung der Zumutbarkeit gem. § 242 bzw. § 1618a und steht daher ebenfalls nicht im Widerspruch zu den dargelegten Grundsätzen. Die Verwertungsobliegenheit ist verletzt, wenn der Anspruchsteller es unterlässt, seine Vermögensgegenstände in dem ihm hiernach zumutbaren Umfang zu veräußern oder zu belasten.

bb) Erwerbsobliegenheiten

Die wichtigste Grundlage des Lebensunterhalts stellen heute Einkünfte aus einer Erwerbstätigkeit dar.⁴³ Den Unterhaltsberechtigten trifft grundsätzlich die Obliegenheit, seinen Bedarf durch zumutbaren Einsatz seiner Arbeitskraft zu decken, sofern seine Vermögenseinkünfte dazu nicht ausreichen.

(1) Suche und Annahme eines Arbeitsplatzes

Hat der Berechtigte keinen Arbeitsplatz, so trifft ihn die Obliegenheit, sich angestrengt darum zu bemühen, Arbeit zu finden.⁴⁴ Er muss grundsätzlich jede ihm angebotene, nicht sittenwidrige Arbeit annehmen ohne dabei Standesvorurteile zu berücksichtigen.⁴⁵ Ein volljähriges Kind, das in seinem erlernten Beruf keine Tätigkeit findet, muss auch berufsfremde und einfachste Tätigkeiten unterhalb seines Ausbildungsniveaus annehmen.⁴⁶

Der Berechtigte wird also nicht schon deshalb von seiner Obliegenheit befreit, weil er keine Anstellung in seinem erlernten Beruf findet. Er muss dann vielmehr auf andere Tätigkeiten ausweichen, für die er möglicherweise weniger gut qualifi-

ziert ist als für den erlernten Beruf. Auch die Erwerbsobliegenheit entsteht jedoch nur, wenn und soweit es dem Berechtigten möglich und zumutbar ist, seine Arbeitskraft einzusetzen.⁴⁷

(a) Ausbildungsbedingte Unzumutbarkeit

Aus § 1610 II, der die Kosten für eine angemessene Vorbildung zum Beruf als vom Unterhalt umfasst erklärt, lässt sich herleiten, dass eine Erwerbstätigkeit nicht zugemutet wird, wenn und solange der Berechtigte sich einer solchen Ausbildung widmet. Dies gilt jedoch gemäß der Natur und Zielsetzung des Anspruchs auf Ausbildungsfinanzierung nur für (minderjährige wie volljährige) Kinder im unterhaltsrechtlichen Verhältnis zu ihren Eltern und nicht umgekehrt.⁴⁸

Angemessen ist eine Ausbildung, wenn sie der Neigung, der Begabung und dem Leistungswillen des Kindes entspricht und sich hinsichtlich der Finanzierbarkeit in den Grenzen der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Eltern hält.⁴⁹ Je nach Ausbildungsdauer und den wirtschaftlichen Verhältnissen der Eltern kann es jedoch ausnahmsweise auch einem Studenten obliegen, schon während der Ausbildung seine Arbeitskraft durch Aufnahme einer Nebentätigkeit zu nutzen.⁵⁰

Hat der Berechtigte bereits eine Ausbildung abgeschlossen, so kann er sich durch Aufnahme einer weiteren Ausbildung grundsätzlich nicht von seiner Erwerbsobliegenheit befreien.⁵¹ Etwas anderes kann im Einzelfall gelten, wenn es sich bei der Zweitausbildung um eine Aufbauausbildung handelt⁵² oder wenn durch die Zweitausbildung eine während der Erstausbildung hervorgetretene, wesentliche Höherbegabung ausgeschöpft werden soll⁵³. Die Aufnahme einer zweiten Ausbildung wird auch dann nicht als Verletzung der Erwerbsobliegenheit gewertet, wenn der ersten Ausbildung eine deutliche Fehleinschätzung der für die Angemessenheit erheblichen Kriterien durch die Eltern zugrunde lag⁵⁴ oder die Fortführung aus gesundheitlichen Gründen nicht möglich ist.⁵⁵ Auch hinsichtlich des zweiten Ausbildungsgangs muss jedoch Angemessenheit gegeben sein.

Hat der Berechtigte eine Ausbildung aufgenommen, so trifft ihn die Obliegenheit, sich um einen zügigen Abschluss zu bemühen, um den Anspruch auf Ausbildungsunterhalt aufrechtzuerhalten.⁵⁶ Sobald der Anspruch auf Ausbildungsunterhalt z.B. wegen Verletzung dieser Obliegenheit oder wegen Abschluss der Aus-

bildung erloschen ist, ist die Aufnahme einer Arbeit dem Berechtigten nicht mehr unzumutbar und die Erwerbsobliegenheit erwacht aufs neue.

(b) Körperlich bedingte Unzumutbarkeit

Neben der aus § 1610 II hergeleiteten Einschränkung der Erwerbsobliegenheit wegen einer Berufsausbildung wird des weiteren auf die für den Geschiedenenunterhalt in den §§ 1570 ff. festgelegten Maßstäbe zurückgegriffen.⁵⁷ So trifft den Bedürftigen auch im Unterhaltsverhältnis zwischen Verwandten keine Erwerbsobliegenheit, wenn eine solche wegen seines Alters, einer Krankheit oder anderer Gebrechen iSd. §§ 1571, 1572 nicht von ihm erwartet werden kann.

(c) Unzumutbarkeit wegen Kindesbetreuung

Auch im Verwandtenunterhalt kann die Erwerbsobliegenheit des Berechtigten wegen der Betreuung eines Kindes in Anlehnung an § 1570 wegen Unzumutbarkeit eingeschränkt werden.

Die Interessenlage ist jedoch nicht ganz die gleiche: § 1570 spricht von Pflege und Erziehung eines gemeinschaftlichen Kindes. Wegen eines Kindes, das nicht vom geschiedenen Ehegatten stammt bzw. adoptiert ist, wird die Mutter folglich gem. § 1570 diesem gegenüber nicht von der Erwerbsobliegenheit befreit.⁵⁸ Hieraus kann abgeleitet werden, dass ein Grund für die Benachteiligung des Verpflichteten seine durch die Erzeugung oder Adoption des Kindes begründete, verantwortliche Stellung ist.

Eine solche Stellung hat der Verpflichtete im Verwandtenunterhalt jedoch in aller Regel nicht inne, sodass es mit der Wertung des § 1570 gerade nicht vereinbar wäre, den Berechtigten im Verhältnis zu ihm in gleichem Maße von der Erwerbsobliegenheit freizustellen. Bezüglich des Wegfalls der Erwerbsobliegenheit wegen Kindesbetreuung sind im Verwandtenunterhalt deshalb schärfere Anforderungen zu stellen, als im unterhaltsrechtlichen Verhältnis zum geschiedenen Ehegatten gem. § 1570.⁵⁹

(2) Arbeitsplatzwechsel

Nach einhelliger Auffassung lässt sich aus dem Bedürftigkeitsbegriff des § 1602 I auch die Obliegenheit herleiten, die bisherige Arbeitsstelle aufzugeben und eine

neue Stelle anzunehmen, wenn dies eine Steigerung der Erwerbseinkünfte erwarten lässt.⁶⁰

Voraussetzung ist zum einen, dass bei Ausübung der gegenwärtigen Tätigkeit die Einkünfte des Berechtigten nicht seinen Unterhaltsbedarf decken. Er muss also trotz Arbeit noch bedürftig sein. Ferner muss der Berechtigte durch die neue Arbeit im Vergleich zur alten mehr Einkünfte erzielen können. Nur derjenige Berechtigte, der einer verhältnismäßig schlecht bezahlten Tätigkeit nachgeht, obwohl er die Möglichkeit hätte, durch einen Arbeitsplatzwechsel seine Einkommenssituation zu verbessern, nutzt seine Arbeitskraft nicht in ausreichendem Maße aus. Behält der Berechtigte, der diese Kriterien erfüllt, die alte Arbeit dennoch bei, stellt dies folglich eine Verletzung seiner unterhaltsrechtlichen Obliegenheiten dar.

Eine besser bezahlte Stelle muss auch dann angenommen werden, wenn dies mit einem Ortswechsel verbunden ist.⁶¹ Auch von der Möglichkeit einer Umschulung ist Gebrauch zu machen.⁶² Wenn der schlecht bezahlte Berechtigte sich jedoch nicht nach einer anderen Arbeit umsieht, kann er die sich ihm bietenden Möglichkeiten auch nicht ausschöpfen. Dem erwerbstätigen Bedürftigen ist es daher m.E. konsequenterweise auch zuzumuten, neben seiner -den Unterhaltsbedarf nicht deckenden- Arbeit weitere Aktivitäten zu entfalten, um eine besser bezahlte Stelle zu finden. Zwar wäre es verfehlt, an die Intensität seiner Arbeitssuche die gleichen Anforderungen zu stellen wie bei einem Arbeitslosen, der hierfür wesentlich mehr Zeit zur Verfügung hat. Man wird jedoch mindestens von ihm erwarten können, dass er sich z.B. durch Lesen von Stellenangeboten oder Anfragen beim Arbeitsamt über die gegenwärtige Arbeitsmarktsituation auf dem Laufenden hält. Auch in dem Unterlassen solcher Aktivitäten liegt dann eine Obliegenheitsverletzung.

(3) Behalten des Arbeitsplatzes

Umstritten ist, ob umgekehrt den erwerbstätigen Berechtigten, der keine besser bezahlte Stelle in Aussicht hat, wenigstens die Obliegenheit trifft, seine bisherige Arbeitsstelle weiterzuführen.

(a) Streitdarstellung

Eine in der Literatur vertretene Ansicht bejaht dies. Ein Arbeitsfähiger, der seinen Arbeitsplatz grundlos verlässt, soll hiernach auch dann keinen Unterhaltsanspruch erheben können, wenn er durch die Aufgabe faktisch bedürftig geworden ist.⁶³ Das Verlassen des Arbeitsplatzes stellt nach dieser Ansicht also schon für sich genommen eine Obliegenheitsverletzung dar. Die Gegenansicht sieht die grundlose Aufgabe eines Arbeitsplatzes noch nicht notwendigerweise als Verletzung der Erwerbsobliegenheit an. Ihre Vertreter stellen allein darauf ab, ob der Berechtigte, nachdem er seinen Arbeitsplatz verlassen hat, seiner Erwerbsobliegenheit auf andere Weise, z.B. durch Suche oder Aufnahme einer neuen Arbeit, nachkommt oder nicht.⁶⁴

(b) Streitentscheidung

Für den ersten Ansatz spricht, dass derjenige, der seine Arbeit grundlos niederlegt, prinzipiell nicht außerstande ist, seinen Unterhalt (ggf. anteilig) selbst zu verdienen. Dass er die Erwerbsmöglichkeit verliert, beruht zunächst allein auf seinem Willen und nicht auf äußeren Kriterien, die ihn -etwa gegen seinen Willen- daran hindern, zu arbeiten. Angesichts dessen scheint es verfehlt, anzunehmen, dass der Berechtigte, trotzdem er ja körperlich und geistig durchaus dazu imstande wäre, seine Arbeit fortzuführen, nun gem. § 1602 I außerstande ist, sich selbst zu unterhalten. Berücksichtigt man zudem, dass der Berechtigte grundsätzlich jede sich ihm bietende Erwerbsmöglichkeit annehmen muss (s.o. (1)), liegt es auf der Hand, es ihm auch zur Obliegenheit zu machen, grundsätzlich an einer bestehenden Erwerbsquelle festzuhalten.

Die erste Ansicht muss sich aber entgegenhalten lassen, dass § 1602 I nicht danach fragt, warum jemand außerstande ist, sich selbst zu unterhalten. Eine teleologische Reduktion des § 1602 I dahingehend, dass er nur für den Berechtigten gilt, der gegen seinen Willen in die Lage gekommen ist, außerstande zu sein, sich selbst zu unterhalten, ist m.E. nicht gerechtfertigt. Hieraus würde sich z.B. die Konsequenz ergeben, dass jemand, der sich nach Aufgabe der alten Arbeit gewissenhaft um eine neue bemüht, genauso behandelt wird wie jemand, der von vornherein überhaupt nicht daran interessiert ist, seinen Lebensunterhalt selbst zu verdienen. Beide würden ihre unterhaltsrechtliche Erwerbsobliegenheit verletzen.

Die Obliegenheit, jede sich bietende Arbeitsmöglichkeit anzunehmen, besteht außerdem nur dann, wenn der Berechtigte keine ihm zusagende Anstellung findet. Es steht ihm anfangs frei, sich um eine Arbeit zu bemühen, die seinen Wünschen entspricht. Jemandem, der zunächst eine den Verpflichteten entlastende Tätigkeit aufgenommen hat, die ihn nicht ausfüllte, muss demnach auch die Möglichkeit verbleiben, nach einiger Zeit die alte Stelle aufzugeben und sich auf dem veränderten Arbeitsmarkt nochmals intensiv um eine neue zu bemühen, ohne dass dies gleich als Obliegenheitsverletzung gewertet wird. Hierbei zu verlangen, dass schon eine neue Arbeit in Aussicht ist, würde dem Berechtigten die Chance nehmen, alle Möglichkeiten der Arbeitsplatzsuche auszuschöpfen. So wächst die Wahrscheinlichkeit, eine Anstellung zu finden mit der Intensität seiner Bemühungen, die wiederum von der zur Verfügung stehenden Zeit abhängt. Auch kann im Einzelfall die Möglichkeit eines baldigen Arbeitsplatzwechsels sogar von einer Aufgabe der alten Tätigkeit abhängen. Man denke an die Situation eines Arbeitnehmers, der so bald wie möglich den Arbeitsplatz wechseln möchte und deshalb, obwohl er noch keine neue Stelle gefunden hat, den befristeten Arbeitsvertrag auslaufen lässt und nicht auf das Angebot eingeht, diesen um weitere Drei, Vier oder Fünf Jahre zu verlängern.

Es ist darüber hinaus auch gar nicht nötig, schon die Aufgabe des Arbeitsplatzes als Obliegenheitsverletzung zu werten, um zu verhindern, dass der Unterhaltsanspruch zu einer Lebensversicherung für chronische Nichtstuer⁶⁵ wird. Es ist ja nicht so, dass der Berechtigte durch die Niederlegung der Arbeit nun weniger leisten muss als vorher, um den Unterhaltsanspruch aufrecht zu erhalten. Es trifft ihn vielmehr die Obliegenheit, sich umgehend um eine neue Arbeit zu bemühen. Die hierbei zu entfaltenden Aktivitäten, wie z.B. die Aufgabe und Beantwortung von Anzeigen, Anfragen beim Arbeitsamt oder in Personalbüros, Teilnahme an Vorstellungsgesprächen etc, können dem Berechtigten genauso viel oder mehr abverlangen als der tägliche Arbeitstrott. Von einer Erlaubnis zum Nichtstun kann also keine Rede sein. Zudem muss der Berechtigte, wenn er keine ihm zusagende Arbeit findet, auch wieder jede sich bietende Erwerbsmöglichkeit ausnutzen.⁶⁶ Der Verpflichtete steht also im Prinzip nicht schlechter, als in der Ausgangssituation. Er trägt zwar das Risiko, dass die vorhandenen, zumutbaren Stellen nunmehr schlechter bezahlt werden als früher, partizipiert aber auf der anderen Seite auch

daran, wenn der Berechtigte auf diese Weise eine Stelle mit höherem Einkommen findet.

Aus den genannten Gründen ist die zweite Auffassung der ersten vorzuziehen. Die bloße Aufgabe eines Arbeitsplatzes stellt noch keine Verletzung der Erwerbsobliegenheit dar.

b) Unterhaltsrechtliche Obliegenheiten des Verpflichteten

Unterhaltspflichtig ist gem. § 1603 I nicht, wer außerstande ist, ohne Gefährdung seines eigenen, angemessenen Unterhalts den Unterhalt zu gewähren. Der Begriff des Außerstande-Seins deutet auch hier darauf hin, dass der Verpflichtete bestimmte Anstrengungen unternehmen muss, bevor seine Unterhaltspflicht entfällt. Wer dazu in der Lage ist, bestimmte Aktivitäten zu entfalten, dies aber nicht tut, der ist gerade nicht außerstande.

Für den Verpflichteten ergibt sich hieraus die Obliegenheit, alle zur Deckung des eigenen Bedarfs und der Bedürftigkeit des Berechtigten nötigen Einkünfte auch tatsächlich zu erzielen, soweit ihm dies möglich und zumutbar ist. Bezüglich des Einsatzes seiner Arbeitskraft und seines Vermögens werden an ihn grundsätzlich die gleichen Anforderungen gestellt, wie an den im konkreten Einzelfall Berechtigten.⁶⁷ Dieser Umstand wird vom Bundesgerichtshof als Grundsatz der "Waffengleichheit" zwischen Unterhaltsgläubiger und Unterhaltsverpflichtetem bezeichnet.⁶⁸ Eine Durchbrechung dieses Grundsatzes ist nach einhelliger Meinung nur zugunsten des Verpflichteten möglich, nicht aber zugunsten des Berechtigten.⁶⁹

aa) Vermögensobliegenheiten

So ist die Obliegenheit, den Vermögensstamm zu verwerten dadurch eingeschränkt, dass hierdurch der eigene angemessene Unterhalt des Verpflichteten nicht gefährdet werden darf.⁷⁰ Hierin kommt der Grundsatz zum Ausdruck, dass Selbsterhaltung vor Verwandtenunterhaltung geht.⁷¹

Anders als vom Berechtigten wird vom Verpflichteten ferner nicht erwartet, solche Vermögensteile zu verwerten, die ihm zur Sicherung seiner Altersversorgung dienen.⁷² Die hierfür tatsächlich benötigte Vermögensmasse lässt sich aber

im Vorhinein in aller Regel nicht feststellen, was vor allem daran liegt, dass das Lebensalter, das eine Person erreichen wird, nicht zu ermitteln ist. Zur Ausräumung dieser Unsicherheit könnte man daran denken, an die durchschnittliche Lebenserwartung der Bevölkerung in der Bundesrepublik Deutschland anzuknüpfen. Diese betrug nach den Berechnungen des statistischen Bundesamtes im Jahre 1994 72,5 Jahre für Männer und 79,0 Jahre für Frauen.⁷³ Statistiken bergen jedoch stets die Gefahr in sich, auf Faktoren zu basieren, die für den Einzelfall unbedeutend sind und die so die Werte verfälschen. Die vorliegenden Zahlen wurden z.B. unter Berücksichtigung von Säuglingssterblichkeit, Suizidfällen, Drogentoten usw. ermittelt.⁷⁴ Es kann folglich nicht einmal daraus abgelesen werden, dass 72,5 Jahre das Alter ist, in dem die meisten Männer sterben. Auch die genaueste Statistik ist dem Vorwurf ausgesetzt, dem Einzelfall nicht gerecht zu werden.

Die Rechtsprechung hat aber schon im Jahre 1911 eine Lösung gefunden, dieses Problem zu umgehen: Sie gestand dem Verpflichteten zu, so viel seines Kapitals zu behalten, wie er zum Abschluss einer Leibrentenversicherung benötigte.⁷⁵ Auf diese Weise wird das "Risiko" eines späten Todes auf die Versicherungsgesellschaft abgewälzt; der Verpflichtete hat einen genau bestimmbaren Betrag bezahlt und ist doch bis an sein Lebensende versichert. Diese Lösung verdient auch heute noch Zustimmung. Die Verwertungsobliegenheit ist nach unten zu begrenzen durch den Betrag, den der Verpflichtete benötigt, eine Leibrentenversicherung abzuschließen.⁷⁶ Die Sicherung der Altersversorgung bringt hier, anders als beim Berechtigten, als selbständiges Argument die Verwertungsobliegenheit zu Fall; weitere Voraussetzungen, wie z.B. Unwirtschaftlichkeit der in Frage kommenden Verwertung müssen nicht hinzutreten.

Würde eine Verwertung dem Verpflichteten einen nicht vertretbaren, wirtschaftlichen Nachteil bringen, so ist seine Verwertungsobliegenheit jedoch auch diesbezüglich eingeschränkt.⁷⁷ Ein solcher Nachteil liegt nach der Rechtsprechung nicht schon dann vor, wenn eine Veräußerung zu einem späteren Zeitpunkt einen größeren Gewinn bringen würde.⁷⁸ So kann die Veräußerung eines angemessenen Familieneigenheims, das dem eigenen Wohnbedarf des Verpflichteten und ggf. anderer Familienmitglieder dient, schon deshalb und aus Gründen der Mieterspar-

nis im allgemeinen nicht verlangt werden.⁷⁹ Die Obliegenheit zur Verwertung in Form einer Beleihung kann jedoch ungeachtet dessen noch in Betracht kommen.⁸⁰

Ob der Berechtigte im Verwandtenunterhalt einen ihm zustehenden Pflichtteilsanspruch realisieren muss, wenn eine testamentarische Verfallsklausel existiert, wird -wie gezeigt- in der Literatur nicht einheitlich beurteilt. Bezüglich des gem. § 1603 Verpflichteten ist jedoch einhellige Auffassung, dass es ihm in einem solchen Falle nicht obliegt, den Pflichtteil einzufordern, wenn eigene wirtschaftliche oder moralische Gründe entgegenstehen.⁸¹

bb) Erwerbsobliegenheiten

Auch bei der Obliegenheit zur Ausnutzung der eigenen Arbeitskraft erfährt der Unterhaltsverpflichtete im Vergleich zum Berechtigten Erleichterungen. Dies lässt sich damit begründen, dass die wirtschaftliche Eigenverantwortung grundsätzlich mehr Anstrengungen erfordert als die Pflicht, jemand anderem Unterhalt zu gewähren.⁸²

So wird es dem Verpflichteten im Gegensatz zum Berechtigten grundsätzlich nicht zugemutet, einfachste und ungelernete Tätigkeiten anzunehmen, wenn er keine andere Arbeit findet. Hat der Verpflichtete einen qualifizierten Beruf erlernt oder ist er ein besonders begabter Musiker oder Künstler oder Inhaber eines traditionsreichen Unternehmens, so wird ihm ein Berufswechsel nicht zugemutet.⁸³ Seine Obliegenheit, die zur Unterhaltszahlung erforderlichen Mittel durch Einsatz seiner Arbeitskraft zu verdienen, ist abzuwägen gegenüber seinem beruflichen und persönlichen Selbstbestimmungsrecht.⁸⁴

Dies schlägt sich auch bei der Frage nach der Zumutbarkeit eines Berufswechsels nieder, wenn dieser mit einem Ortswechsel verbunden ist: Hier werden das Alter des Unterhaltspflichtigen und seine schutzwürdigen Bindungen an den alten Wohnort in die Überlegungen einbezogen.⁸⁵

Im übrigen hat der unterhaltspflichtige Arbeitsfähige aber seine Arbeitskraft in gleichem Maße einzusetzen, wie der Berechtigte. Insbesondere kann sich der Verpflichtete nach einhelliger Meinung nicht dadurch seiner Erwerbsobliegenheit entziehen, dass er in einer neuen Ehe die Rolle des haushaltsführenden Ehegatten

übernimmt.⁸⁶ Durch die Haushaltsführung kann ein Ehegatte zwar gem. § 1360 S. 2 seine Unterhaltspflicht erfüllen. Dies gilt jedoch nur im Verhältnis zum neuen Ehegatten und den im Haushalt betreuten Kindern, nicht aber gegenüber anderen unterhaltsberechtigten Verwandten.⁸⁷ Ihnen gegenüber bleibt der Verpflichtete grundsätzlich weiterhin zur Kommerzialisierung seiner Arbeitskraft verpflichtet. Die Erwerbsobliegenheit kann mit Rücksicht auf die Haushaltsführung auf die Ausübung einer Teilzeitbeschäftigung reduziert werden.⁸⁸ Dies richtet sich vor allem danach, wie viele betreuungsbedürftige Kinder in dem neuen Haushalt des Verpflichteten leben.⁸⁹ Eine solche Beschränkung der Erwerbsobliegenheit scheidet jedoch aus, wenn es wirtschaftlich nicht sinnvoll ist, dass gerade der Verpflichtete und nicht sein neuer Partner den Haushalt führt. Könnte der Verpflichtete auf dem Arbeitsmarkt ein höheres Einkommen erzielen als der neue Partner, so kann es ihm im -je nach den Umständen des Einzelfalles- auch zumutbar sein, zugunsten einer erwerbsmäßigen Vollzeitbeschäftigung die Haushaltsführung aufzugeben.⁹⁰ Diese Regelung steht mit der Verfassung in Einklang. Insbesondere die Grundrechte aus Art. 6 I, II GG im Hinblick auf die neue Ehe und die daraus hervorgegangenen Kinder werden dadurch nicht verletzt.⁹¹

Eine Aufgabe des Arbeitsplatzes muss dem Verpflichteten gemäß dem Grundsatz, dass an ihn keine höheren Anforderungen zu stellen sind als an den Berechtigten, nach der hier vertretenen Ansicht (s.o. B I 1 a bb (3)) möglich sein, ohne dass dies schon für sich genommen als Obliegenheitsverletzung gewertet wird.

cc) Berücksichtigung von Verbindlichkeiten

Gem. § 1603 I sind bei der Bestimmung der Leistungsfähigkeit die sonstigen Verbindlichkeiten des Verpflichteten zu berücksichtigen, was einen Unterschied zur Regelung der Bedürftigkeit des Berechtigten gem. 1602 I darstellt. Der Verpflichtete darf also Schulden begleichen und dadurch seine Leistungsfähigkeit mindern, ohne dass dies als Obliegenheitsverletzung gewertet wird. Berücksichtigungswerte Verpflichtungen iSd. § 1603 I sind hierbei nach allgemeiner Ansicht sowohl andere, gesetzliche Unterhaltsverpflichtungen als auch Verpflichtungen aus Rechtsgeschäften.⁹² Streitig ist jedoch, in welchem Umfang rechtsgeschäftliche Verpflichtungen zu berücksichtigen sind.

(1) Streitdarstellung

Eine in der Literatur vertretene Mindermeinung will Verpflichtungen aus Rechtsgeschäften nur dann berücksichtigen, wenn deren Nichterfüllung eine dauernde Gefährdung des Unterhalts des Berechtigten befürchten ließe, weil die wirtschaftliche Existenz des Verpflichteten auf dem Spiel steht.⁹³ Danach sollen zum Beispiel Mietschulden oder laufende Annuitäten für ein Eigenheim, das dem Wohnbedarf dient, aber auch Anschaffungskosten für Möbel und Hausrat leistungsfähigkeitsmindernd berücksichtigt werden. Nicht erfasst sind hiernach jedoch Kaufpreisschulden, wenn die Möglichkeit besteht, den gekauften Gegenstand zurückzugeben oder zu veräußern.⁹⁴

Dagegen räumt die herrschende Meinung der Unterhaltsverpflichtung gegenüber anderen Verpflichtungen grundsätzlich keinen Vorrang ein.⁹⁵ Auch sie nimmt Einschränkungen vor, berücksichtigt dabei neben den Belangen des Berechtigten aber auch die des Verpflichteten und dessen Gläubigers.⁹⁶ Vor der Entstehung der Unterhaltspflicht eingegangene Verpflichtungen haben danach idR. immer Vorrang,⁹⁷ nachher eingegangene dann, wenn sie notwendig oder unausweichlich waren⁹⁸ oder zumindest nicht leichtsinnig oder verantwortungslos eingegangen wurden.⁹⁹

(2) Streitentscheidung

Für die erste Ansicht spricht, dass das Gesetz an vielen Stellen, z.B. in den §§ 519 I, 528 I 1, 679, 829, § 850d ZPO, § 170b StGB dem Unterhaltsanspruch eine herausragende Stellung gegenüber anderen Ansprüchen einräumt. Eine Gleichstellung der Unterhaltspflicht mit anderen Verpflichtungen des Unterhaltspflichtigen scheint daher dieser Wertung zu widersprechen.

Diese Ansicht muss sich jedoch entgegenhalten lassen, dass sich aus § 1603 I ein solcher Vorrang der Unterhaltspflicht vor sonstigen Verpflichtungen nicht ableiten lässt. Genaugenommen stellt § 1603 I die sonstigen Verpflichtungen der Unterhaltspflicht sogar voran: Er bestimmt nicht etwa, dass Unterhaltspflicht und sonstige Verpflichtungen nach den Möglichkeiten des Verpflichteten zu gleichen Teilen erfüllt werden müssen, sondern lässt für denjenigen, der unter Berücksichtigung der sonstigen Verpflichtungen außerstande ist, Unterhalt zu gewähren, die

Unterhaltspflicht ganz entfallen. Ein Vorrang der Unterhaltspflicht ist aus § 1603 I selbst jedenfalls nicht abzuleiten.

Auch eine Übertragung der in den zuvor genannten Vorschriften zum Ausdruck kommenden Wertungen erscheint fragwürdig. Diese Vorschriften räumen nur der bereits bestehenden Unterhaltspflicht einen Vorrang gegenüber anderen Verpflichtungen ein, während § 1603 I gerade die Frage der Entstehung einer Unterhaltspflicht betrifft. Dieser grundlegende Unterschied wird von den Vertretern der ersten Ansicht übersehen, wenn sie z.B. aus § 850d ZPO eine "grundsätzliche Nachrangigkeit anderer Verpflichtungen"¹⁰⁰ ablesen und dies auf § 1603 I übertragen.

Aus § 1603 I geht auch nicht hervor, dass die sonstigen Verpflichtungen nur dann zu berücksichtigen sind, wenn ihre Erfüllung im Interesse des Unterhaltsberechtigten liegt. Diese von der ersten Ansicht vorgenommene Einschränkung entbehrt nicht nur eines Anhaltspunktes im Gesetz, sondern steht m.E. sogar im Widerspruch dazu. Die Obliegenheit zur Erzielung von ausreichenden Einkünften zur Deckung des eigenen Bedarfs und der Bedürftigkeit des Berechtigten ergibt sich nämlich schon aus dem übrigen Wortlaut des § 1603 I. Es besteht also ohnehin die Obliegenheit, Schulden zu begleichen, wenn dies im Interesse des Berechtigten ist, da andernfalls die Leistungsfähigkeit auf dem Spiel stünde. Der Zusatz, dass die Verpflichtungen des Unterhaltsschuldners zu berücksichtigen sind, wäre folglich bedeutungslos, ließe man ihn nur für diejenigen Verpflichtungen gelten, deren Nichtbegleichung die Leistungsfähigkeit mindern könnte.

Aus den genannten Gründen ist der zweiten Meinung, die den Zusatz "bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen" als Privilegierung des Verpflichteten versteht, der Vorzug vor der ersten zu geben. Die sonstigen Verpflichtungen des Unterhaltsschuldners sind also mit den oben aufgezeigten Einschränkungen richtigerweise auch und gerade dann zu berücksichtigen, wenn dies keinen Vorteil für den Berechtigten hat.

Unbestritten ist jedoch, dass der Unterhaltsschuldner insbesondere große Verbindlichkeiten nicht auf einen Schlag begleichen darf. Es obliegt ihm vielmehr, umfangreiche Schulden nach und nach -im Rahmen eines vernünftigen Tilgungs-

planes-¹⁰¹ abzubauen. Eine Obliegenheitsverletzung ist gegeben, wenn der Verpflichtete Schulden begleicht, die nach dem oben Gesagten nicht berücksichtigungsfähig sind oder wenn er umfangreiche, berücksichtigungsfähige Schulden in einem über den Rahmen eines vernünftigen Tilgungsplanes hinausgehenden Maße begleicht.

2. Obliegenheitsverletzung im Unterhaltsverhältnis zwischen Eltern und minderjährigen, unverheirateten Kindern

Kinder im unterhaltsrechtlichen Sinne sind eheliche und nichteheliche Abkömmlinge ersten Grades¹⁰² sowie angenommene und in Adoptionspflege befindliche Kinder.¹⁰³ Nachdem 1975 die Volljährigkeitsgrenze um Drei Jahre herabgesetzt wurde,¹⁰⁴ ist ein Kind gem. § 2 bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres minderjährig.

Unverheiratet im Sinne des Unterhaltsrechts sind nach herrschender Meinung nur solche Kinder, die aus rechtlicher Sicht niemals verheiratet gewesen sind.¹⁰⁵ Wurde die Ehe des Kindes gem. §§ 16 ff EheG für nichtig erklärt, ist es daher weiterhin unverheiratet iSd. Unterhaltsrechts.¹⁰⁶ Ein bereits geschiedenes, minderjähriges Kind ist dagegen nach den oben dargestellten, allgemeinen Grundsätzen des Verwandtenunterhalts zu behandeln.

Im Verhältnis zwischen Eltern und ihren hiernach unverheirateten, minderjährigen Kindern gelten unterhaltsrechtlich bezüglich der an den Einzelnen gestellten Anforderungen zahlreiche Unterschiede im Vergleich zum allgemeinen Verwandtenunterhalt.

a) Unterhaltsrechtliche Obliegenheiten des Berechtigten

Im unterhaltsrechtlichen Verhältnis zwischen Eltern und minderjährigen, unverheirateten Kindern erfährt das Kind eine Reihe von Privilegierungen. § 1602 II bestimmt zwar, dass es Unterhalt von den Eltern nur insoweit verlangen kann, wie die Einkünfte aus seinem Vermögen und der Ertrag seiner Arbeit zum Unterhalte nicht ausreichen. Für das Kind ergeben sich hieraus aber bei weitem nicht so viele Obliegenheiten wie für den "normalen" Verwandten aus § 1602 I.

aa) Vermögensobligationen

Das liegt zum einen daran, dass es dem gem. § 104 Nr.¹ oder § 106 nicht voll geschäftsfähigen Kind gar nicht möglich ist, selbständig Einkünfte aus seinem Vermögen zu ziehen. Hierfür sind die Eltern verantwortlich, denen gem. § 1626 I 2 die so genannte Vermögenssorge zusteht. Diese erstreckt sich auf alle tatsächlichen und rechtlichen Maßnahmen, die der Erhaltung, Vermehrung und Verwertung des Kindesvermögens dienen.¹⁰⁷ Die Eltern führen also gewissermaßen Regie über die Vermögensangelegenheiten ihres Kindes, wobei auch sie nicht nach ihrem Belieben vorgehen können.

So müssen Geldanlagen aus dem Kindesvermögen gem. § 1642 den Grundsätzen einer wirtschaftlichen Vermögensverwaltung gerecht werden, soweit das Geld nicht zur Bestreitung von Ausgaben verfügbar sein muss. Der Vermögensstamm des Kindes darf gem. §§ 1602 II, 1603 II 2 HS. 2 nur angetastet werden, wenn die Eltern zur Unterhaltsleistung iSd. § 1603 I außerstande sind. Bestimmte Geschäfte bedürfen zudem gem. §§ 1643 I, II, 1645 der Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht.

Dem in Vermögensangelegenheiten idR. noch unerfahrenen Kind wird indes kein Mitspracherecht eingeräumt. Schon aus diesem Grunde wäre es absurd, für das minderjährige, unverheiratete Kind selbst eine Obliegenheit zur Erzielung von Vermögenseinkünften anzunehmen.

bb) Erwerbsobliegenheiten

Einem Minderjährigen ist es jedoch möglich, eine Berufsausbildung zu machen oder seine Arbeitskraft zur Erzielung von Einkünften einzusetzen. Zwar bedarf es auch hierzu der Erlaubnis der gesetzlichen Vertreter; anders als z.B. bei der Vermögensanlage ist hierbei jedoch in jedem Falle ein Zutun des Kindes erforderlich. Wenngleich das Kind im Einzelfall nicht immer aus eigenem Antrieb handeln mag, sondern ihm die Entscheidung über seine berufliche Laufbahn von den Eltern diktiert sein kann, ist es doch das Kind selbst, das an der Ausbildung teilnimmt oder eine Arbeitsstelle annimmt. Sperrt sich das Kind, wird die Ausbildung nicht abgeschlossen oder werden keine Erwerbseinkünfte erzielt. Aufgrund dieses Mitwirkungserfordernisses ist hier, anders als im Hinblick auf die Erzielung von Vermögenseinkünften, die Annahme einer entsprechenden Obliegenheit für das Kind nicht von vornherein ausgeschlossen.

So wird z.B. nach allgemeiner Ansicht aus § 1608a für das minderjährige Kind die Obliegenheit hergeleitet, seine Ausbildung gewissenhaft zu betreiben und nach deren Abschluss oder Abbruch eine Erwerbstätigkeit aufzunehmen.¹⁰⁸

Es ist jedoch umstritten, welche praktische Bedeutung der Annahme dieser Obliegenheit im Einzelfall zukommen soll.

(1) Streitdarstellung

Eine vor allem in der Rechtsprechung vertretene Ansicht stellt die Erwerbsobliegenheit des minderjährigen unverheirateten Kindes der eines Volljährigen gleich. Ihr zu Folge soll die Tatsache, dass der Berechtigte minderjährig und unverheiratet ist, nicht der Kürzung oder Aufhebung des Unterhaltsanspruchs entgegenstehen, wenn dieser seine Erwerbsobliegenheit verletzt.¹⁰⁹ Die in der Literatur vertretene Gegenansicht will an eine Obliegenheitsverletzung des Minderjährigen keine unterhaltsrechtlichen Konsequenzen knüpfen. Eine Ausbildungs- und Arbeitsverweigerung des minderjährigen unverheirateten Kindes führt hiernach nicht dazu, dass ihm der Unterhaltsanspruch gekürzt oder versagt wird.¹¹⁰ Die Annahme einer Obliegenheit hat hiernach also eine bloße Appellfunktion.

(2) Streitentscheidung

Für die erste Ansicht spricht, dass nach dem Wortlaut des § 1602 II das minderjährige unverheiratete Kind nur insoweit gegenüber anderen Verwandten zu privilegieren ist, als es um die Erhaltung seines Vermögensstammes geht, im übrigen aber § 1602 I anwendbar bleibt.¹¹¹ Dafür, dass ein Verstoß gegen die sich für Minderjährige wie für Volljährige gleichermaßen aus § 1602 I ergebende Erwerbsobliegenheit nun beim Minderjährigen übergangen werden soll, finden sich in § 1602 keine Anhaltspunkte.

Es ist allerdings zu bedenken, dass eine Kürzung des Unterhaltsanspruchs des unverheirateten Minderjährigen als Reaktion auf eine Obliegenheitsverletzung dem Prinzip der elterlichen Sorge widerspräche, das schon für sich genommen die Eltern dazu verpflichtet, den Lebensbedarf des Kindes sicherzustellen. Wie eng die Unterhaltszahlung der Eltern mit ihrer Personensorge verknüpft ist, ergibt sich z.B. aus § 1606 III 2.¹¹²

Des weiteren muss berücksichtigt werden, dass es gem. §§ 1626, 1631, 1631a zu den Erziehungsaufgaben der sorgepflichtigen Eltern gehört, die Kinder zur Erfüllung ihrer Pflichten in geeigneter Weise anzuhalten. Zwar bestimmt § 1626 II, dass die Eltern bei der Erziehung auf die wachsende Selbständigkeit des Kindes Rücksicht nehmen sollen. Diese Rücksichtnahme soll aber allein dem Ziel dienen, das Kind zu einem selbständigen und eigenverantwortlich handelnden Menschen zu machen.¹¹³ Gerade bei Ausbildungsfrust oder Arbeitsunwilligkeit eines Sechzehnjährigen ist jedoch zur Erreichung dieses Zieles der elterliche Einfluss und elterliche Unterstützung trotz des fortgeschrittenen Kindesalters besonders vonnöten. In diesem Falle ist also Zurückhaltung der Eltern durch § 1626 II nicht zu rechtfertigen. Würde man es nun den Eltern einräumen, sich auf eine Obliegenheitsverletzung des Kindes zu berufen, könnten sie sich auf diese Weise ihrer Erziehungsaufgabe entziehen.¹¹⁴ Durch die Verwendung von Begriffen wie "Fast-Volljährigkeit"¹¹⁵ wird dagegen nur die klare Altersgrenze der §§ 1626 ff., 2 BGB verwischt. Eine solche, Rechtsunsicherheit schaffende Vorverlegung der Volljährigkeitsgrenze entbehrt einer gesetzlichen Grundlage und widerspricht dem Gedanken des Minderjährigenschutzes im BGB.

Ein weiteres Argument gegen die von der Rechtsprechung vorgenommene, unterhaltsrechtliche Gleichbehandlung ergibt sich aus § 1611 II, der den Wegfall oder die Beschränkung der Unterhaltsverpflichtung gegenüber minderjährigen unverheirateten Kindern aufgrund eines der in § 1611 I genannten Gründe ausschließt. Nicht einmal dann, wenn das Kind durch sittliches Verschulden bedürftig geworden ist oder eine Inanspruchnahme der Eltern grob unbillig wäre, kann ihm -wie dem volljährigen Verwandten- der Unterhalt versagt werden. Auch im Rahmen der noch erfüllbaren Obliegenheit zur Ausnutzung der Arbeitskraft oder zum Betreiben einer Ausbildung erscheint deshalb eine Gleichbehandlung nicht gerechtfertigt.

Die von der Rechtsprechung vertretene, erste Ansicht, ist daher abzulehnen. An die Verletzung der Erwerbsobliegenheit eines minderjährigen unverheirateten Kindes sind keine unterhaltsrechtlichen Sanktionen zu knüpfen.

b) Unterhaltsrechtliche Obliegenheiten des Verpflichteten

Die an die Eltern gestellten, unterhaltsrechtlichen Obliegenheiten sind im Verhältnis zu ihren minderjährigen unverheirateten Kindern im Vergleich zum normalen Verwandtenunterhalt gesteigert.¹¹⁶ Das ergibt sich aus § 1603 II 1, wonach auch der gem. § 1603 I Nicht-Unterhaltspflichtige gegenüber seinen minderjährigen unverheirateten Kindern nicht von der Unterhaltspflicht befreit wird. Diese Steigerung tritt jedoch gem. § 1603 II 2 nur für den Fall ein, dass kein leistungsfähiger, unterhaltspflichtiger Verwandter vorhanden ist und der Unterhalt auch nicht aus dem Stamm des Kindesvermögens bestritten werden kann. Die folgenden Ausführungen gelten nur für die Fälle, in denen die Voraussetzungen des § 1603 II 2 nicht vorliegen.

aa) Vermögensobliegenheiten

Der Verpflichtete muss bezüglich der Einziehung, Anlage und Verwertung von Vermögen prinzipiell die gleichen Aktivitäten entfalten wie beim normalen Verwandtenunterhalt. Anders als dort findet im Verhältnis zu den minderjährigen unverheirateten Kindern jedoch der Grundsatz, dass Selbsterhaltung vor Verwandtenunterhaltung geht, nur eingeschränkt Anwendung. Dies kommt vor allem in § 1603 II 1 zum Ausdruck, der bestimmt, dass die Eltern ungeachtet einer sich aus § 1603 I ergebenden Leistungsunfähigkeit alle ihnen noch verbleibenden, verfügbaren Mittel zu ihrem und der Kinder Unterhalte gleichmäßig verwenden müssen. Für den Verpflichteten bedeutet dies, dass er von den Vermögensobliegenheiten u.U. auch dann noch nicht befreit ist, wenn dies im allgemeinen Verwandtenunterhalt wegen Gefährdung des eigenen, angemessenen Unterhalts gem. § 1603 I der Fall wäre.

Nach allgemeiner Ansicht folgt aus § 1603 II 1 aber nicht etwa eine völlige Streichung, sondern lediglich eine Reduzierung des Selbstbehaltes des Verpflichteten.¹¹⁷ Es wird dem Verpflichteten zugestanden, denjenigen Teil seiner Einkünfte nicht mit den Kindern teilen zu müssen, den er als notwendigen Unterhalt auf jeden Fall selbst benötigt.¹¹⁸ Dieser so genannte "kleine Selbstbehalt" bemisst sich nach den unabwiesbaren Kosten für Ernährung, Kleidung, Körperpflege, Wohnen usw.¹¹⁹ Dass die Eltern diese eigenen Bedürfnisse vorrangig befriedigen dürfen, wird daraus abgeleitet, dass § 1603 II 1 nur von den "verfügbaren" Mitteln

spricht. Solche Mittel, die die Eltern für ihren eigenen Lebensbedarf unabweisbar benötigen, seien indes nicht "verfügbar" und müssen deshalb vorher abgezogen werden.¹²⁰

Nach dem Wortlaut des § 1603 II 1 sind aber gerade die verfügbaren Mittel auch zum Unterhalte der Eltern zu verwenden, sodass ein vorheriges Abziehen des Elternunterhaltes nicht geboten zu sein scheint. Die genannte Auslegung steht hierzu dennoch nicht im Widerspruch, wenn man den in § 1603 II 1 verwendeten Begriff des Elternunterhalts als über den notwendigen Unterhalt hinausgehend begreift. Die nach dem Abzug des notwendigen Selbstbehalts der Eltern noch vorhandenen Mittel kommen demnach nicht ausschließlich den Kindern zugute, sondern sind u.U. "gleichmäßig" auch noch zu dem über das Notwendige hinausgehenden Unterhalt der Eltern zu verwenden. Diese Bevorzugung der Eltern ist jedoch aus dem Gesetz nicht direkt abzulesen und wirkt daher gekünstelt.

Näher liegt nach dem Wortlaut des § 1603 II 1 m.E. die Annahme einer hundertprozentigen Notgemeinschaft zwischen Eltern und Kindern, was in letzter Konsequenz eine Teilungsverpflichtung auch dann begründet, wenn selbst der notwendige Unterhalt des Verpflichteten nicht mehr gesichert ist. In der heutigen Zeit muss jedoch kein Kind verhungern, weil die Eltern zuerst den eigenen Notbedarf befriedigen. Mindestens der zur Deckung des notwendigen Bedarfs aller Familienmitglieder noch fehlende Betrag wird ohnehin von der Sozialhilfe gedeckt. Wegen der geringen praktischen Bedeutung dieses Unterschiedes besteht zu einer Änderung der bisherigen Handhabung auch nach kritischen Stimmen in der Literatur kein Anlass.¹²¹

Im Rahmen der erweiterten Unterhaltspflicht nach § 1603 II 1 obliegt es also dem Verpflichteten -weitergehend als im allgemeinen Verwandtenunterhalt-, sein Vermögen soweit zur Erfüllung der Unterhaltspflicht heranzuziehen, dass sein notwendiger Eigenbedarf gerade noch gesichert bleibt.¹²²

bb) Erwerbsobliegenheiten

Nach herrschender Meinung in Literatur und Rechtsprechung trifft den Verpflichteten im Unterhaltsverhältnis zu minderjährigen unverheirateten Kindern im

Vergleich zum normalen Verwandtenunterhalt eine gesteigerte Obliegenheit zur Erzielung von Erwerbseinkünften.¹²³

So muss der arbeitslose Verpflichtete noch größere Anstrengungen unternehmen, um eine Arbeitsstelle zu finden.¹²⁴ Hierbei darf er nichts unversucht lassen.¹²⁵ Ein berufsbedingter Ortswechsel¹²⁶ sowie die Aufnahme einer Tätigkeit, deren Niveau unterhalb der bisherigen Arbeit oder der Ausbildung des Verpflichteten liegen,¹²⁷ sind ihm eher zuzumuten als im normalen Verwandtenunterhaltsverhältnis.¹²⁸ Der Verpflichtete muss zudem längere Anfahrtswege zum Arbeitsplatz und härtere Arbeitsbedingungen in Kauf nehmen.¹²⁹ Er muss, wenn sein Verdienst nicht ausreicht, Überstunden machen oder eine Nebentätigkeit aufnehmen.¹³⁰

Eine Schul- und Berufsausbildung ist dem Verpflichteten zwar nicht grundsätzlich verwehrt. Anders als im normalen Unterhaltsverhältnis genießt sein Recht auf Ausbildung aber auch keinen grundsätzlichen Vorrang vor seiner Obliegenheit zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit.¹³¹ Ausbildungsrecht und Unterhaltspflicht sind vielmehr im Einzelfall kritisch gegeneinander abzuwägen,¹³² wobei dem Kindesinteresse ein wesentlich höherer Stellenwert zukommt als sonst dem Interesse des berechtigten Verwandten. So ist bei der Interessenabwägung auch stärker als sonst zu berücksichtigen, inwieweit die Ausbildung tatsächlich die Erwerbschancen des Verpflichteten vergrößert und somit letztlich auch dem Kind zum Vorteil gereicht.

Den Verpflichteten trifft des weiteren die Obliegenheit, seinen Arbeitsplatz insbesondere bei schwieriger Arbeitsmarktlage nicht grundlos zu verlassen, wenn er keine neue Stelle in Aussicht hat.¹³³ Allgemeiner wird auch formuliert, dass dem Verpflichteten eine verantwortungslose, zumindest leichtfertige Arbeitsplatzaufgabe verwehrt sein soll.¹³⁴ Seine Erwerbsobliegenheit ist damit jedenfalls stärker als die des Berechtigten im normalen Verwandtenunterhalt nach der hier vertretenen Ansicht (s.o. B I 1 a bb (3)).

Eine in der Literatur vertretene Mindermeinung wendet sich jedoch gegen die soeben aufgezeigten Grundsätze. Ihr zufolge ist es verfehlt und kurzsichtig, Eltern stärker als andere Verwandte zur Arbeit anzuhalten. Die Existenz eines Kindes dürfe insbesondere kein Hindernis für die Aufnahme oder Beendigung einer im normalen Verwandtenunterhalt nicht beanstandeten Ausbildung sein.¹³⁵ Bezüglich

der Erwerbsobliegenheit legt diese Meinung also die gleichen Maßstäbe an, wie in anderen Verwandtschaftsverhältnissen auch. Diese Auffassung wird jedoch von ihren Vertretern ohne Begründung in den Raum gestellt. Sie verkennt, dass die Steigerung der Erwerbsobliegenheit durch das Prinzip der elterlichen Sorge geboten ist und den Wertungen der §§ 1603 II, 1611 II entspricht. Es gibt daher keinen Grund, die Stärke der Erwerbsobliegenheit von Eltern minderjähriger unverheirateter Kinder auf die Stärke der Erwerbsobliegenheit in anderen Verwandtschaftsverhältnissen zu begrenzen. Diese Ansicht ist also abzulehnen.

Die Erwerbsobliegenheit ist verletzt, wenn der Verpflichtete die ihm hiernach zumutbaren Anstrengungen nicht unternimmt.

3. Obliegenheitsverletzung im Unterhaltsverhältnis zwischen den Partnern einer geschiedenen Ehe

Wie beim Verwandtenunterhalt ist im unterhaltsrechtlichen Verhältnis zwischen geschiedenen Ehegatten Bedürftigkeit des einen und Leistungsfähigkeit des anderen Teils Voraussetzung für einen Anspruch auf Unterhalt. Dies ergibt sich aus den §§ 1577, 1581.

a) Unterhaltsrechtliche Obliegenheiten des Berechtigten

Anders als im Verwandtenunterhalt reicht die bloße Bedürftigkeit des einen Teils jedoch noch nicht dazu aus, seine Unterhaltsberechtigung gegenüber dem anderen Teil zu begründen. Dies beruht auf dem Gedanken der wirtschaftlichen Eigenverantwortung, wonach jeder Ehegatte, auch der bedürftige, nach der Scheidung seinen Lebensunterhalt grundsätzlich selbst zu bestreiten hat.¹³⁶

Das Gesetz enthält vielmehr in den §§ 1570-1573, 1575, 1576 einen abschließenden Katalog von Unterhaltstatbeständen, die diesen Grundsatz aus Gründen der nachwirkenden Mitverantwortung¹³⁷ nur in bestimmten Fällen einschränken.¹³⁸ Voraussetzung für das Entstehen eines Anspruchs auf nachehelichen Unterhalt ist also, dass mindestens einer der genannten (Ausnahme-)Tatbestände erfüllt ist.

Selbst wenn diese Voraussetzung gegeben ist, kann jedoch gem. § 1577 I Unterhalt nicht verlangt werden, solange und soweit sich der Berechtigte aus seinen Einkünften und seinem Vermögen selbst unterhalten kann. Die Bedürftigkeit des

Berechtigten muss also in jedem Falle noch als weiteres Merkmal hinzukommen, damit ein Unterhaltsanspruch gegeben ist.¹³⁹ Diese Regelung entspricht dem Grundsatz des für den Verwandtenunterhalt geltenden § 1602 I.¹⁴⁰ Auch den Berechtigten im nahehelichen Unterhaltsverhältnis trifft somit die Obliegenheit, bestimmte Aktivitäten zu entfalten, um Einkünfte zu erzielen.

aa) Vermögensobliegenheiten

(1) Vermögenseinziehung

Den Berechtigten trifft zunächst genau wie im Verwandtenunterhalt die Obliegenheit, ihm zustehende Vermögenswerte von dritter Seite einzuziehen.¹⁴¹

Anders als beim Verwandtenunterhalt ist im Unterhaltsverhältnis zwischen geschiedenen Ehegatten jedoch darauf abzustellen, ob ein Vermögenswert auch bei fortbestehender intakter Ehe zum Unterhalt der Familie zur Verfügung gestanden hätte.¹⁴² Dieser vom BGH im Hinblick auf die Obliegenheiten des Unterhaltsverpflichteten herausgestellte Grundsatz¹⁴³ ist auch für den Umfang der Obliegenheiten des Berechtigten relevant.¹⁴⁴ Die in der genannten Entscheidung vom BGH gemachten Einschränkungen aus Billigkeitsgründen sind ebenfalls auf den Berechtigten übertragbar.¹⁴⁵ Eine testamentarische Verfallsklausel, wonach der Pflichtteilsberechtigte bei Geltendmachung des Pflichtteils (§§ 2303 ff.) von der Schlusserbfolge ausgeschlossen ist, kann hiernach auch für den Berechtigten die Obliegenheit zur Einforderung des Pflichtteils entfallen lassen.

(2) Vermögensnutzung

Aus § 1577 I ergibt sich die Obliegenheit, vorhandenes Vermögen so ertragreich wie möglich anzulegen.¹⁴⁶ Auf die Herkunft des zur Verfügung stehenden Vermögens kommt es dabei nicht an.¹⁴⁷ Insbesondere ist die Nutzungsobliegenheit nicht bezüglich solcher Vermögenswerte eingeschränkt, die der Berechtigte durch die Auflösung der ehelichen Gütergemeinschaft¹⁴⁸ oder durch den Ausgleich des Zugewinns¹⁴⁹ erhalten hat.¹⁵⁰ So trifft den Berechtigten die Obliegenheit, Erträge auch aus dem Erlös zu erzielen, den er aus dem Verkauf des bis zur Scheidung gemeinsam genutzten Familienheimes zieht.¹⁵¹ Zu berücksichtigen sind zudem Vermögenswerte, die erst nach der Scheidung anfallen, wie etwa eine Erbschaft.¹⁵²

Verlangt werden kann in jedem Falle die übliche Nutzung vorhandener Vermögenswerte.¹⁵³ Eine Obliegenheit zur verzinslichen Anlage von Geld z.B. auf einem Sparbuch oder durch den Erwerb von Bundesschatzbriefen sowie die Vermietung einer nicht dem eigenen Wohnbedarf dienenden Immobilie¹⁵⁴ zum ortsüblichen Tarif wird also in aller Regel zu bejahen sein. Es wird jedoch nicht erwartet, dass eine Anlageform gewählt wird, die allein vom Gedanken der Gewinnmaximierung beherrscht ist.¹⁵⁵ Diese Überlegung klingt absurd, da das einzige Ziel jeder Geldanlage darin besteht, einen Gewinn zu erzielen. Es ist also nicht ersichtlich, warum nicht auch ein möglichst hoher -der maximale- Gewinn angestrebt werden soll. Gemeint ist aber nicht, dass der Anleger nicht darauf bedacht sein soll, aus dem vorhandenen Vermögen auch einen möglichst großen Ertrag zu erzielen. Er soll nur das Ziel, möglichst hohe Gewinne zu machen, nicht um jeden Preis, z.B. den eines hohen Anlagerisikos, verfolgen. Der in diesem Zusammenhang missverständliche Begriff "Gewinnmaximierung" soll hier nur die Höhe des maximal erzielbaren Gewinns ohne Berücksichtigung der Wahrscheinlichkeit, mit der er voraussichtlich auch tatsächlich erzielt wird, bezeichnen. Wie beim Verwandtenunterhalt soll also die Steigerung der erreichbaren Gewinnhöhe nicht auf Kosten eines größeren Risikos erfolgen müssen. Missverständnisse treten deshalb auf, weil auch diese Überlegung ausschließlich vom Gedanken der "Gewinnmaximierung" getragen wird: Es soll kein Risiko eingegangen werden, damit das Geld nicht verloren geht und auf diese Weise ein möglichst hoher -also der maximale- Gewinn tatsächlich erzielt wird. Dieser weite Begriff der Gewinnmaximierung ist zu unterscheiden von dem oben verwendeten, das Anlagerisiko außer Betracht lassenden, engen Begriff.

Wenngleich den Berechtigten hiernach nicht die Obliegenheit trifft, eine risikoreiche Anlageform zu wählen, steht es ihm dennoch grundsätzlich frei, ein höheres Risiko einzugehen, solange sich dieses noch in verkehrsüblichem Rahmen bewegt. Auch die Größe des Vermögens ist hierbei zu berücksichtigen.¹⁵⁶ Das heißt jedoch nicht, dass mit großen Vermögen leichtfertiger umgegangen werden darf als mit kleinen. Abzustellen ist sinnvollerweise auf das Verhältnis zwischen dem angelegten oder anzulegenden Betrag und der Größe des Gesamtvermögens des Berechtigten.

Wenn dem Berechtigten anlagefähiges Kapital zugeflossen ist, trifft ihn nicht die Obliegenheit, dieses unmittelbar danach in irgendeiner Form anzulegen. Er kann vielmehr eine angemessene Frist für die Überlegung beanspruchen, auf welche Weise er das ihm z.B. aus dem Zugewinnausgleich oder aus der Auseinandersetzung einer Gütergemeinschaft zugeflossene Kapital anlegen will.¹⁵⁷

(3) Vermögensstammverwertung

Wenn die sonstigen Einkünfte nicht zum Unterhalte ausreichen, muss der Berechtigte den Stamm seines Vermögens verwerten.¹⁵⁸ Auch die dem Berechtigten zustehenden Rechte, die einen Vermögenswert darstellen, müssen in zumutbarer Weise verwertet, d.h. zu Geld gemacht werden.

Dies ist kurioserweise bereits dann möglich, wenn noch gar nicht feststeht, ob das Recht überhaupt besteht oder zur Entstehung gelangen wird. So entschied der BGH, dass der Berechtigte auch die Aussicht auf einen Anspruch auf Rentennachzahlung, dessen Bestehen nicht sicher war, verwerten müsse. Bejaht wurde die Obliegenheit, den Anspruch dem Verpflichteten für einen von diesem gewährten Kredit, auf dessen Rückzahlung im Falle des Nichtbestehens des Nachzahlungsanspruchs verzichtet wurde, auf Verlangen zur Sicherheit für den Fall des Bestehens abzutreten.¹⁵⁹ Diese Vorgehensweise führt so oder so zu einem billigen Ergebnis: Besteht der Anspruch, so entsteht mit dem Zufallen an den Verpflichteten vermögensmäßig die gleiche Wirkung, als hätte der Berechtigte ihn schon früher realisieren und zur Befriedigung seines Unterhaltsbedarfs einsetzen können; der Verpflichtete hätte dann genau diesen Betrag nicht leisten müssen. Besteht der Anspruch nicht, hätte der Verpflichtete den als Kredit gewährten Betrag ohnehin (in Form von Unterhalt) zahlen müssen. Durch das Erlöschen des Rückzahlungsanspruchs steht er also nicht schlechter als er stünde, wenn er das Darlehen nicht gewährt hätte.

Die Verwertungsobliegenheit des Berechtigten bezüglich seiner Vermögensgüter erfährt durch § 1577 III wesentliche Einschränkungen. Der Vermögensstamm braucht danach nicht verwertet zu werden, soweit die Verwertung unwirtschaftlich oder unter Berücksichtigung der beiderseitigen wirtschaftlichen Interessen unbillig wäre. Die Voraussetzungen müssen dem Wortlaut nach nur alternativ vorliegen, nicht kumulativ.

(a) Unwirtschaftlichkeit gem. § 1577 III Alt.¹

Eine Vermögensverwertung ist nach wohl überwiegender Meinung nicht unwirtschaftlich, wenn das Vermögen des Berechtigten nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge unter Berücksichtigung der zukünftigen Vermögens- und Erwerbsverhältnisse für die voraussichtliche Dauer der Unterhaltsbedürftigkeit zum Unterhalt ausreicht.¹⁶⁰

Diesem Ansatz liegen folgende Erwägungen zugrunde: Der Berechtigte soll zunächst allein durch die Nutzung des Vermögens möglichst hohe Erträge erzielen (Gewinnmaximierung iwS), um den Unterhaltsverpflichteten zu entlasten. Nur wenn diese Erträge nicht dazu ausreichen, den Bedarf zu decken, muss das Vermögen selbst aufgebraucht werden.¹⁶¹ Hierdurch beraubt sich der Berechtigte aber selbst der Möglichkeit, Erträge aus dem Vermögen zu ziehen, sodass es aus wirtschaftlicher Sicht günstiger sein kann, wenn der er sein Vermögen nicht verwertet, sondern dauerhaft einen Teil aus den Vermögenseinkünften zum Unterhalt beisteuert (vgl. dazu oben A I 1 a aa (3)): Eine Veräußerung des Vermögens würde zwar den Unterhaltsbedarf für einige Zeit voll decken; danach müsste der Verpflichtete jedoch umso mehr zahlen. Wenn nun der durch die Veräußerung erzielte Betrag bis zum Ende der Unterhaltsbedürftigkeit -also höchstens bis zum voraussichtlichen Lebensende des Berechtigten- ausreicht, wird der Verpflichtete indes überhaupt nicht mehr zur Kasse gebeten. Dann ist es zur nachhaltigen Deckung des Unterhaltsbedarfs weder nötig, dass dem Berechtigten durch Verpflichtung des anderen zur teilweisen Unterhaltszahlung die Möglichkeit erhalten bleibt, weitere Vermögenseinkünfte zu erzielen, noch stellt es eine Entlastung des Verpflichteten dar. Eine Verwertung des Vermögens ist in diesem Falle daher nicht unwirtschaftlich, selbst wenn dadurch Einnahmen aus Miete, Pacht u.Ä. für immer wegfallen.

Bei diesem Ansatz ist jedoch das Auftreten von Problemen bei der Ermittlung des voraussichtlich benötigten Unterhaltes programmiert. Unsicherheiten, die in diesem Zusammenhang durch die nicht vorhersehbare Lebenserwartung des Berechtigten entstehen, könnte man durch einen Vergleich der Vermögensmasse mit dem zum Abschluss einer Leibrentenversicherung erforderlichen Geldbetrag begegnen (vgl. oben A I 1 b aa). Eine Verwertung wäre dann nicht unwirtschaft-

lich, wenn der Erlös zum Abschluss einer Leibrentenversicherung und ggf. zur Deckung des Unterhaltsbedarfs bis zum Beginn ihrer Auszahlung ausreicht.

Im übrigen greifen allgemeine Wirtschaftlichkeitserwägungen, die z.B. die Relation des Verkaufserlöses zum Verkehrswert,¹⁶² eine Bewertung der Marktlage, Prognosen bezüglich Veränderungen des Verkehrswertes usw. betreffen. Unwirtschaftlich ist die Verwertung von Vermögensgegenständen hiernach immer auch dann, wenn die Marktlage für eine Verwertung ungünstig ist oder wenn, wie z.B. bei Bauerwartungsland, Wertsteigerungen bevorstehen.¹⁶³

(b) Unbilligkeit gem. § 1577 III Alt.²

Auch die mögliche und wirtschaftliche Verwertung des Vermögens kann u.U. wegen Unbilligkeit dem Berechtigten nicht zur Obliegenheit gemacht werden. Ob es unbillig ist, ihn auf die Verwertung seines Vermögensstammes zu verweisen, lässt sich jedoch nicht allgemein, sondern nur nach den Umständen des Einzelfalles beurteilen.¹⁶⁴ Von Bedeutung ist hierbei insbesondere die wirtschaftliche Situation der bei den geschiedenen Ehegatten. Eine Vermögensverwertung kommt umso weniger in Betracht, je besser die Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Verpflichteten sind und je weniger ihn die Unterhaltszahlung belastet.¹⁶⁵

Auch der Umfang der Verwertungsobliegenheit wird nach Billigkeitserwägungen eingeschränkt. Eine Vermögensreserve als "Notgroschen" für plötzlich auftretenden Sonderbedarf wie Krankheits- oder sonstige Notfälle muss hiernach nicht verwertet werden.¹⁶⁶

Der Umstand, dass das Vermögen des Berechtigten aus dem Zugewinnausgleich¹⁶⁷ oder einer sonstigen vermögensrechtlichen Auseinandersetzung unter Ehegatten im Hinblick auf die Scheidung¹⁶⁸ stammt, macht eine Verwertung noch nicht unbillig.¹⁶⁹

bb) Erwerbsobliegenheiten

Den Berechtigten, der seinen Unterhaltsbedarf nicht aus seinem Vermögen bestreiten kann, trifft grundsätzlich die Obliegenheit, seine Arbeitskraft kommerziell zu nutzen. Das ergibt sich aus § 1577 I sowie aus den §§ 1570-1572, 1574-1576, die regeln, wann eine Erwerbstätigkeit ausnahmsweise nicht erwartet

werden kann. Der geschiedene Ehegatte, der wegen Betreuung eines Kindes (§ 1570), wegen hohen Alters (§ 1571), wegen Krankheit oder anderer Gebrechen (§ 1572) oder wegen der Teilnahme an einer Ausbildung, Fortbildung oder Umschulung (§ 1575) daran gehindert ist, einer vollen Erwerbstätigkeit nachzugehen, ist hiernach ganz oder teilweise von der Erwerbsobliegenheit befreit. Auf die genaue Ausgestaltung dieser -anders als beim Verwandtenunterhalt- gesetzlich geregelten Ausnahmetatbestände wird hier nicht näher eingegangen. Wichtig ist, dass es dem Berechtigten in allen anderen Fällen grundsätzlich obliegt, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen, wenngleich in der unterhaltsrechtlichen Praxis in den meisten Fällen ein Ausnahmetatbestand einschlägig ist, sodass statistisch gesehen gerade umgekehrt die Erwerbsobliegenheit die Ausnahme darstellt.¹⁷⁰

(1) Arbeitsplatzsuche

§ 1573 I stellt nur den sich erfolglos um Arbeit bemühenen Arbeitsfähigen dem Arbeitsunfähigen gleich. Daraus folgt, dass ein arbeitsloser Berechtigter, dessen Erwerbsobliegenheit nicht ausgeschlossen ist, sich wie im Verwandtenunterhalt zunächst um Arbeit bemühen muss.¹⁷¹ Welche Aktivitäten dabei zu entfalten sind, richtet sich nach den Umständen des Einzelfalles, wobei insbesondere die Verhältnisse auf dem Arbeitsmarkt und die persönlichen Eigenschaften des Bewerbers maßgeblich sind.¹⁷² Durch die bloße Meldung beim Arbeitsamt wird die Obliegenheit idR. noch nicht erfüllt. Dem Berechtigten sind daneben auch private Vermittlungsbemühungen, wie das schriftliche Beantworten¹⁷³ und ggf. auch eigene Aufgaben von Stellenanzeigen in Tageszeitungen und Anzeigenblättern, zumutbar.¹⁷⁴

(2) Arbeitsplatzannahme

Anders als der Berechtigte im Verwandtenunterhalt muss der geschiedene Ehegatte, der keine Arbeit findet, nicht grundsätzlich jede ihm angebotene Arbeitsstelle annehmen. Er kann nicht auf einfachste und ungelernete Tätigkeiten verwiesen werden, sondern darf gem. § 1574 solche Stellen ablehnen, die ihm nicht angemessen sind. Zur Beurteilung der Frage, was im Einzelfall als angemessene Tätigkeit angesehen werden kann, sind gem. § 1574 II HS. 1 neben dem Lebensalter, dem Gesundheitszustand, den Fähigkeiten und dem Ausbildungsstand des Berechtigten auch die früheren ehelichen Lebensverhältnisse zu berücksichtigen.

(a) Berücksichtigung von Ausbildung und Fähigkeiten

Ins Gewicht fallen neben dem bloßen Ausbildungszeugnis alle Fähigkeiten des Berechtigten, die für seine berufliche Qualifikation maßgeblich sind, gleichgültig, ob sie in einer anerkannten Ausbildung oder unabhängig davon in der Ehe oder durch Ausübung eines Berufes erworben wurden.¹⁷⁵ So ist beispielsweise die Berücksichtigung privat erworbener Fremdsprachen- oder EDV-Kenntnisse bei der Beurteilung der Angemessenheit einer Tätigkeit denkbar.

Mit Berücksichtigung von Ausbildung und Fähigkeiten ist jedoch nicht gemeint, dass es dem Berechtigten nur obliegt, eine Arbeit in dem erlernten Beruf zu ergreifen, die seinen konkreten Fähigkeiten entspricht. Es ist ihm vielmehr auch jede außerhalb des erworbenen Berufsbildes liegende Tätigkeit zuzumuten, solange sie nur denselben Status verkörpert.¹⁷⁶

Hat der Berechtigte nach Abschluss seiner Ausbildung einen weniger qualifizierten Beruf ausgeübt, so hat er damit seinen Status freiwillig aufgegeben und ist nicht mehr schutzwürdig.¹⁷⁷ Er muss dann, wenn er keine andere Arbeit findet, eine dem Status der zuletzt ausgeübten Tätigkeit entsprechende Stelle annehmen.

Umgekehrt ist jedoch ein nachträglich erreichter, höherer Ausbildungsstand gem. § 1575 III nicht zu berücksichtigen, wenn der Berechtigte während der Ausbildung, Fortbildung oder Umschulung Unterhalt gem. § 1575 I, II bezogen hat. Der Berechtigte, der auf Kosten des Verpflichteten einen hochstatuierten Beruf erlernt hat, soll sich, wenn er keine dem Berufsstatus entsprechende Stelle findet, nicht darauf berufen können, dass jede andere Tätigkeit unter seinem Ausbildungsniveau liege. Der Ehegatte soll nicht mit dem Risiko belastet werden, ob der Berechtigte eine Anstellung in dem Beruf findet, zu dem er sich hat ausbilden lassen.¹⁷⁸

(b) Berücksichtigung von Alter und Gesundheitszustand

Gem. § 1574 beurteilt sich die Angemessenheit einer Erwerbstätigkeit auch nach dem Alter und dem Gesundheitszustand des Berechtigten. Das hohe Lebensalter oder eine Krankheit oder sonstige Gebrechen des Berechtigten finden auf diese Weise auch dann Berücksichtigung im Hinblick auf seine Erwerbsobliegenheit,

wenn sie noch nicht gem. §§ 1571, 1572 dazu führen, dass ihm die Ausnutzung der Arbeitskraft überhaupt nicht mehr zugemutet wird.

Diese Kriterien sind aber nicht, wie man angesichts der Tatsache vermuten könnte, dass sie zusammen mit Ausbildung und Fähigkeiten aufgezählt werden, in erster Linie unter dem Aspekt ihres Einflusses auf die Berufsqualifikation zu betrachten. Die Berücksichtigung von Alter und Gesundheitszustand dient vielmehr dazu, solche Tätigkeiten auszuschneiden, für die der Berechtigte zwar rein äußerlich noch qualifiziert ist, die aber für ihn mit einem unzumutbaren körperlichen oder seelischen Kräfteaufwand verbunden sind.¹⁷⁹ Plakativ formuliert kommt es nicht darauf an, ob der alte oder kranke Arbeiter langsamer Kisten stapeln kann als ein gesunder, sondern nur darauf, dass er sich aufgrund seines Alters oder seines Gesundheitszustandes wesentlich mehr anstrengen muss, um die gleiche Anzahl von Kisten in derselben Zeit zu stapeln. Zugemutet wird ihm daher nur eine Arbeitsstelle, die er trotz seines Zustandes mit normalem Kräfteaufwand bewältigen kann.

Anstatt nun für den Berechtigten den Umfang der in den einzelnen Berufen zu entfaltenden Anstrengungen zu vermindern, ist man darauf bedacht, Berufe, die den Berechtigten wegen Alter oder Krankheit zu stark fordern, ganz auszuschneiden. Reduziert wird also nicht die erwartete Leistung, sondern die Anzahl der in Frage kommenden Stellen.

Ein Berechtigter mit schwerem Bandscheibenleiden wird somit in vielen Fällen nicht auf Bürotätigkeiten¹⁸⁰ oder auf mit Erschütterungen verbundene Tätigkeiten, wie z.B. Treckerfahren,¹⁸¹ verwiesen werden können; alle Berufe, die er ungeachtet seines Leidens mit normalem Einsatz ausüben kann, sind ihm -nach wie vor- voll zumutbar.

Zu beachten ist, dass das Gebot der Berücksichtigung von Ausbildung und Fähigkeiten durch ein hohes Alter oder eine Krankheit des Berechtigten nicht an Stellenwert verliert. Der bandscheibenkranke Diplomlandwirt wird demnach nicht auf eine bandscheibenschonende, ungelernete Tätigkeit verwiesen werden können.

Bei der Beurteilung der mit einer bestimmten Tätigkeit für den einzelnen verbundenen Anstrengungen wird neben der gegenwärtigen Verfassung des Berechtigten auch die zu erwartende, künftige Entwicklung in die Überlegungen einbezogen.¹⁸²

(c) Berücksichtigung der ehelichen Lebensverhältnisse

Die Rücksichtnahme auf die ehelichen Lebensverhältnisse trägt wiederum Statusänderungen Rechnung, und zwar solchen, die sich während der Dauer der Ehe, also bis zum Tag der Scheidung, vollzogen haben.¹⁸³ Auf eine Tätigkeit, welche die durch die Ehe erlangte Statusidentität und Milieukonstanz nicht verbürgt, muss sich der Berechtigte demnach nicht verweisen lassen. Es kommen für ihn nur solche Berufe in Betracht, die nach ihren sozialen Attributen der früheren, ehelichen Lebenssituation entsprechen.¹⁸⁴ Nicht immer ist aber der in der Ehe erlangte Status in gleichem Maße zu berücksichtigen. § 1574 II HS. 2 bestimmt, dass die Stärke der gebotenen Berücksichtigung von der Dauer der Ehe sowie von der Dauer der Pflege und Erziehung eines gemeinschaftlichen Kindes abhängt. Mit zunehmender Ehedauer kommen die ehelichen Lebensverhältnisse immer mehr zum tragen.¹⁸⁵ Dies hat seinen Grund darin, dass sich der Ehegatte um so nachhaltiger an den ehelichen Lebensstandard gewöhnt, je länger er ihn genießt.¹⁸⁶

In diesem Zusammenhang kann es auch eine Rolle spielen, wenn ein Ehegatte sich aufgrund der Erwerbstätigkeit des anderen während der Ehe einer Ausbildung widmen konnte. Eine Tätigkeit im früheren, geringer statuierten Beruf ist dann so lange nicht angemessen, wie der Berechtigte nicht wenigstens die Möglichkeit gehabt hat, seine erfolgreich begonnene Ausbildung innerhalb zumutbarer Zeit abzuschließen. Entschieden wurde dies z.B. im Falle eines kaufmännischen Angestellten, der während der Ehe ein Psychologie-Studium betrieben hat, während die Partnerin einer Erwerbstätigkeit als Chefsekretärin nachging. Eine Obliegenheit zur Aufnahme der früheren Tätigkeit als kaufmännischer Angestellter wurde nach der Scheidung mit der Begründung verneint, dass dies den ehelichen Lebensverhältnissen nicht angemessen sei.¹⁸⁷

Durch die von der Ehezeit unabhängige¹⁸⁸ Berücksichtigung der Dauer der Betreuung eines gemeinsamen Kindes wird der Gedanke der §§ 1570, 1571 Nr. 2, 1572 Nr. 2, die das Maß einer Erwerbsobliegenheit betreffen, auf die Beurteilung

der Angemessenheit einer -danach prinzipiell gebotenen- Tätigkeit übertragen. Dass ein Elternteil zugunsten der persönlichen Pflege und Erziehung eines gemeinsamen Kindes keine ihm mögliche, höhere berufliche Laufbahn eingeschlagen hat, soll ihm nicht zum Nachteil gereichen.¹⁸⁹ Wenn ihm nun eine Erwerbstätigkeit grundsätzlich zugemutet werden kann, weil inzwischen eine zeitaufwendige Kindesbetreuung (§ 1570) nicht mehr nötig ist und eine Erwerbsobliegenheit auch nicht aus anderen Gründen, insbesondere nicht wegen §§ 1571 Nr.², § 1572 Nr.², ausscheidet, soll er wenigstens keine Arbeit aufnehmen müssen, durch die er einen Statusverlust erleiden würde. Abzustellen ist aus diesem Grunde auch nicht auf den beruflichen Status, den der Berechtigte voraussichtlich erreicht hätte, wenn er kein Kind betreut hätte, sondern auf den tatsächlich in der Ehe erlangten Status. Dies gilt insbesondere auch für den Fall, dass die Kindesbetreuung länger gedauert hat als die Ehe.¹⁹⁰

Hat der Berechtigte hingegen bereits während der Ehe eine Tätigkeit ausgeübt, so ist diese in aller Regel auch dann angemessen, wenn ihr Status unterhalb des Status der ehelichen Lebensverhältnisse liegt.¹⁹¹

(3) Ausbildungsobliegenheit

Probleme ergeben sich immer dann, wenn es dem Berechtigten nicht möglich ist, eine Anstellung in einem ihm hiernach angemessenen Beruf zu finden. Dies wird häufig der Fall sein, wenn der durch die ehelichen Lebensverhältnisse erlangte Status über dem der Ausbildung liegt. Dann entsteht die fatale Situation, dass dem Berechtigten nur solche Tätigkeiten zugemutet werden können, die er mangels entsprechender Ausbildung gar nicht ausüben imstande ist. In einer ähnlichen Lage befindet sich der Berechtigte, der einen Beruf erlernt hat und darin keine Anstellung findet. Zugemutet werden ihm nach § 1574 I, II nur statusmäßig vergleichbare Tätigkeiten. Solche bedürfen aber idR. ihrerseits einer besonderen Berufsausbildung, die der er nicht gemacht hat. Auch derjenige Berechtigte, dem die Ausübung seines erlernten Berufes aus gesundheitlichen Gründen oder altersbedingt nicht mehr zugemutet werden kann, wird oft ohne zusätzliche Ausbildung keinen statusmäßig vergleichbaren Beruf finden. Da eine Verweisung auf geringer statuierte Tätigkeiten anders als im Verwandtenunterhalt nicht in Betracht kommt, könnte sich der Berechtigte nun einerseits darauf berufen, dass

die angebotenen Stellen nicht seinem Ausbildungsstand entsprechen, dass er andererseits aber mangels entsprechender Ausbildung auch keine gleichstatuierete Tätigkeit findet. Er könnte sich zurücklehnen und gem. § 1573 I, III Unterhalt von seinem geschiedenen Ehegatten verlangen.

Um dieses untragbare Ergebnis zu vermeiden, bestimmt § 1574 III, dass es dem Berechtigten obliegt, sich entsprechend ausbilden, fortbilden oder umschulen zu lassen, soweit dies zur Aufnahme einer angemessenen Tätigkeit erforderlich ist. Nach einhelliger Meinung dient § 1574 III aber nicht nur dazu, dem Berechtigten die Berufung darauf zu verwehren, dass seine Berufsausbildung nicht zur Ergreifung eines ihm angemessenen Berufs ausreicht. Er bestimmt vielmehr positiv eine Ausbildungsobliegenheit auch für den Berechtigten, der mit seiner unangemessenen Arbeit bereits zufrieden ist.¹⁹² Dies ist gleichsam die Kehrseite der Medaille: Mit dem Recht, sich nur auf angemessene Tätigkeiten verweisen lassen zu müssen geht die Obliegenheit einher, alle Möglichkeiten -einschließlich einer Weiterbildung- auszuschöpfen, um eine solche Tätigkeit auch tatsächlich zu erlangen.¹⁹³ Streitig ist indes, ob auch den Berechtigten, der bereits eine angemessene Tätigkeit ausübt, die jedoch nicht zur vollen Deckung seines Unterhaltsbedarfs ausreicht, die Obliegenheit trifft, sich entsprechend weiterbilden oder umschulen zu lassen.

(a) Streitdarstellung

Eine in der Literatur und ansatzweise auch in der Rechtsprechung vertretene Ansicht bejaht dies. Ihr zufolge hat die Möglichkeit der vollständigen Deckung des Unterhaltsbedarfs als selbständiges Kriterium neben die Angemessenheit des durch die Ausbildung angestrebten Berufes zu treten.¹⁹⁴ Wer eine angemessene Tätigkeit ausübt, die seinen Unterhalt nicht vollständig sichert, ist hiernach jedenfalls dann zur Aufnahme einer Weiterbildungs- oder Umschulungsmaßnahme gehalten, wenn dadurch eine solche Sicherung zu erwarten ist.¹⁹⁵

Die Gegenansicht lehnt eine entsprechende Anwendung des § 1574 III in den genannten Fällen ab. Ihr zufolge ist bei der Beurteilung des Bestehens einer Ausbildungsobliegenheit allein auf die Angemessenheit der dadurch erreichbaren Tätigkeit abzustellen.¹⁹⁶ Dem Berechtigten obliegt es hiernach also nur dann, eine Ausbildung aufzunehmen, wenn dies zur Erreichung einer angemessenen Tätig-

keit erforderlich ist. Wird bereits eine angemessene Tätigkeit ausgeübt oder eine Ausbildung zu einer angemessenen Tätigkeit betrieben, besteht hiernach auch dann keine (weitergehende) Ausbildungsobliegenheit, wenn der Berechtigte seinen Unterhaltsbedarf durch den ausgeübten oder durch die Ausbildung angestrebten Beruf nicht vollständig zu decken vermag.

(b) Streitentscheidung

Für die erste Ansicht könnte der Umstand sprechen, dass die Höhe der erzielten Einkünfte ebenfalls in die Beurteilung der Angemessenheit eingehen kann.¹⁹⁷ Wenn der Unterhaltsbedarf durch eine Tätigkeit nicht voll gedeckt werden kann, entspricht diese u.U. nicht den ehelichen Lebensverhältnissen und der Berechtigte muss sie gar nicht erst ergreifen. Er ist daher im Umkehrschluss dazu gehalten, eine Arbeit anzunehmen, die den Bedarf voll deckt. Außerdem kann angeführt werden, dass sich aus § 1573 IV 1 für den Berechtigten die Obliegenheit ergibt, seinen Unterhalt durch eigene Erwerbstätigkeit möglichst nachhaltig zu sichern.¹⁹⁸ Es ist daher nicht recht einzusehen, warum ein Berechtigter, der einer Tätigkeit nachgeht, die seinen Bedarf nicht nachhaltig deckt, oder sich zu einer solchen Tätigkeit ausbilden lässt, von einer (weitergehenden) Ausbildungsobliegenheit befreit sein sollte. Auch im Hinblick auf das Prinzip der wirtschaftlichen Eigenverantwortung der geschiedenen Ehegatten scheint es für den Verpflichteten eine unzumutbare Härte darzustellen, dass er Unterhalt zahlen muss, trotzdem es dem anderen durchaus möglich wäre, sich nach einer entsprechenden Ausbildung selbst voll zu unterhalten. Die Tatsache, dass der Berechtigte gem. § 1575 I, II die Ausbildung nicht einmal selbst finanzieren muss, sondern während ihrer Dauer Unterhalt vom Verpflichteten verlangen kann, fällt bei einer Interessenabwägung ebenfalls für eine Ausbildungsobliegenheit trotz angemessener Tätigkeit ins Gewicht.

Bereits die Annahme, dass sich aus dem Erfordernis der Angemessenheit ergibt, dass der Bedarf durch die Tätigkeit voll zu decken ist, stößt jedoch auf Bedenken. Wenngleich die Höhe des Arbeitslohnes im Einzelfall in die Beurteilung der Angemessenheit einer Tätigkeit, z.B. im Hinblick auf die ehelichen Lebensverhältnisse, eingehen kann, ist eine Vielzahl von Fallgestaltungen denkbar, in denen gerade eine gem. § 1574 I, II angemessene Tätigkeit den Bedarf nicht voll deckt.

Davon ist auch der Gesetzgeber ausgegangen, als er in § 1573 II genau den Fall geregelt hat, dass trotz Angemessenheit der Tätigkeit nicht der volle Unterhalt verdient wird.

Gegen die erste Ansicht kann ferner eingewandt werden, dass in § 1574 III eine Ausbildungsobliegenheit ausdrücklich nur für den Fall bestimmt ist, dass andernfalls die Erlangung einer angemessenen Tätigkeit nicht möglich ist. Von nachhaltiger Sicherung des Unterhaltsbedarfs ist hier, anders als z.B. in § 1575 I 1, gerade nicht die Rede. Aus der Tatsache, dass die Obliegenheit zur Teilnahme an Weiterbildungsmaßnahmen nicht bereits aus den §§ 1570-1573 folgt, sondern in § 1574 III gesondert geregelt ist, kann gefolgert werden, dass der Gesetzgeber sie von anderen Voraussetzungen abhängig machen wollte. Insbesondere der von der ersten Ansicht als Argument herangezogene § 1573 IV bezieht sich, wenn dort von "Bemühungen" die Rede ist, ausschließlich auf die in § 1573 I erwähnten Anstrengungen, die nötig sind, um eine Arbeit zu "finden".¹⁹⁹ Hiermit sind, wie gezeigt, wörtlich gerade nur Obliegenheiten zur "Suche" eines Arbeitsplatzes im Sinne von Vermittlungsbemühungen, nicht aber zur Steigerung des persönlichen Ausbildungsniveaus gemeint. § 1573 IV erweitert lediglich die Obliegenheit zur Arbeitsplatzsuche dahingehend, dass dabei auch eine möglichst nachhaltige Sicherung anzustreben ist. Die in § 1574 III geregelten, bei der Teilnahme an einer Weiterbildungsmaßnahme zu entfaltenden, Bemühungen bleiben davon unberührt. Die Wertung des § 1573 IV darf aus den genannten Gründen nicht, wie es die erste Ansicht tut, auf die Ausbildungsobliegenheit übertragen werden.

Eine nachhaltige Sicherung des Unterhaltes ist im Einzelfall außerdem nicht notwendig gleichbedeutend mit einer vollständigen Deckung. Aus § 1573 IV 2 folgt im Gegenteil, dass auch solche Einkünfte, die nicht zum vollen Unterhalt ausreichen, den Bedarf nachhaltig sichern können.²⁰⁰ Eine dauernde Erwerbstätigkeit, die den Bedarf nicht voll deckt, unterfällt deshalb nicht dem § 1573 IV, sondern § 1573 II,²⁰¹

der eine eigene Anspruchsgrundlage darstellt.²⁰² Auch aus diesem Grunde verbietet es sich, die Wertung des § 1573 IV als Argument für das Erfordernis der Vollständigkeit der Bedarfsdeckung anzuführen.

Dass der Verpflichtete die Ausbildung gem. § 1575 I, II finanzieren muss, darf letztlich nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Teilnahme an einer Ausbildung, Fortbildung oder Umschulung dem Berechtigten idR. größere Anstrengungen abverlangt als Bemühungen zur Erlangung eines ihm ohne (weitere) Ausbildung zugänglichen Berufes. Unter diesem Gesichtspunkt ist es auch unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen gerechtfertigt, eine Ausbildungsobliegenheit unter engeren Voraussetzungen entstehen zu lassen, als z.B. die Obliegenheit zur Arbeitsplatzsuche oder zum bloßen Arbeitsplatzwechsel.

Der zweiten Meinung ist daher der Vorzug zu geben; eine (weitergehende) Ausbildungsobliegenheit besteht nicht, wenn der Berechtigte bereits einer angemessenen Tätigkeit oder der Ausbildung zu einer solchen nachgeht.

Wenn nun eine Ausbildungsobliegenheit nach § 1574 III besteht, kann der Berechtigte grundsätzlich selbst entscheiden, in welcher Richtung er sich weiterbildet; seine Wahl muss sich lediglich an der voraussichtlichen Lage des Arbeitsmarktes orientieren.²⁰³ Er braucht aber insbesondere nicht danach zu gehen, welche von mehreren Möglichkeiten den Verpflichteten, der ihn gem. § 1575 I während der Weiterbildung unterhalten muss, weniger belastet.²⁰⁴ Die Obliegenheit ist verletzt, wenn der Berechtigte es unterlässt, seine berufliche Qualifikation durch Ausbildung, Fortbildung oder Umschulung auf ein Niveau zu bringen, das zur Ergreifung eines ihm nach § 1574 II angemessenen Berufes genügt.

b) Unterhaltsrechtliche Obliegenheiten des Verpflichteten

Gem. § 1581 S. 1 muss der Unterhaltsschuldner, wenn er unter Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen nicht dazu imstande ist, ohne Gefährdung des eigenen angemessenen Unterhaltes die Bedürftigkeit des Berechtigten zu decken, nur insoweit Unterhalt zahlen, wie es der Billigkeit entspricht. Auch hier ist also die Leistungsfähigkeit des Verpflichteten Voraussetzung für die Begründung einer vollen Unterhaltspflicht. Die Tatbestandsmerkmale der fehlenden oder eingeschränkten Leistungsfähigkeit des § 1581 S. 1 werden im wesentlichen auch für die Voraussetzungen der Unterhaltspflicht beim Verwandtenunterhalt nach § 1603 zugrunde gelegt.²⁰⁵ Aus diesem Grunde kann bezüglich der Erwerbs- und Vermögensobliegenheiten des Verpflichteten grundsätzlich auf die Ausführungen zu den Obliegenheiten des Verpflichteten im Verwandtenunterhalt (s.o. B I 1 b) verwie-

sen werden. Im Folgenden wird nur auf die sich im Verhältnis zwischen geschiedenen Ehegatten ergebenden Besonderheiten eingegangen.

aa) Vermögensobliegenheiten

Für die Obliegenheiten bezüglich der Einziehung, der Nutzung und der Verwertung von Vermögenswerten kommt es nicht darauf an, ob die Voraussetzungen dafür schon in der Ehe vorlagen oder nicht.²⁰⁶ Nach der Scheidung z.B. durch Schenkungen, Erbschaften u.s.w. erlangte Vermögenswerte sind also gleichwohl zu berücksichtigen.

Nach herrschender Meinung ist im Scheidungsunterhalt jedoch maßgeblich darauf abzustellen, ob ein Vermögenswert auch bei fortbestehender intakter Ehe zum Unterhalt der Familie zur Verfügung gestanden hätte.²⁰⁷ Durch diesen Ansatz wird die Obliegenheit zur Geltendmachung individueller vermögensrechtlicher Ansprüche gegenüber dem Verwandtenunterhalt stark eingeschränkt. Dem Verpflichteten wird nicht zugemutet, einen Anspruch zu realisieren, wenn er davon auch bei Fortbestehen der intakten Ehe abgesehen hätte. Eine intakte Ehe wird hier deshalb fingiert, weil naturgemäß auch die zur Scheidung führenden Umstände oder Ereignisse die Einstellung des Anspruchsinhabers zum Partner maßgeblich zu dessen Ungunsten verändern. Würde man nur das Fortbestehen der Ehe fingieren, könnte sich der Anspruchsinhaber stets darauf berufen, dass er schon wegen des (der Scheidung vorausgegangenen,) tatsächlich entstandenen und idR. tatsächlich fortbestehenden Zerwürfnisses mit dem Partner dafür gesorgt hätte, dass dieser nicht an dem Anspruch partizipiert. Dieses Ergebnis wird durch die Fiktion einer intakten Ehe vermieden. Praktisch bedeutet dies, dass als Beweggründe für eine Nichtgeltendmachung alle Faktoren außer Betracht bleiben müssen, die mit der Trennung oder Scheidung zusammenhängen.

Der Verpflichtete muss unter diesem Gesichtspunkt z.B. einen ihm zustehenden Pflichtteilsanspruch dann nicht geltend machen, wenn angesichts einer im Testament enthaltenen Verfallsklausel davon auszugehen ist, dass er hiervon jedenfalls aus moralischen oder wirtschaftlichen Gründen abgesehen hätte.²⁰⁸

Anders als im Verwandtenunterhalt ergibt sich im Scheidungsunterhalt für den Verpflichteten eine Obliegenheit zur Verwertung des Vermögensstammes aus

dem Gesetzeswortlaut: § 1581 S. 2 bestimmt, wann eine Verwertung des Vermögensstammes ausnahmsweise nicht erwartet wird. Daraus kann gefolgert werden, dass in allen anderen Fällen eine Verwertung geboten ist.²⁰⁹ Um Berechtigte und Verpflichtete gleich zu behandeln, sieht das Gesetz in § 1581 S. 2 für den Verpflichteten dieselben Verwertungssperren vor, wie in § 1577 III für den Gläubiger.²¹⁰ Auch der Verpflichtete muss danach sein Vermögen nur dann verwerten, wenn dies weder unwirtschaftlich noch unbillig ist (vgl. dazu oben B I 3 a aa (3)).

Aus § 1581 S. 1 ergibt sich des weiteren, dass ein im Einzelfall nach Billigkeit zu bestimmender Teil des Vermögens überhaupt nicht zur Unterhaltung des Berechtigten eingesetzt werden muss, wenn der eigene angemessene Unterhalt des Verpflichteten gefährdet ist. Nach dem Wortlaut der Norm bleibt jedoch unklar, was mit "angemessenem Unterhalt" gemeint ist. Die Ähnlichkeit zu § 1603 I legt es nahe, auch hier den "großen Selbstbehalt" des allgemeinen Verwandtenunterhaltes als zur angemessenen Unterhaltung ausreichend anzusetzen. Als "angemessen" bezeichnet man im Scheidungsunterhalt aber auch den sich gem. § 1578 S. 1 nach den ehelichen Lebensverhältnissen bestimmenden Unterhalt des anderen Teils.²¹¹ Aus Gründen der Gleichbehandlung ist es daher geboten, den angemessenen Unterhalt des Verpflichteten nach denselben Grundsätzen zu bestimmen.²¹² Der BGH und der überwiegende Teil der Literatur legen den § 1581 S. 1 heute auf diese letztgenannte Weise aus.²¹³ Die Angemessenheit des Unterhalts des Verpflichteten orientiert sich hiernach nicht am "großen Selbstbehalt" des § 1603 I, sondern ist nach Maßgabe des § 1578 S. 1 anhand der ehelichen Lebensverhältnisse zu bestimmen. Wird dieser "eheangemessene Selbstbehalt" unterschritten, ist der Verpflichtete nur noch nach Billigkeit unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Situation des anderen Teils zum Einsatz seines Vermögens zu Unterhaltungszwecken gehalten. Was billig ist, bestimmt sich nach den Umständen des Einzelfalls insbesondere unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Situation des Berechtigten. Hierbei wird dem Verpflichteten im Regelfall ein Mindestbetrag verbleiben müssen, der zwar den "großen Selbstbehalt" unterschreiten kann, der aber größer ist als der "kleine Selbstbehalt".²¹⁴ Erwerbstätigen Verpflichteten kann gegenüber nicht erwerbstätigen Unterhaltsschuldnern ein größerer Selbstbehalt eingeräumt werden.²¹⁵

bb) Erwerbsobliegenheiten

Für die Anforderungen, die an den Verpflichteten bezüglich des Einsatzes seiner Arbeitskraft gestellt werden, kommt es ebenfalls nicht darauf an, ob die Voraussetzungen dazu schon zur Zeit der Ehe vorlagen.²¹⁶ So trifft z.B. den Verpflichteten, der erst nach der Scheidung die Möglichkeit hat, eine höherbezahlte Stelle anzunehmen, ungeachtet des späten Zeitpunktes die Obliegenheit zum Arbeitsplatzwechsel, wenn er nicht ohnehin schon leistungsfähig iSd. § 1581 S. 1 ist.²¹⁷

Bezüglich des Behaltens einer Arbeitsstelle können nach einhelliger Meinung an den Verpflichteten im Scheidungsunterhalt prinzipiell höhere Anforderungen gestellt werden als im allgemeinen Verwandtenunterhalt. In diesem Punkt erfolgt oftmals eine Gleichsetzung der Obliegenheiten mit den an den gem. § 1603 II gesteigert unterhaltspflichtigen Verwandten (vgl. oben B I 2 b bb).²¹⁸ Es obliegt hiernach auch dem geschiedenen Verpflichteten, seinen Arbeitsplatz zumindest nicht verantwortungslos oder leichtfertig aufzugeben.²¹⁹

Bei der Beurteilung der Zumutbarkeit der Aufnahme oder des Behaltens einer Arbeitsstelle ist im Scheidungsunterhalt jedoch zu berücksichtigen, dass sich das Unterhaltsrechtsverhältnis an ein -indessen gestörtes- wechselseitiges Familienunterhaltsverhältnis anschließt.²²⁰ Unter diesem Gesichtspunkt kann auch dem Wunsch nach einem Wechsel des Arbeitsumfeldes im Einzelfall eine besondere Bedeutung eingeräumt werden.²²¹

cc) Berücksichtigung von Verbindlichkeiten

Gem. § 1581 sind bei der Bestimmung der Leistungsfähigkeit sonstige Verpflichtungen des Unterhaltsschuldners zu berücksichtigen. Daraus folgt wie im allgemeinen Verwandtenunterhalt (§ 1603 I), dass die Befriedigung von Verpflichtungen, die neben der Unterhaltspflicht bestehen, nicht obliegenheitswidrig ist. Erfasst sind andere Unterhaltspflichten und grundsätzlich alle übrigen Verpflichtungen, sofern diese nicht leichtfertig, für luxuriöse Zwecke oder ohne verständigen Grund eingegangen worden sind.²²² Bei der Beurteilung ist auch von Bedeutung, ob der Verpflichtete zur Zeit der Eingehung der Verbindlichkeiten Kenntnis von Grund und Höhe seiner Unterhaltsschuld hatte.²²³

Auch im Scheidungsunterhalt darf der Verpflichtete jedoch die hiernach berücksichtigungsfähigen Schulden, insbesondere dann, wenn es sich dabei um größere Summen handelt, nicht auf einmal begleichen. Wie im Verwandtenunterhalt kann ihn in einem solchen Fall die Obliegenheit treffen, die Rückzahlung im Rahmen eines vernünftigen Tilgungsplanes zu strecken.²²⁴

4. Obliegenheitsverletzung im Unterhaltsverhältnis zwischen getrennt lebenden Ehegatten

Der Trennungsunterhalt bestimmt sich nach § 1361. Hiernach kann ein Ehegatte während des Getrenntlebens von dem anderen den nach dessen Erwerbs- und Vermögensverhältnissen und den ehelichen Lebensverhältnissen angemessenen Unterhalt verlangen. Was Getrenntleben iSd. § 1361 bedeutet, ergibt sich aus dem für das Scheidungsrecht aufgestellten § 1567 I.²²⁵ Erforderlich für ein Getrenntleben ist hiernach vor allem die vollständige, auf Trennungswillen und Ablehnung der ehelichen Lebensgemeinschaft beruhende Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft.²²⁶

Der Anspruch auf Trennungsunterhalt entsteht unabhängig von den Trennungsgründen und einem Verschulden eines Teils.²²⁷

a) Unterhaltsrechtliche Obliegenheiten des Berechtigten

Auch im unterhaltsrechtlichen Verhältnis zwischen getrennt lebenden Ehegatten kann nur Unterhalt verlangen, wer bedürftig ist. Das wird zwar in § 1361 nicht ausdrücklich gesagt, ergibt sich aber aus den allgemeinen Grundsätzen des Unterhaltsrechts entsprechend den §§ 1577, 1602.²²⁸ Der getrennt lebende Ehegatte ist nur dann bedürftig, wenn er seinen Unterhaltsbedarf nicht durch zumutbare Verwertung seiner Arbeitskraft oder durch Einkünfte aus seinem Vermögen decken kann.²²⁹ Hieraus ergeben sich auch für ihn Obliegenheiten bezüglich des Umgangs mit seinem Vermögen und der Ausnutzung seiner Arbeitskraft. Nach allgemeiner Ansicht, die auch vom BGH in ständiger Rechtsprechung vertreten wird, kann ein getrennt lebender Ehegatte unterhaltsrechtlich jedenfalls nicht schlechter stehen als ein geschiedener.²³⁰ Die Anforderungen, die an den Berechtigten im Trennungsunterhalt gestellt werden, dürfen also nicht höher sein, als unter sonst gleichen Umständen im Scheidungsunterhalt. Hieraus kann für die

Praxis der wichtige Grundsatz abgeleitet werden, dass die Normen, nach denen die Erwerbs- und Vermögensobligationen eines geschiedenen Ehegatten begrenzt werden, immer auch die äußerste Grenze für die vom Trennungsunterhaltsberechtigten zu entfaltenden Anstrengungen bilden müssen.²³¹

aa) Vermögensobligationen

Hat der Berechtigte Kapitalvermögen, so trifft ihn auch im Trennungsunterhalt grundsätzlich die Obliegenheit, dieses zinsbringend anzulegen.²³² Hiervon ist auch solches Vermögen nicht ausgenommen, das durch Verfügung von Todes wegen erlangt wurde.²³³

Gegenüber dem Unterhaltsverhältnis zwischen geschiedenen Ehegatten ist hier jedoch die Obliegenheit zur Umschichtung von Vermögenswerten eingeschränkt, wenn eine solche mit der Veräußerung gemeinsamer Güter beider Ehegatten verbunden wäre. Dies hat seinen Grund vor allem in der Besonderheit der Trennungssituation: Vor einer Scheidung ist, wenn ein Fortbestand der Ehe für den die Scheidung beantragenden Ehegatten nicht unzumutbar ist, gem. § 1565 II ein Trennungsjahr deshalb vorgeschrieben, damit keine vorschnellen, übereilten Scheidungsentschlüsse gefasst werden.²³⁴ Dem Ehegatten soll während dieser Zeit Gelegenheit dazu gegeben werden, die Ernsthaftigkeit ihres Scheidungswunsches zu überprüfen und sich gegebenenfalls wieder zu versöhnen. Müssten die Ehegatten nun schon während des Trennungsjahres gemeinsame Vermögensgüter veräußern, würde dies eine endgültige Trennung nur vorantreiben und somit den Zweck des Trennungsjahres vereiteln.

Weil eine solche ehefeindliche Tendenz in § 1361 nicht hineininterpretiert werden darf, wird z.B. die Veräußerung eines gemeinsamen Hausgrundstücks von getrennt lebenden Ehegatten u.U. nicht erwartet werden können.²³⁵ Das muss auch dann gelten, wenn ein Absehen von der Veräußerung z.B. wegen Unrentabilität der Sache oder eines zu erwartenden Wertverlustes aus wirtschaftlicher Sicht gerade nicht ratsam ist.

Aus ähnlichen Erwägungen heraus wird auch die Obliegenheit zur Verwertung des Vermögensstammes des Berechtigten als im allgemeinen nicht so weitreichend angesehen, wie nach der Scheidung: Ein vermeidbarer Verbrauch vorhan-

denen Vermögens, z.B. des Sparguthabens des Berechtigten, könnte die wirtschaftliche Grundlage der ehelichen Gemeinschaft beeinträchtigen, zu der die Ehegatten nach Möglichkeit zurückfinden sollen.²³⁶ Unter diesem Gesichtspunkt kann auch die Dauer der Trennung als Zumutbarkeitsgesichtspunkt herangezogen werden.²³⁷ Je länger die Trennung bereits andauert, desto geringer ist die Aussicht darauf, dass sich die Ehegatten wieder versöhnen und das Vermögen als wirtschaftliche Grundlage der Ehe benötigen werden.²³⁸ Nichts anderes kann m.E. gelten, wenn andere Gründe dafür sprechen, dass es nicht zu einer Wiederaufnahme der ehelichen Beziehung kommen wird. Zu denken ist hierbei z.B. an den Fall, dass ein Partner bereits eine neue Liebesbeziehung zu einem Dritten unterhält, aus der möglicherweise sogar schon ein Kind erwartet wird. Auch solche Faktoren müssen konsequenterweise bei der Beurteilung der Frage, inwieweit eine Vermögensstammverwertung gefordert werden kann, Berücksichtigung finden.

Daneben kann es für die Zumutbarkeit einer Verwertung auch darauf ankommen, ob die Ehegatten bereits während der Ehe den Vermögensstamm zur Deckung ihres Unterhaltsbedarfs angegriffen haben oder nicht.²³⁹ Eine für die Zeit intakter Ehe etwa bestehende Übung, vorhandenes Vermögen nicht zu verwerten, führt aber nicht schon für sich genommen zur Aufhebung der Verwertungsobliegenheit. Dies kann nur als ein Umstand unter mehreren Bedeutung gewinnen.²⁴⁰

Die äußerste Grenze der Zumutbarkeit bildet gemäß dem Grundsatz, dass ein getrennt lebender Ehegatte nicht schlechter stehen darf als ein geschiedener, stets der § 1577 III (vgl. dazu oben B I 3 a aa (3)).²⁴¹ In aller Regel wird den Berechtigten jedoch nach den dargelegten Grundsätzen keine Obliegenheit zur Verwertung des Vermögensstamms treffen.²⁴²

bb) Erwerbsobliegenheiten

Hat ein Ehegatte bis zum Zeitpunkt der Trennung eine Erwerbstätigkeit ausgeübt, so obliegt es ihm idR., diese auch nach der Trennung fortzuführen. Dies gilt selbst dann, wenn die Tätigkeit z.B. wegen Haushaltsführung gem. § 1360 S. 2 unterhaltsrechtlich nicht geschuldet, aber dennoch familienverträglich iSd. § 1356 II 2 war.²⁴³

Unter welchen Voraussetzungen es dem bis zur Trennung nichterwerbstätigen Berechtigten obliegt, durch Ausnutzung seiner Arbeitskraft seinen Unterhalt (teilweise) selbst zu verdienen, ergibt sich aus § 1361 II. Die Verweisung auf eine Erwerbstätigkeit kommt hiernach nur dann in Betracht, wenn dies nach den persönlichen Verhältnissen des Berechtigten, insbesondere wegen einer früheren Erwerbstätigkeit unter Berücksichtigung der Ehedauer und nach den wirtschaftlichen Verhältnissen beider Ehegatten erwartet werden kann. Die genannten Voraussetzungen sind wesentlich enger als die Voraussetzungen für eine Erwerbsobliegenheit im Scheidungsunterhalt.

Diese Wertung kommt auch in der Gesetzessystematik zum Ausdruck: Anders als im Scheidungsunterhalt, wo Ausnahmetatbestände ein (teilweises) Entfallen der Erwerbsobliegenheit regeln, ist im Trennungsunterhalt gem. § 1361 II gerade umgekehrt das Bestehen einer Erwerbsobliegenheit als Ausnahme normiert. In allen anderen Fällen obliegt es dem Ehegatten grundsätzlich nicht, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen. Diese Systematik begünstigt den Berechtigten auch insoweit, als dass der andere Teil hiernach im Prozess die Beweislast bezüglich solcher Tatsachen trägt, die eine Erwerbsobliegenheit begründen können.²⁴⁴

Für die Beurteilung der Zumutbarkeit ist eine Gesamtwürdigung der Situation unter Beachtung der in § 1361 II genannten Merkmale anzustellen.²⁴⁵ Gemäß dem Grundsatz, dass der getrennt lebende Ehegatte nicht schlechter stehen darf als er nach einer Scheidung stünde,²⁴⁶ sind im Rahmen dieser Gesamtwürdigung auch die in den Tatbeständen der §§ 1569 ff. angeführten Kriterien vergleichend heranzuziehen.²⁴⁷

(1) Orientierung an den persönlichen Verhältnissen des Berechtigten

Als in die Beurteilung der Zumutbarkeit einzubeziehendes, persönliches Kriterium nennt § 1361 II ausdrücklich eine frühere Erwerbstätigkeit unter Berücksichtigung der Dauer der noch fortbestehenden Ehe.

Das ist aber nicht so zu verstehen, dass eine Erwerbstätigkeit nur insoweit ins Gewicht fällt, wie sie während der Ehezeit ausgeübt wurde. Auch eine bereits vor der Eheschließung niedergelegte Arbeit ist grundsätzlich zu berücksichtigen.²⁴⁸ Abzustellen ist allein darauf, ob der Ehegatte noch über hinreichende berufliche

Kenntnisse und Fähigkeiten verfügt, um -bei der gegenwärtigen Arbeitsmarktsituation-²⁴⁹ eine entsprechende Stellung wiederzuerlangen.²⁵⁰ In diesem Zusammenhang sind auch das Alter und der Gesundheitszustand des Berechtigten von Bedeutung (vgl. dazu oben B I 3 a bb (2) (b)). Die Wiedereingliederung in das Berufsleben wird dem Berechtigten um so schwerer fallen und ihm daher umso weniger zugemutet werden können, je älter er ist²⁵¹ und je schlechter seine gesundheitliche Verfassung ist.

Die Berücksichtigung der Ehedauer trägt dem Umstand Rechnung, dass die zuvor eigenständig getroffenen Entscheidungen bezüglich des Berufslebens seit dem Eintritt in die eheliche Gemeinschaft mit dem Partner abgestimmt werden müssen. Wenn die Ehe erst vergleichsweise kurz besteht, sind die auf diese Weise entstandenen Abweichungen vom "unbeeinflussten" Berufsweg noch leichter zu kompensieren als bei länger dauernden Ehen. Eine Erwerbstätigkeit wird von dem Berechtigten hiernach um so eher erwartet werden können, je kürzer die Ehe bisher besteht²⁵² und umgekehrt.

Wie im Scheidungsrecht (vgl. oben B I 3 a bb (2) (c)) ist auch die Dauer der Pflege und Erziehung eines Kindes für die Zumutbarkeit der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit bedeutsam.²⁵³ Anders als dort gilt dies nach herrschender Meinung im Trennungsunterhalt auch dann, wenn der Berechtigte nicht-gemeinschaftliche Kinder betreut hat oder noch betreut.²⁵⁴

Allein der Umstand, dass den Berechtigten im Verhältnis zu den von ihm Betreuten Kindern gem. § 1606 III keine Verpflichtung zum Barunterhalt trifft, entbindet ihn jedoch noch nicht von seiner Erwerbsobliegenheit gegenüber dem getrennt lebenden Partner.²⁵⁵ Maßgeblich für die Zumutbarkeit einer Erwerbstätigkeit sind vielmehr tatsächliche Faktoren wie Anzahl und Betreuungsbedürftigkeit der Kinder. Je nach dem hiernach für die Betreuung erforderlichen Zeitaufwand kann es dem Berechtigten u.U. auch obliegen, eine Teilzeitbeschäftigung zu ergreifen.²⁵⁶

Zu den berücksichtigungswerten persönlichen Verhältnissen gehört ferner nach einhelliger Auffassung auch die Trennungsdauer.²⁵⁷ Je länger die Ehegatten bereits getrennt leben, desto näher liegt nach der gesetzgeberischen Wertung des

§ 1566 I, II der Schluss, dass die Ehe endgültig zerrüttet ist. Wenn hiernach nun eine Versöhnung ohnehin nicht mehr zu erwarten ist, dann erübrigt es sich auch, die eheliche Rollenverteilung während der Trennungszeit künstlich aufrechtzuerhalten, um einer Wiederaufnahme der ehelichen Lebensverhältnisse nicht entgegenzuwirken. Hinzu kommt, dass sich der Berechtigte seit der Trennung in zunehmendem Maße darauf einstellen konnte und musste, seinen Unterhalt wieder selbst zu verdienen. Je länger die Trennung schon zurückliegt, umso weniger ist er also schutzbedürftig. Mit wachsender Trennungsdauer steigen daher die Anforderungen, die an den Berechtigten bezüglich der Kommerzialisierung seiner Arbeitskraft gestellt werden.²⁵⁸ Bei längerem Getrenntleben kann mithin im Einzelfall von dem nichterwerbstätigen Ehegatten die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit u.U. schon unter den für den Fall der Scheidung geltenden Voraussetzungen der §§ 1570 ff. zu erwarten sein.²⁵⁹

(2) Orientierung an der wirtschaftlichen Situation der Ehegatten

Des weiteren sind die wirtschaftlichen Verhältnisse, also die Erwerbs- und Vermögensverhältnisse der Ehegatten zu berücksichtigen.²⁶⁰ Eine Obliegenheit zur Ausnutzung der eigenen Arbeitskraft trifft den Berechtigten hiernach um so eher, je schlechter die wirtschaftlichen Verhältnisse beider Teile insgesamt sind.

Maßgeblich für die Beurteilung ist grundsätzlich nicht die Situation, wie sie sich zum Zeitpunkt der Trennung darstellte, sondern die jeweils gegenwärtige Lage.²⁶¹ Auf diese Weise hat der Berechtigte auch an Veränderungen der wirtschaftlichen Situation des anderen Ehegatten teil, die sich in der Zeit zwischen Trennung und Scheidung vollziehen.²⁶² Das gilt sowohl für Steigerungen, als auch für Minderungen des Einkommens, sofern diese nicht auf einem obliegenheitswidrigen Verhalten des Unterhaltsverpflichteten beruhen.²⁶³ Durch diese Regelung ist gewährleistet, dass beiden getrennt lebenden Ehegatten bis zur Scheidung in etwa der gleiche Status eingeräumt wird. Es wird verhindert, dass während der Trennung zwischen den Ehegatten eine statusmäßige Kluft entsteht, die das endgültige Scheitern der Ehe fördert. Nach dem oben (unter (1)) Gesagten muss konsequenterweise auch das Maß der Berücksichtigung solcher Schwankungen mit zunehmender Verfestigung der Trennung abnehmen.

Nicht zu berücksichtigen sind nach allgemeiner Auffassung solche Änderungen der wirtschaftlichen Situation des Verpflichteten, die ohne die Trennung mit Sicherheit nicht erfolgt wären²⁶⁴ oder die sogar aus Anlass der Trennung erfolgt sind.²⁶⁵ In beiden Fällen hätte der Partner auch im "Idealfall", dem Fortbestehen der intakten Ehe, nicht an den Veränderungen teilgehabt. Würde er nun dennoch nach der Trennung davon profitieren, stünde er besser als er ohne die Trennung stünde. Dies kann jedoch nicht Zweck des Trennungsunterhaltes sein. Unter diesem Aspekt kann von dem Berechtigten auch billigerweise nicht erwartet werden, dass er gleichwohl (ausschließlich) die negativen Auswirkungen des Partnerverhaltens mitträgt.

b) Unterhaltsrechtliche Obliegenheiten des Verpflichteten

Ein getrennt lebender Ehegatte ist, wenngleich sich dies nicht direkt aus dem Gesetz ergibt, nach den allgemeinen Grundsätzen des Unterhaltsrechts insoweit zur Unterhaltsleistung verpflichtet, wie er leistungsfähig ist.²⁶⁶ Die Vorschrift des § 1581 ist auf den Trennungsunterhalt iSd. § 1361 analog anwendbar.²⁶⁷ Die Leistungsfähigkeit richtet sich demnach auch hier nach den Einkünften, die der Verpflichtete aus seinem Vermögen oder einer Erwerbstätigkeit zieht oder in zumutbarer Weise ziehen könnte. Grundsätzlich treffen den Verpflichteten die selben Obliegenheiten bezüglich des Umganges mit seinem Vermögen und des Einsatzes seiner Arbeitskraft, wie im Geschiedenenunterhalt.

aa) Vermögensobliegenheiten

So muss auch der Verpflichtete im Trennungsunterhalt alle sich ihm bietenden Möglichkeiten nutzen, um Einkünfte aus vorhandenem Vermögen zu ziehen.²⁶⁸ Hierzu gehört genau wie im Geschiedenenunterhalt die zinsbringende Anlage von Kapitalvermögen²⁶⁹ ebenso, wie die Vermietung nicht selbst genutzter Immobilien, z.B. leer stehender Garagen.²⁷⁰

Aus der Besonderheit der Trennungssituation ergeben sich jedoch im Hinblick auf die Vermögensobliegenheiten des Verpflichteten Abweichungen gegenüber einem nahehelichen Unterhaltsverhältnis. So wird die Obliegenheit zum Einsatz des Vermögens während der Ehe grundsätzlich durch ein höheres Maß an Verantwortung bestimmt, als unter Geschiedenen, was zur Folge hat, dass die Vermö-

gensobliegenheiten im Trennungsunterhalt weitergehen können, als dort.²⁷¹ Einschränkend ist jedoch berücksichtigen, dass auch der Berechtigte im Trennungsunterhalt in höherem Maße Rücksicht auf die (Vermögens-)Interessen des anderen Teils nehmen muss als nach der Scheidung. Stehen daher im Einzelfall besondere Interessen des Verpflichteten entgegen, können seine Vermögensobliegenheiten im Vergleich zum Scheidungsunterhalt auch weniger stark ausfallen.²⁷²

Des weiteren sind die Obliegenheiten zur Umschichtung und zum Verbrauch vorhandenen Vermögens genau wie beim Berechtigten dahingehend eingeschränkt, dass dadurch die Voraussetzungen für eine Wiederaufnahme der ehelichen Lebensgemeinschaft nicht erschwert werden dürfen.

Die Regelung, dass für den Berechtigten im allgemeinen keine Obliegenheit dazu besteht, ungünstig angelegtes Kapital aus gemeinsamen Vermögensgegenständen herauszuziehen, wenn dies eine endgültige Trennung nur vorantreiben würde (s.o. B I 4 a aa), wäre sinnlos, wenn gleichwohl der Verpflichtete eine Veräußerung vornehmen müsste. Die Veräußerung eines gemeinsamen Hausgrundstücks²⁷³ erschwert eine Wiederaufnahme der ehelichen Beziehungen unabhängig davon, ob die Initiative zur Veräußerung vom Berechtigten oder vom Verpflichteten ausging. Ehefeindliche, zerrüttungsfördernde Vermögensdispositionen sind daher konsequenterweise auch vom Verpflichteten grundsätzlich nicht zu verlangen.²⁷⁴

Ähnliches gilt für die Verwertung von Vermögen im Sinne eines substanzverringenden Verbrauchs zur Befriedigung des Unterhaltsbedarfs auch dann, wenn es um die Veräußerung nicht-gemeinschaftlicher Güter geht: Mit dem Argument, dass den Ehegatten während der Trennung die wirtschaftliche Grundlage für eine mögliche Wiederaufnahme der Beziehung erhalten bleiben soll, kann eine solche Verwertungsobliegenheit für den Berechtigten abgelehnt werden.²⁷⁵ Da zur wirtschaftlichen Grundlage einer Ehe naturgemäß die Vermögenswerte beider Ehegatten zählen, muss dieses Argument auf die Verwertungsobliegenheit des Verpflichteten durchschlagen. Auch ihm ist daher eine Verwertung des Vermögensstamms grundsätzlich nicht zumutbar, wenn hierdurch die gemeinsame Lebensgrundlage der Ehegatten bei einer möglichen Fortsetzung der Ehe gefährdet werden würde.²⁷⁶ Dies ist z.B. dann der Fall, wenn eine Verwertung dem Verpflichteten die berufliche Existenz entzöge.²⁷⁷

Umstände wie eine lange Trennungsdauer oder eine zu Zeiten intakter Ehe getroffene Absprache über die Nichtverwertung bestimmter Vermögensteile sind bei der Beurteilung einer Verwertungsobliegenheit des Verpflichteten wegen der gleichen Interessenlage im selben Maße zu berücksichtigen, wie beim Berechtigten. Insoweit kann auf die obigen Ausführungen zu [B I 4 a aa] verwiesen werden.

bb) Erwerbsobliegenheiten

Die Anforderungen, die an den Verpflichteten bezüglich der Ausnutzung seiner Arbeitskraft gestellt werden, entsprechen ebenfalls weitgehend denen des geschiedenen Unterhaltsschuldners.

Der Verpflichtete muss demnach auch im Trennungsunterhalt seine Arbeitskraft soweit wie möglich zur Deckung des Unterhalts beider Parteien einsetzen²⁷⁸ und dabei bestrebt sein, das nach seiner Ausbildung und seinen Fähigkeiten mögliche Einkommen tatsächlich zu erzielen.²⁷⁹ Wie im Scheidungsunterhalt stellt es sich als Obliegenheitsverletzung dar, wenn ein Arbeitsplatz in verantwortungsloser Weise oder mindestens leichtfertig aufgegeben wird.²⁸⁰ Eine Kündigung aus sachgerechten Gründen ist mithin auch dem Trennungsunterhaltsverpflichteten regelmäßig nicht verwehrt.²⁸¹ In diesem Zusammenhang kann auch das erklärte Ziel, durch eine Arbeitsplatzaufgabe die eigenen Chancen in einem Sorgerechtsverfahren zu verbessern, ein vom anderen Teil hinzunehmender, sachgerechter Kündigungsgrund sein.²⁸²

Im Trennungsunterhalt kann sich zudem, anders als im Scheidungsunterhalt, eine vor der Trennung erfolgte, gemeinsame Zukunftsplanung der Ehegatten auf die Erwerbsobliegenheiten des Verpflichteten auswirken.

Zum einen denkbar, dass dem Verpflichteten aufgrund einer solchen Planung ein Berufswechsel erleichtert wird, mit dem Einkommenseinbußen verbunden sind.²⁸³ So kann es einem angestellten Facharzt auch dann eingeräumt werden, sich gemäß einer vor der Trennung im Einvernehmen mit der Ehefrau getroffenen Planung selbständig zu machen, wenn er nicht über Rücklagen zur Erfüllung seiner Unterhaltsverpflichtungen verfügt.²⁸⁴ Das der gemeinsamen Planung entsprechende Verhalten des Verpflichteten ist in einem solchen Fall nicht obliegenheitswid-

rig. Der Berechtigte muss folglich die damit verbundene, u.U. nur vorübergehende, Leistungsfähigkeitseinbuße ersatzlos hinnehmen.

Auf der anderen Seite kann eine gemeinsame Planung aber auch die Erwerbsobliegenheit steigern. So kann es für den vom Verpflichteten zu erwartenden Arbeitseinsatz z.B. von Bedeutung sein, dass die Partner vor der Trennung im Vertrauen auf den Fortbestand der wirtschaftlichen Verhältnisse einvernehmlich Kreditverbindlichkeiten eingegangen sind.²⁸⁵ Sofern der Arbeitseinsatz des Verpflichteten schon zur Zeit der Eingehung der Verbindlichkeiten z.B. durch regelmäßige Überstunden gesteigert war, obliegt es ihm nun, sich an der gemeinschaftlichen Planung festhalten zu lassen und auch nach der Trennung noch den gleichen Einsatz an den Tag zu legen.²⁸⁶ Eine gewisse Kürzung des Mehreinsatzes ist dem Verpflichteten dennoch zuzugestehen, wenn er sich nach der Trennung selbst versorgen muss.²⁸⁷

cc) Berücksichtigung sonstiger Verbindlichkeiten

Bei der Frage, inwieweit der Unterhaltsschuldner sonstige Verbindlichkeiten begleichen kann, ohne dass dies als Obliegenheitsverletzung gewertet wird, ist wie in den anderen Unterhaltsverhältnissen nach Art, Anlass und Entstehungszeit der Schulden zu differenzieren.²⁸⁸ Schulden, die schon zur Zeit des Zusammenlebens der Ehegatten bestanden haben, dürfen idR. immer getilgt werden, da sie ohnehin von dem anderen Ehegatten mitzutragen gewesen wären.²⁸⁹ Zahlungen auf Verbindlichkeiten, die nach der Trennung eingegangen wurden, sind dann nicht obliegenheitswidrig, wenn sie auch bei Fortdauer der ehelichen Gemeinschaft unter verantwortlicher Abwägung der Unterhalts- und Fremdgäubigerinteressen erfolgt wären.²⁹⁰ Dem Unterhaltsverpflichteten kann es auch hier obliegen, sich um Streckung der Verbindlichkeiten zu bemühen, indem er z.B. einen vernünftigen Tilgungsplan erstellt.²⁹¹

II. Vorwerfbarkeit der Obliegenheitsverletzung

Dem Berechtigten oder Verpflichteten, der den objektiven Tatbestand einer unterhaltsrechtlichen Obliegenheitsverletzung erfüllt hat, können fiktive Ein-

künfte daraufhin nur dann zugerechnet werden, wenn ihm sein Verhalten zum Vorwurf gemacht werden kann.

Der Zurechnungsmaßstab ist jedoch nicht immer derselbe. Es ist zu unterscheiden zwischen Fällen, in denen der Betreffende die Erfüllung einer bestimmten, unterhaltsrechtlichen Obliegenheit nachholen kann und den Fällen, in denen dies nicht möglich ist.

1. Fortdauernde Obliegenheitsverletzung

Wenn der Berechtigte die fortdauernde Verletzung einer unterhaltsrechtlichen Obliegenheit durch ein bestimmtes Verhalten beheben kann, so hat er die von ihm -je nach Unterhaltsverhältnis- erwarteten Anstrengungen grundsätzlich zu unternehmen. Der Verschuldensmaßstab ist hier zu seinen Lasten vergleichsweise gering anzusetzen²⁹²: Wer es unterlässt, seine Garagen zu vermieten²⁹³, sein Geld günstiger anzulegen, individuelle vermögensrechtliche Ansprüche zu realisieren²⁹⁴ oder eine Arbeit zu suchen²⁹⁵, dem können fiktive Einkünfte schon dann zugerechnet werden, wenn ihm das geforderte Verhalten zumutbar war.²⁹⁶ Es wird nicht etwa verlangt, dass der Garagenbesitzer eine Vermietung oder der Arbeitslose die Meldung beim Arbeitsamt in leichtfertiger Weise oder in der Absicht, sich seiner Unterhaltspflicht zu entziehen bzw. mehr Unterhalt zu bekommen, unterlässt. Auch muss der Betreffende keine Kenntnis davon haben, dass ihn die Obliegenheit trifft, in einem bestimmten Maße bestimmte Anstrengungen zu unternehmen. Es genügt vielmehr, dass er die Möglichkeit kannte, auf eine bestimmte Weise (höhere) Einkünfte zu erzielen oder wenigstens die Chancen darauf zu erhöhen und von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht hat.

Ausscheiden muss eine Anrechnung fiktiver Einkünfte hiernach dann, wenn der Berechtigte oder der Verpflichtete aus einem Umstand, den er nicht zu vertreten hat, nicht weiß, dass die Möglichkeit zur Erzielung von Einkünften besteht. So ist z.B. denkbar, dass jemand gar nicht weiß, dass ihm auch dann, wenn er "enterbt" wurde, noch ein Pflichtteilsanspruch zusteht oder dass sich durch die Veräußerung eines ihm gehörenden, alten Möbelstücks noch ein beträchtlicher Erlös erzielen ließe. In einem solchen Fall wäre es grob unbillig, die entsprechenden Einnahmen zu fingieren.

Von niemandem kann erwartet werden, einen bestimmten Erfolg herbeizuführen, wenn er nicht einmal weiß, dass sich der Erfolg verwirklichen lässt. Die nicht zu vertretende Unkenntnis entbindet also von der Obliegenheit.

Anders liegt es, wenn der Betreffende aufgrund der Versäumung einer anderen Obliegenheit keine Kenntnis von einer von ihm erwarteten Handlung hat. Diese Unkenntnis hat er, sofern nicht auch die Versäumung der ersten Obliegenheit auf einer nicht zu vertretenden Unkenntnis beruht, selbst zu verantworten; sie ist daher beachtlich.

Wer z.B. deshalb nicht weiß, dass ein bestimmtes Unternehmen Arbeitsplätze anbietet, weil er nicht beim Arbeitsamt vorstellig war oder weil er die Stellenanzeigen in der Tagespresse nicht verfolgt, der kann sich auch nicht auf seine Unkenntnis berufen. Diese beruht nämlich auf einer Missachtung der Obliegenheit, sich angestrengt um einen Arbeitsplatz zu bemühen.²⁹⁷ Die Kenntnis davon, dass sich die Chancen, einen Arbeitsplatz zu finden, durch die genannten Maßnahmen beträchtlich erhöhen, muss wiederum mindestens vorliegen, was jedoch in aller Regel der Fall sein wird.

Die Unkenntnis einer Tatsache wird aber in jedem Falle durch einen Hinweis der anderen Partei oder des Gerichts zu beheben sein.

2. Abgeschlossene Obliegenheitsverletzung

Eine ganz andere Bewertung muss sich ergeben, wenn der Betreffende objektiv nicht mehr die Möglichkeit dazu hat, eine bestimmte Obliegenheit zu erfüllen. Hierunter sind diejenigen Fälle zu fassen, in denen durch die Verletzung einer Obliegenheit die Aussicht darauf, bestimmte Einkünfte zu erzielen, völlig verloren gegangen ist.

Wer eine ihm einstmals in Aussicht stehende Möglichkeit zur Erzielung bestimmter Einkünfte verloren hat, ist in jedem Falle gegenwärtig iSd. §§ 1602, 1603, 1577, 1581 außerstande, sich aus diesen speziellen Einkünften zu unterhalten -gleichgültig, ob die Möglichkeit zur Erzielung der Einkünfte vor der Obliegenheitsverletzung tatsächlich bestanden hat oder nicht-.²⁹⁸ Zu denken ist beispielsweise an solche Fälle, in denen der Pflichtteilsanspruch gem. § 2332 ver-

jährt, ein wertvoller Vermögensgegenstand untergegangen oder der Arbeitsplatz verloren gegangen ist. Diese Einkünfte fiktiv zuzurechnen, kommt daher nach den genannten Normen jedenfalls nicht in Betracht.

Bedenkt man nun, dass der Betreffende auch unter Aufbietung aller seiner Kräfte nicht mehr die Möglichkeit hat, die untergegangene Einnahmequelle zu nutzen, scheint dieses Ergebnis auch sachgerecht zu sein. Selbst dann, wenn ein Verlust der Arbeitsfähigkeit durch einen selbstverschuldeten Unfall eingetreten ist oder ein Haus wegen Unachtsamkeit abgebrannt ist, wäre es u.U. grob unbillig, den Betreffenden durch die Unterstellung fiktiver Einkünfte noch zusätzlich zu bestrafen.

Anders liegt der Fall aber, wenn der Betreffende den Zustand z.B. mit dem Ziel herbeigeführt hat, weniger Unterhalt leisten zu müssen bzw. mehr Unterhalt zu bekommen oder wenn ihn diese Folge in seinem leichtfertigen Verhalten noch bestärkt hat. Wer sein Kapital in der Spielbank in dem Bewusstsein riskiert, dass ein Verlust durch ein Absinken der Unterhaltspflicht oder einen Anstieg des Unterhaltsanspruchs teilweise aufgefangen werde, der ist nicht mehr schutzwürdig. In diesen Fällen wäre es der anderen Partei gegenüber grob unbillig, wenn sie die Folgen dieses Verhaltens mittragen müsste. Das Ergebnis der §§ 1602, 1603, 1577, 1581 bedarf hier also einer Korrektur: Die tatsächlich eingetretene oder vorangetriebene Leistungsunfähigkeit oder Bedürftigkeit dürfen sich nicht zu Lasten der anderen Partei auswirken.

a) Nichtberücksichtigung tatsächlicher Bedürftigkeit

Im Hinblick auf den Berechtigten ist eine solche Korrektur in den §§ 1611, 1361 III iVm 1579 I Nr.³, 1579 I Nr.³ gesetzlich geregelt.

aa) Sittliches Verschulden

So kommt gem. § 1611 I 1, 1. Fall eine Kürzung des Verwandtenunterhalts wegen eigener Verursachung der Bedürftigkeit in Betracht, wenn dem Berechtigten sittliches Verschulden angelastet werden kann.

§ 1611 I 1, 1. Fall ist einschlägig, wenn dem Berechtigten ein Vorwurf von erheblichem Gewicht gemacht werden kann, was z.B. bei suchtbedingter oder auf

Verschwendung oder leidenschaftlichem Glücksspiel beruhender Bedürftigkeit der Fall sein kann.²⁹⁹ Auch Arbeitsscheu oder der Verlust des Arbeitsplatzes infolge einer vorsätzlichen Straftat lassen die Inanspruchnahme des Verpflichteten zum Unterhalt des Berechtigten als sittlich vorwerfbar erscheinen³⁰⁰ und ermöglichen somit eine Korrektur über § 1611 I. Erforderlich ist aber in jedem Falle, dass die Herbeiführung oder Steigerung der Bedürftigkeit gerade auf dem sittlichen Verschulden beruht.

Die Rechtsfolgen des § 1611 entsprechen der einer Einkommensfiktion³⁰¹: Es findet eine Kürzung oder des Unterhaltes statt, ohne dass sich der Berechtigte auf seine Einkommenslosigkeit berufen könnte. Eine Untergrenze, bis zu der eine Kürzung erfolgen darf, gibt es auch hier nicht.³⁰² Ein völliger Ausschluss des Unterhaltsanspruchs muss allerdings auf die Fälle beschränkt bleiben, in denen jede Unterhaltsleistung gem. § 1611 I 2 unbillig wäre.

Für minderjährige, unverheiratete Kinder gelten gem. § 1611 II die genannten Grundsätze -aus Gründen der erzieherischen, elterlichen Mitverantwortung-³⁰³ nicht. Ihre sittlich verschuldete Bedürftigkeit ist in gleichem Maße unterhaltsrechtlich zu berücksichtigen, wie eine zufällig eingetretene Bedürftigkeit. Einem Sechzehnjährigen, der beispielsweise sein Sparguthaben für Drogen ausgegeben oder an Spielautomaten verloren hat, können daher aufgrund dessen keine fiktiven Einkünfte angerechnet werden.

bb) Mutwilligkeit

Im Unterhaltsverhältnis zwischen getrennt lebenden Ehegatten oder Geschiedenen führt gem. §§ 1361 III iVm 1579 I Nr. 3; § 1579 I Nr. 3 eine durch den Berechtigten selbst herbeigeführte Bedürftigkeit zur Herabsetzung des Unterhaltes nach Billigkeit, wenn sie mutwillig erfolgt ist.

Der Begriff der Mutwilligkeit umfasst nach inzwischen wohl einhelliger Auffassung nicht nur vorsätzliches, sondern auch leichtfertiges Verhalten.³⁰⁴

Die Beziehung zwischen dem Verhalten des Berechtigten und seiner Bedürftigkeit darf sich hierbei jedoch nicht in bloßer Ursächlichkeit erschöpfen. Erforderlich ist vielmehr eine unterhaltsbezogene Mutwilligkeit.³⁰⁵ Eine solche liegt dann vor,

wenn die Vorstellungen und Antriebe, die dem beurteilten Fehlverhalten zugrunde liegen, sich auch auf die Bedürftigkeit als Folge erstrecken.³⁰⁶

Der Nichtantritt einer Alkoholentziehungskur kann hiernach dann mutwillige Herbeiführung der Bedürftigkeit sein, wenn der Berechtigte eine derartige Behandlung als einen erfolgversprechenden und notwendigen Schritt zur Wiedererlangung der Erwerbsfähigkeit erkannt und damit als mögliche Folge der Verweigerung einer solchen Behandlung seine Unfähigkeit vorausgesehen hat, nach einer Trennung den Unterhalt selbst zu verdienen.³⁰⁷

Auch in den Fällen des § 1579 I Nr.³ wird nicht ausdrücklich ein Einkommen fingiert; es werden aber die gleichen Wirkungen, wie bei einer Einkommensfiktion, Unterhaltskürzung trotz mangelnder eigener Einkünfte, herbeigeführt. Wie im Falle des § 1611 I gibt es zwar prinzipiell keine Kürzungsuntergrenze; ein völliger Wegfall des Anspruchs muss jedoch auf Fälle beschränkt bleiben, bei denen jede Unterhaltsleistung mit dem Rechtsempfinden unvereinbar wäre.³⁰⁸

b) Nichtberücksichtigung tatsächlicher Leistungsunfähigkeit

Für den Unterhaltsschuldner fehlt eine gesetzliche Regelung, nach der die selbst verursachte Leistungsunfähigkeit unter bestimmten Voraussetzungen ausnahmsweise nicht zu berücksichtigen ist.³⁰⁹ Aus diesem Umstand lässt sich ableiten, dass die Leistungsunfähigkeit des Pflichtigen grundsätzlich auch dann beachtlich ist, wenn er sie selbst -auch schuldhaft- herbeigeführt hat.³¹⁰ Nach einhelliger Meinung in Rechtsprechung und Lehre ist es jedoch auch hier möglich, ausnahmsweise die Unterhaltsverpflichtung trotz bestehender Leistungsunfähigkeit - durch eine Einkommensfiktion- aufrechtzuerhalten. Dies soll immer dann der Fall sein, wenn der Verpflichtete selbst seine Leistungsunfähigkeit durch ein verantwortungsloses, mindestens leichtfertiges unterhaltsbezogenes Fehlverhalten selbst herbeigeführt hat³¹¹ und es hiernach gegen Treu und Glauben (§ 242) verstieße, ließe man ihn sich auf die Leistungsunfähigkeit berufen.³¹² Diese Regelung ist stark an die zu § 1579 I Nr. 3 entwickelten Grundsätze angelehnt.

Auch hier reicht nicht jede schuldhafte Verletzung allgemeiner Verhaltenspflichten aus, sondern wird stets ein Zusammenhang zur Unterhaltspflicht verlangt. Dieser ist zum einen immer dann gegeben, wenn es dem Verpflichteten gerade

darauf ankam, seine Unterhaltspflicht zu senken oder sich seine Vorstellungen und Antriebe wenigstens auch auf die Leistungsunfähigkeit als Folge seines Verhaltens erstreckten (vgl. oben B II 2 a bb).³¹³

Ein solcher Zusammenhang kann aber auch dann bejaht werden, wenn der Verpflichtete seine Leistungsunfähigkeit selbst herbeigeführt hat, ohne dabei an die unterhaltsrechtlichen Konsequenzen seines Verhaltens zu denken. So wird ein Bezug zur Unterhaltspflicht bei haftbedingter (, teilweiser) Leistungsunfähigkeit auch dann angenommen, wenn die bestrafte, vorsätzliche Tat des Verpflichteten die Bedürftigkeit des Berechtigten hervorgerufen oder erhöht hat. Hat der Verpflichtete z.B. das Vermögen des Berechtigten geschädigt, einen diesem vorrangig zum Unterhalte Verpflichteten getötet oder durch Körperverletzung die Arbeitsfähigkeit des Berechtigten vermindert, ist seine Unfähigkeit, während der Verbüßung der Haftstrafe ein ausreichendes Einkommen zu erzielen, unbeachtlich.³¹⁴ Die Berufung auf haftbedingte Leistungsunfähigkeit kann aber auch dann gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstoßen, wenn Haftgrund eine schwere Verfehlung gegen den Berechtigten ist.³¹⁵ Dies kann bei versuchter Tötung des Unterhaltsberechtigten oder Delikten gegen das Leben seiner nächsten Angehörigen der Fall sein.³¹⁶

Da der Grundsatz, dass Rechte nur nach Maßgabe von Treu und Glauben wahrgenommen werden dürfen, die gesamte Rechtsordnung beherrscht, gelten die in den "Strafgefangenen-Entscheidungen" zugrunde gelegten Erwägungen über die dort behandelten Sachverhalte hinaus für alle Fälle, in denen ein Unterhaltspflichtiger seine Leistungsunfähigkeit selbst herbeigeführt hat.³¹⁷

III. Kausalität

Voraussetzung für eine fiktive Einkommenszurechnung ist ferner Ursächlichkeit des unterhaltsrechtlich vorwerfbaren Verhaltens für die Nichterzielung der anzurechnenden Einkünfte.³¹⁸

Sobald feststeht, dass durch ein bestimmtes Verhalten die Einkünfte der Beteiligten weder gesteigert noch gesichert werden können, macht es unterhaltsrechtlich keinen Sinn, dieses Verhalten von ihnen zu verlangen. Oftmals stellt sich aber erst

im Nachhinein heraus, dass der Erfolg aus vorher nicht berücksichtigten Gründen gar nicht eintreten konnte, sodass eine ex-tunc-Betrachtung ergibt, dass ein bestimmtes Verhalten geboten war. Hat sich der Betreffende nun in vorwerfbarer Weise falsch verhalten, kann dies nicht deswegen gutgeheißen werden, weil die durch sein Verhalten eingetreten Folgen ohnehin eingetreten wären, sein Verhalten also nichts geändert hätte. Aufgabe des Unterhaltsrechts ist aber nicht die Bestrafung vorwerfbaren Handelns oder Unterlassens, sondern die Schaffung eines Interessenausgleichs zwischen den Parteien. Die Anrechnung fiktiver Einkünfte erfolgt stets ausschließlich unter dem Gesichtspunkt, dass die eine Unterhaltspartei nicht darunter leiden soll, wenn die andere sich in einer bestimmten Weise vorwerfbar falsch verhält. Wenn nun feststeht, dass auch ein unterhaltsrechtlich vorbildliches Verhalten des einen Teils nichts an seiner Einkommenssituation geändert hätte, dann kann auch der andere Teil nicht beklagen, durch das tatsächliche Fehlverhalten nun schlechter zu stehen. Eine Einkommensfiktion ist dann nicht mehr geboten.

Bei der Beurteilung der Frage, ob obliegenheitsgemäßes Verhalten zum Erfolg geführt hätte, ist stets auf die konkreten Umstände des Einzelfalles abzustellen. So hängt z.B. die Aussicht eines Bewerbers darauf, einen Arbeitsplatz zu finden, nach ständiger Rechtsprechung von dessen persönlichen Eigenschaften genauso ab, wie von der gegenwärtigen Arbeitsmarktsituation.³¹⁹ Nur wenn der Bewerber unter Berücksichtigung dieser Faktoren eine gegenwärtige, reale Beschäftigungschance (gehabt) hätte, können ihm die dadurch erzielbaren Einkünfte fiktiv angerechnet werden.³²⁰

Um eine solche reale Beschäftigungschance zu bejahen, genügt es gemäß der Beweislastverteilung zu Lasten des sich auf die Einkommenslosigkeit Berufenden³²¹ auch, dass ein Erfolg bei der Arbeitssuche -ausreichende Bemühungen unterstellt- nicht auszuschließen ist.³²²

C. Rechtsfolge: Anrechnung fiktiver Einkünfte

Wenn eine Unterhaltspartei nach dem oben Gesagten durch eine zurechenbare Obliegenheitsverletzung Einkünfte nicht erzielt hat, die sie bei unterhaltsrechtlich richtigem Verhalten hätte erzielen können oder noch erzielen könnte, dann werden ihr diese Einkünfte fiktiv zugerechnet. Das heißt, sie wird so behandelt, als würde

sie die Einkünfte in entsprechender Höhe tatsächlich erzielen. Die Höhe der erzielbaren Einkünfte kann im allgemeinen nur im Wege der Schätzung nach § 287 ZPO ermittelt werden.³²³ Maßgeblich ist das Nettoeinkommen (nach Abzug von Steuern und Vorsorgeaufwendungen), das der Betreffende nach seinen Vorbildungen und Fähigkeiten erzielen könnte³²⁴ oder -bei vorwerfbarem Verlust einer Arbeitsstelle- zuvor erzielt hat.³²⁵

1. Auswirkungen auf die Unterhaltsberechnung

Leistungsfähigkeit und Bedürftigkeit bemessen sich nicht nach den tatsächlich erzielten Einkünften, sondern danach, was der Betreffende zu verdienen imstande ist. Für denjenigen, der objektiv dazu imstande ist, bestimmte Einkünfte zu erzielen, bedeutet dies, dass die Leistungsfähigkeit real entsprechend höher bzw. seine Bedürftigkeit real niedriger ist. Wer sich dagegen durch sein unterhaltsrechtlich vorwerfbares Verhalten selbst die Möglichkeit genommen hat, Einkünfte zu erzielen, der wird so behandelt, als sei er weiterhin dazu imstande.³²⁶ Fingiert wird in diesen Fällen schon die Möglichkeit zur Erzielung der Einkünfte. Hiernach ist es ihm verwehrt, sich auf sein Außerstande-Sein zu berufen.

Konsequenz ist in beiden Fällen, dass bei der Bestimmung der Leistungsfähigkeit und der Bedürftigkeit die tatsächlich nicht erzielten Einkünfte zu den realen Einkünften addiert werden (Abb. 1). Für den Berechtigten bedeutet dies, dass er nur insoweit Unterhalt verlangen kann, wie die Summe seiner realen und fiktiven Einkünfte seinen Bedarf nicht deckt. Der verbleibende Unterschiedsbetrag muss vom Verpflichteten beglichen werden, wenn und soweit die Differenz zwischen der Summe seiner realen und fiktiven Einkünfte und dem jeweiligen -der Höhe nach nicht veränderten- Selbstbehalt dazu ausreicht.

Dass die Höhe des Selbstbehaltes des Verpflichteten nicht abnimmt, verleitet zu dem Fehlschluss, dass dieser nach wie vor nur insoweit unterhaltspflichtig ist, wie seine tatsächlichen Einkünfte den Selbstbehalt übersteigen. Dem ist aber nicht so, denn zugrunde gelegt wird auch hier wieder die Summe realer und fiktiver Einkünfte. Dadurch wird praktisch auch der eigene Bedarf des Schuldners (zu seinen Lasten) als gedeckt fingiert. In Wirklichkeit schrumpft jedoch der ihm zur Verfügung stehende Teil seiner Einkünfte, denn es ist ihm verwehrt, auch seine Unterhaltsschuld fiktiv zu begleichen. Hierfür muss er also -soweit vorhanden-

sein tatsächliches Einkommen angreifen, was seinen realen Selbstbehalt vermindert (Abb. 2).

Es spielt demnach auch keine Rolle, ob die realen Einkünfte überhaupt die Höhe des Selbstbehaltes erreichen. Auch und gerade in den Fällen, in denen dies nicht der Fall ist, erlischt die Unterhaltspflicht nicht, wenn genügend fiktive Einkünfte vorhanden sind (Abb. 3). Der in seiner Höhe unveränderte Selbstbehalt hat stets nur die Funktion, die Unterhaltspflicht auf den Betrag zu begrenzen, um den reale und fiktive Einkünfte ihn übersteigen. Nur insoweit ist der Verpflichtete leistungsfähig (Abb. 1-3). Wer ohnehin keinesfalls Unterhalt hätte leisten müssen, weil auch unter Ausnutzung aller Möglichkeiten der eigene Selbstbehalt nicht überschritten worden wäre, dem erwächst auch aus einem zurechenbaren Fehlverhalten keine Unterhaltspflicht.

2. Auswirkungen auf die Unterhaltsbemessung

Das Maß des Unterhaltsbedarfs des Berechtigten bestimmt sich im Verwandtenunterhalt gem. § 1610 I nach seiner Lebensstellung. Die Lebensstellung eines unterhaltsbedürftigen, unselbständigen Kindes wird aber in aller Regel entscheidend durch die seiner Eltern und durch deren wirtschaftliche und persönliche Verhältnisse bestimmt.³²⁷ Ist nur ein Elternteil barunterhaltspflichtig, bestimmt sich der Barunterhaltsbedarf des Kindes ausschließlich nach dessen Verhältnissen.³²⁸ In jedem Falle nützt es dem Kind nichts, wenn demjenigen, von dem sich seine Lebensstellung ableitet, ein hohes Einkommen fiktiv zugerechnet wird, solange sich nicht auch der Unterhaltsbedarf erhöht. Denn zu decken ist auch bei noch so hohen -tatsächlichen oder fiktiven- Einkünften des Verpflichteten stets nur der Bedarf. Um nun die Anrechnung fiktiver Einkünfte nicht völlig leer laufen zu lassen, werden zur Bemessung des Kindesunterhaltsbedarfs auch die fiktiven Einkünfte der Eltern herangezogen.³²⁹

Ähnliches gilt im Trennungsunterhalt: Auch hier wird der Unterhaltsbedarf des Berechtigten durch die gegenwärtige wirtschaftliche Situation des Verpflichteten mitbestimmt, denn abzustellen ist auf die gegenwärtigen, wirtschaftlichen Verhältnisse "der Ehegatten" (§ 1361 I). Sinn der Anknüpfung an die ehelichen Lebensverhältnisse ist in erster Linie Bestandsschutz.³³⁰ Der Unterhaltsbedürftige soll möglichst seinen während der intakten Ehe erworbenen Lebensstandard nicht

mehr verlieren. Wenn nun der Verpflichtete aufgrund einer zurechenbaren Obliegenheitsverletzung sein Einkommen während der Trennungszeit real mindert, ist es deshalb auch hier gerechtfertigt, die ihm daraufhin unterstellten, fiktiven Einkünfte bei der Bedarfsbemessung des anderen Teils zu berücksichtigen.³³¹

Wenn jedoch bereits während der intakten Ehe das zur Verfügung stehende Einkommen unter dem Betrag dessen lag, was bei Ausnutzung aller Erwerbsmöglichkeiten hätte erwirtschaftet werden können, darf auch nach der Trennung nicht ein an fiktiven Einkünften orientierter, höherer Lebensstandard angesetzt werden. Hierdurch würde nur der Lebensstandard des unterhaltsberechtigten Ehegatten über den des Verpflichteten gehoben, welcher ja die fiktiven Einkünfte gerade nicht tatsächlich erzielt und zur Verbesserung seiner Situation einsetzt. Der Berechtigte soll zwar an wirtschaftlichen Verbesserungen des anderen Ehegatten bis zur Scheidung teilhaben, damit die endgültige Trennung nicht vorangetrieben wird (s.o. B I 4). Hiermit ist aber nur die Teilhabe an realen Steigerungen gemeint. Würde man bei der Bedarfsbemessung auch solche Einkünfte des Verpflichteten berücksichtigen, die während der intakten Ehe nicht zur Verfügung standen, hätte der Berechtigte durch die Trennung noch wirtschaftliche Vorteile auf Kosten des Partners. Das wirtschaftliche Gleichgewicht zwischen den Eheleuten würde nicht erhalten, sondern zerstört werden. Wegen dieser ehefeindlichen Tendenzen hat hier die Berücksichtigung solcher Einkünfte, die auch während der intakten Ehe nicht erzielt wurden, bei der Bedarfsbemessung zu unterbleiben.

Nach herrschender Meinung in Literatur und Rechtsprechung gilt Entsprechendes für die Ermittlung des Scheidungsunterhaltsbedarfs, der sich ebenfalls gem. § 1578 I 1 nach den ehelichen Lebensverhältnissen bemisst: Auch dieser Bedarf kann hiernach nicht aus fiktiven Mitteln hergeleitet werden, die während der Ehe nicht zur Verfügung standen.³³²

Dieses Ergebnis wird von einer in der Literatur vertretenen Ansicht kritisiert. Ihre Vertreter halten es für grob unbillig gegenüber dem Berechtigten, dass ein unterhaltsrechtliches Fehlverhalten des Verpflichteten ohne jede unterhaltsrechtliche Sanktion bliebe³³³ und lehnen die Lösung des BGH daher ab. Bei der Bedarfsbe-

messung sind hiernach auch die Einkünfte zugrunde zu legen, die während der Ehe hätten zur Verfügung stehen können.

Für diese letztgenannte Auffassung spricht sicherlich, dass auch die Partner einer bestehenden, intakten Ehe gem. § 1360 ihre Arbeitskraft -je nach Aufgabenverteilung- zur Haushaltsführung oder, wenn sie sich nicht aus dem Vermögen unterhalten können, zur Erzielung von Erwerbseinkünften einzusetzen haben.³³⁴ Wenn nun der nicht-haushaltsführende Partner schon in der Ehe seine Pflichten verletzt, indem er z.B. das nach seiner Ausbildung und seinen Fähigkeiten mögliche Einkommen nicht erzielt, ist hiernach nicht recht einzusehen, warum er durch dieses vorwerfbare Verhalten nach der Ehe auch noch besser stehen soll, als hätte er einen genügenden Beitrag geleistet.

Dem kann aber entgegengehalten werden, dass auch die Bemessung des Scheidungsunterhaltes lediglich den Zweck einer Lebensstandardgarantie³³⁵ verfolgt und nicht etwa den eines Ausgleichs für in der Ehe verletzte Erwerbspflichten oder gar deren Sanktionierung. Zu berücksichtigen sind aus diesem Grunde nur diejenigen Einkünfte, die tatsächlich einen nachhaltigen prägenden Einfluss auf die ehelichen Lebensverhältnisse hatten.³³⁶ Die Möglichkeit zur Erzielung bestimmter Einkünfte hat jedoch keinesfalls einen Einfluss auf die Lebensverhältnisse. Von Nichts kann niemand auf Dauer leben; das bekennen auch die Vertreter der Gegenansicht.³³⁷ Der Partner steht also nicht schlechter als in der Ehe, wenn während der Ehe nicht erzielte Einkünfte auch bei seiner Bedarfsbemessung unberücksichtigt bleiben. Es besteht also kein Anlass dazu, während der Ehe nicht erzielte Einkünfte bei der Bedarfsbemessung zu berücksichtigen. Die herrschende Meinung verdient somit den Vorzug.

3. Dauer der Anrechnung fiktiver Einkünfte

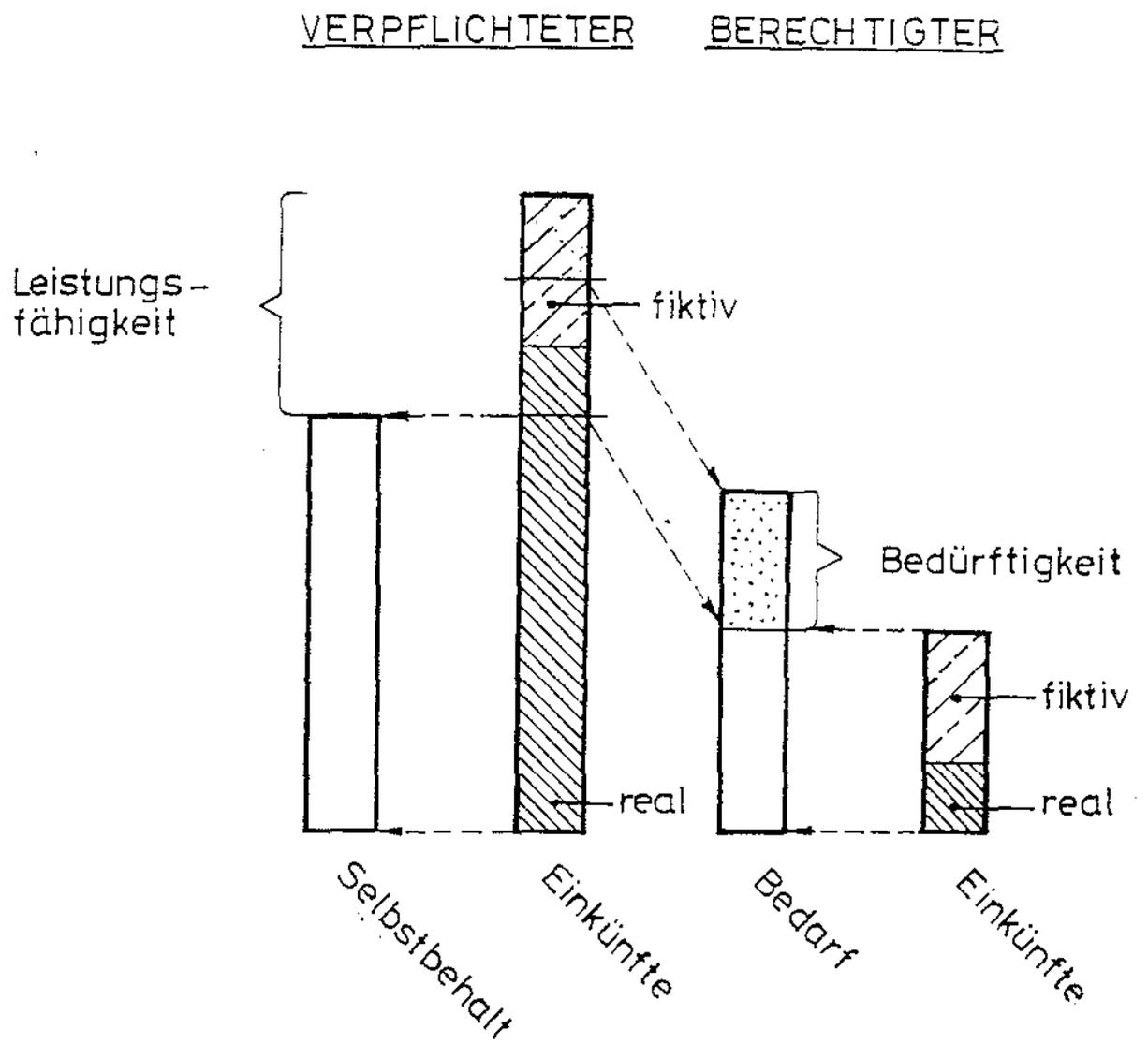
Fiktive Einkünfte, die aufgrund der fortwährenden Nichterfüllung von Vermögens- oder Erwerbsobliegenheiten zugerechnet werden, dürfen nicht mehr berücksichtigt werden, wenn der Betreffende seinen Obliegenheiten nachkommt. Sobald z.B. jemand, der unverschuldet arbeitslos wurde, damit beginnt, sich ernsthaft und hinreichend um einen neuen Arbeitsplatz zu bemühen, fehlt die Grundlage dafür, ihm zu unterstellen, dass er ein Einkommen erzielen könnte, wenn er sich nur anstrengen würde; jetzt strengt er sich ja an, was seine Bemühungen zeigen. Ob er

wirklich eine Stelle findet, kann dahinstehen; er verhält sich jedenfalls nicht mehr obliegenheitswidrig.³³⁸ Vereinzelt wird auch gefordert, zunächst eine Übergangszeit abzuwarten, um der Gefahr vorzubeugen, dass die Einkommensfiktion unterlaufen wird.³³⁹ Ein fiktives Einkommen, das gem. § 242 auf einer einmaligen, nicht behebbaren Obliegenheitsverletzung beruht, ist dagegen so lange zuzurechnen, wie sich die maßgeblichen Umstände, die zu seiner Bejahung geführt haben, nicht wesentlich geändert haben.³⁴⁰ Wenn der wegen Alkohol- oder Rauschgiftsucht Gekündigte eine Entziehungskur erfolgreich abgeschlossen hat und sich darum bemüht, eine neue Stelle zu finden, wird eine solche Änderung sicherlich angenommen werden können.

ANHANG I

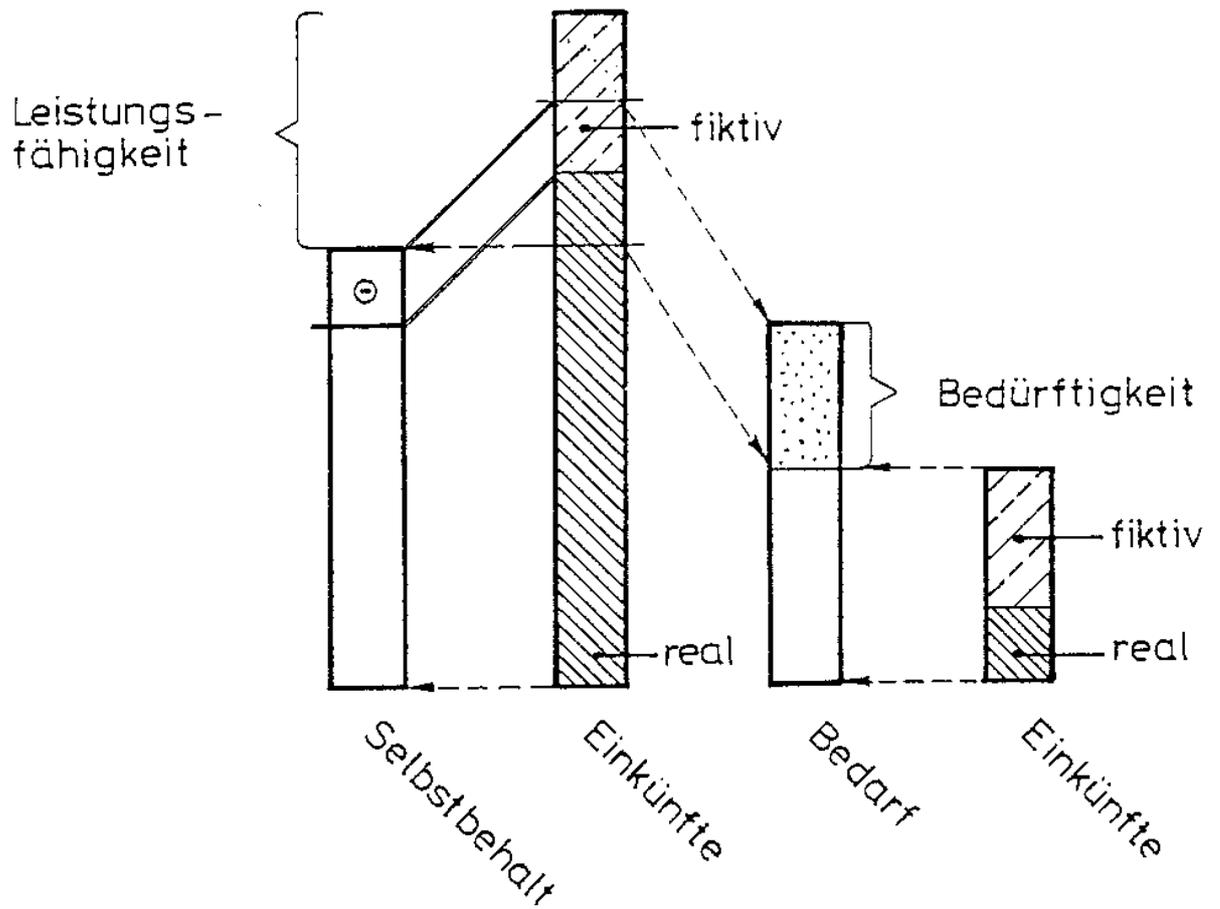
Abbildungen

- Abb. 1 -



- Abb. 2 -

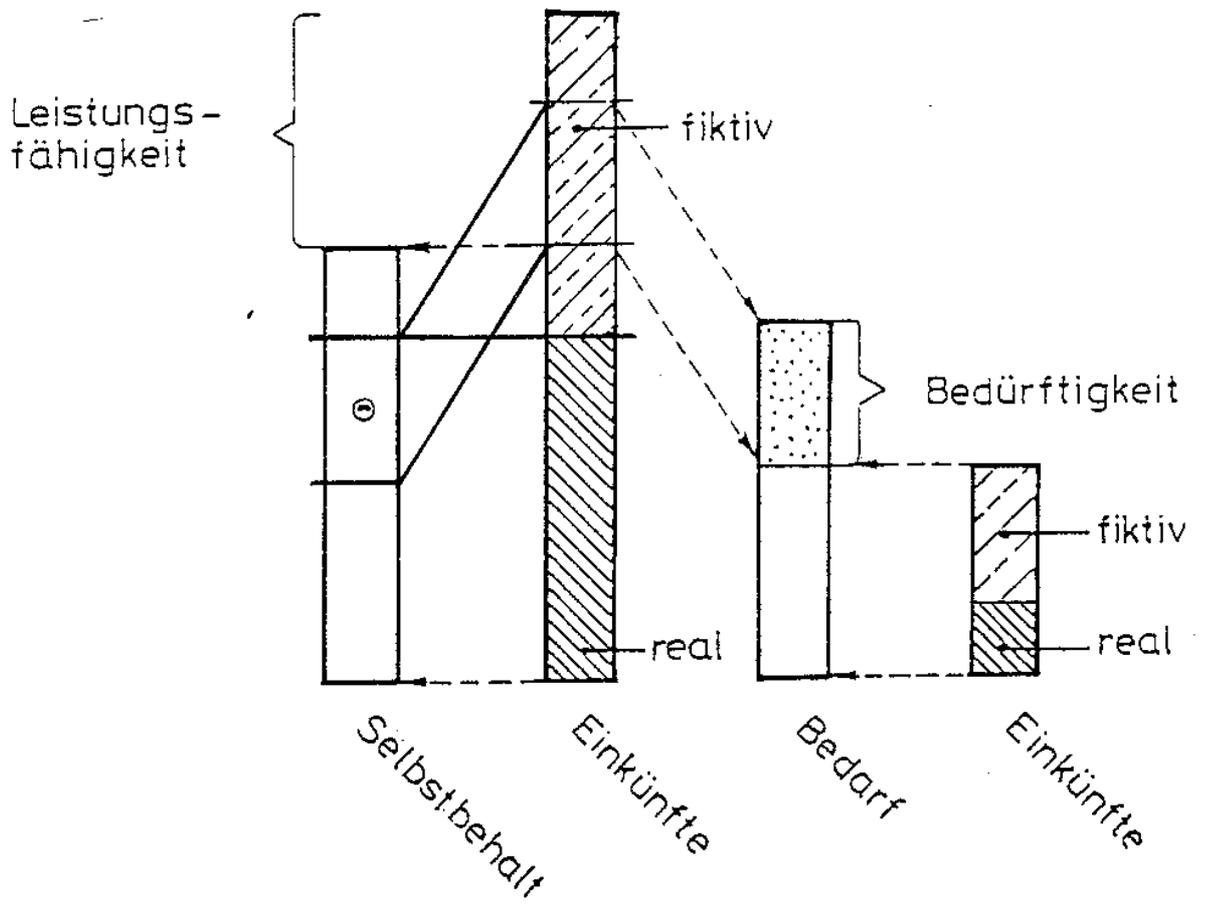
VERPFLICHTETER BERECHTIGTER



- Abb. 3 -

VERPFLICHTETER

BERECHTIGTER



ANHANG II

Literaturverzeichnis

- Ambrock, Erich
Ehe und Ehescheidung
Kommentar zu den Vorschriften
des materiellen Rechts und des
Verfahrensrechts
Berlin 1977
(zit.: Ambrock, § , Anm.)
- Bergenroth
Grundloses Aufgeben des
Arbeitsplatzes schließt die
Unterhaltsberechtigung aus
in: Monatsschrift für Deutsches
Recht 1957, S. 726 f.
(zit.: Bergenroth, S.)
- Bernreuther, Jörn
Zur Berücksichtigung von
Schulden des Verpflichteten bei
der Unterhaltsberechnung
in: Zeitschrift für das Gesamte
Familienrecht 1995, S. 769 ff.
(zit.: Bernreuther, S.)
- Erman, Walter
Handkommentar zum Bürgerlichen
Gesetzbuch in Zwei Bänden
9. Aufl., Münster 1989
(zit.: Erman/Bearbeiter, § , Rn.)
- Gernhuber, Joachim
Coester-Waltjen, Dagmar
Lehrbuch des Familienrechts
4. Aufl., München 1994
(zit.: Gernhuber, Anm.)
- Göppinger, Horst
Unterhaltsrecht
6. Aufl., Bielefeld 1994
(zit.: Göppinger/Bearbeiter, Rn.)
- Graba, Hans-Ulrich
Die Entwicklung des Unterhalts-
rechts nach der Rechtsprechung
des Bundesgerichtshofs im Jahr
1994
in: Zeitschrift für das Gesamte
Familienrecht 1995, S. 518 ff.
- Henrich, Dieter
Familienrecht
5. Aufl., Berlin 1995

- (zit.: Henrich, Anm.)
- Holzhauser, Heinz Die Neuregelung des Unterhalts
Geschiedener
in: Juristenzeitung 1977 S. 73 ff.
(zit.: Holzhauser, S.)
- Hoppenz, Rainer Fiktive Einkommensverhältnisse im
Unterhaltsrecht
in: Neue Juristische Wochenschrift
1984, S. 2327 f.
(zit.: Hoppenz, S.)
- Jauernig, Othmar Bürgerliches Gesetzbuch mit
Gesetz zur Regelung des Rechts
der Allgemeinen Geschäftsbedin-
gungen
-Kommentar-
7. Auflage, München 1994
(zit.: Jauernig/Bearbeiter, § , Rn.)
- Kalthoener, Elmar Die Rechtsprechung zur Höhe
Büttner, Helmut des Unterhalts
4. Aufl., München 1989
(zit.: Kalthoener/Büttner, Rn.)
- Köhler, Wolfgang Handbuch des Unterhaltsrechts
Luthin, Horst 8. Aufl., München 1993
(zit.: Köhler/Bearbeiter, Rn.)
- Münchener Kommentar Kommentar zum Bürgerlichen
Gesetzbuch
- Band 5: Familienrecht,
1. Halbband (§§ 1297-1588)
- Band 6: Familienrecht,
2. Halbband (§§ 1589-1921)
2. Aufl., München 1987
(zit.: MüKo/Bearbeiter, § , Rn.)
- Oelkers, Harald Prozessuale und materiell-recht-
Kreutzfeld, Gabriele liche Gesichtspunkte bei der
Geltendmachung von Volljährigen-
unterhalt
in: Zeitschrift für das gesamte
Familienrecht 1995, S. 136 ff.
(zit.: Oelkers, S.)
- Palandt, Otto Kommentar zum Bürgerlichen
Gesetzbuch
54. Aufl., München 1995

- (zit.: Palandt/Bearbeiter, § , Rn.)
- RGRK
Das Bürgerliche Gesetzbuch
mit besonderer Berücksichtigung
der Rechtsprechung des Reichsge-
richts und des Bundesgerichts-
hofes
-Kommentar-
12. Aufl., Berlin 1989
(zit.: RGRK/Bearbeiter, § , Rn.)
- Rolland, Walter
Das neue Ehe- und Familienrecht
Kommentar zum 1. Eherechtsre-
formgesetz
2. Aufl., Neuwied 1982
(zit.: Rolland, § , Rn.)
- Schlüter, Wilfried
BGB Familienrecht
6. Aufl., Heidelberg 1993
(zit.: Schlüter, Anm.)
- Schrade, W.
Die Grundlage des Verwandten-
unterhalts nach dem In-Kraft-Treten
des Gleichberechtigungsgesetzes
in: Zeitschrift für das Gesamte
Familienrecht 1957, S. 342 ff.
(zit.: Schrade, S.)
- Schwab, Dieter
Familienrecht
8. Aufl., München 1995
(zit.: Schwab, Rn.)
- ders.
Handbuch des Scheidungsrechts
3. Aufl., München 1995
(zit.: Schwab(Handbuch)/
Bearbeiter, Kap., Rn.)
- Soergel, Hans Theodor
Bürgerliches Gesetzbuch mit
Einführungsgesetz und Neben-
gesetzen
-Kommentar-
- Band 7: Familienrecht I
(§§ 1297-1588),
- Band 8: Familienrecht II
(§§ 1589-1921, EheG,
HausratsVO)
12. Aufl., Stuttgart 1989
- Staudinger, Julius v.
Kommentar zum Bürgerlichen
Gesetzbuch mit Einführungsgesetz

- und Nebengesetzen
Band IV, Familienrecht (1.-3. TB)
12. Aufl., Berlin 1984
(zit.: Staudinger/Bearb., § , Rn.)
- Stollenwerk, Kurt
Unterhaltsrecht -alphabetisch-
Handbuch zum materiellen und
prozessualen Unterhaltsrecht
Köln 1994
(zit.: Stollenwerk, S.)
- Weltalmanach
Der Fischer Weltalmanach 1995
Zahlen, Daten, Fakten
Frankfurt/Main 1994
(zit.: Fischer WA, S.)
- Wendl, Philipp
Staudingl, Siegfried
Das Unterhaltsrecht in der
Familienrichterlichen Praxis
3. Aufl., München 1995
(zit.: Wendl/Staudingl, Kap., Rn.)
- Weychardt, Dieter
Zur Weiterentwicklung der
Frankfurter Unterhaltsrecht-
sprechung
in: Der Amtsvormund 1984,
S. 82 ff.
(zit.: Weychardt, S.)
- ders.
Zur Fiktion im Unterhaltsrecht
(Mangelfälle)
in: Der Amtsvormund 1984,
S. 637 ff.
(zit.: Weychardt(Fiktion), S.)

Die verwendeten Abkürzungen richten sich nach:

Kirchner, Hildebert
Abkürzungsverzeichnis der
Rechtssprache
4. Aufl., Berlin 1993

ANHANG III

Fußnoten

- 1 Schwab, Rn. 530.
- 2 die Ausdrücke "(Unterhalts-)Berechtigter" und "(Unterhalts-)Verpflichteter" werden hier zur Unterscheidung der Parteien ungeachtet der Tatsache gebraucht, ob die sachlichen Voraussetzungen eines Unterhaltsanspruchs im erörterten Zusammenhang gegeben sind.
- 3 Hoppenz, S. 2327.
- 4 Weychardt(Fiktion), S. 637.
- 5 Hoppenz, S. 2327.
- 6 BGH FamRZ 1986, 439/440; 1988, 145/149.
- 7 Jauernig/Vollkommer § 241 Anm. 5 e.
- 8 Jauernig/Vollkommer aaO.
- 9 §§ ohne besondere Angabe sind solche des BGB.
- 10 Göppinger, Rn. 43.
- 11 MüKo/Hinz § 1618a Rn. 1, 4; Staudinger/Coester § 1618a Rn. 26; Jauernig/Schlechtriem § 1618a, Anm. 1.
- 12 Göppinger, Rn. 1073.
- 13 OLG Düsseldorf FamRZ 1988, 284; RGRK/Mutschler § 1602 Rn. 19; Staudinger/Kappe § 1602 Rn. 123.
- 14 MüKo/Köhler § 1602 Rn. 8; Staudinger/Kappe § 1602 Rn. 123.
- 15 MüKo/Köhler § 1602 Rn. 7; Staudinger/Kappe § 1602 Rn. 124.
- 16 BGH FamRZ 1982, 996/998 =MDR 1983, 38/39; OLG Celle FamRZ 1987, 1038, 1040.
- 17 MüKo/Köhler § 1602 Rn. 7.
- 18 BGH FamRZ 1982, 996/997, 998; vgl. BGH FamRZ 1980, 342/343; Stollenwerk, S. 281.
- 19 Staudinger/Kappe § 1602 Rn. 124.
- 20 MüKo/Köhler § 1602 Rn. 7; RGRK/Mutschler § 1602 Rn. 8.
- 21 MüKo/Köhler § 1602 Rn. 7; Gernhuber § 41 II 2 Fn. 6 u. 7.
- 22 Göppinger, Rn. 1053.
- 23 BGH FamRZ 1989, 1160/1161; 1990, 238/288.
- 24 OLG München FamRZ 1984, 173/174.
- 25 BGH FamRZ 1986, 439/440; 1988, 145/149; Kalthoener/Büttner Rn. 443.
- 26 Wendl/Staudingl, S. 81.
- 27 Göppinger, Rn. 1053.
- 28 Kalthoener/Büttner, Rn. 443.
- 29 BGH FamRZ 1986, 48/50; 439/441; 560/561.
- 30 Göppinger, Rn. 1053.
- 31 BGH DAVorm 1986, 424.
- 32 Erman/Holzhauer § 1602 Rn. 13.
- 33 MüKo/Köhler § 1602 Rn. 7; Jauernig/Schlechtriem §§ 1601-1604 Anm. 3 a aa.
- 34 Fischer WA, S. 379 f.
- 35 Hess. VGH FamRZ 1981, 502/503.
- 36 Erman/Holzhauer § 1602 Rn. 13; Jauernig/Schlechtriem §§ 1601-1604 Anm. 3 a aa.

37 MüKo/Köhler § 1602 Rn. 8.
38 MüKo/Köhler § 1602 Rn. 8.
39 vgl. Staudinger/Kappe § 1602 Rn. 120.
40 Jauernig/Schlechtriem §§ 1601-1604 Anm. 3 a aa.
41 Staudinger/Kappe § 1602 Rn. 121.
42 Erman/Holzhauer § 1602 Rn. 13.
43 MüKo/Köhler § 1602 Rn. 10.
44 RG JW 1917, 42; MüKo/Köhler § 1602 Rn. 10; Erman/Holzhauer § 1602 Rn. 5.
45 Palandt/Diederichsen § 1602 Rn 6.
46 OLG Frankfurt/Main FamRZ 1987, 188; Palandt/Diederichsen § 1602 Rn. 20; Oelkers, S. 138, 139.
47 MüKo/Köhler § 1602 Rn. 10.
48 Erman/Holzhauer § 1602 Rn. 9; Palandt/Diederichsen § 1610 Rn. 37.
49 BGH FamRZ 1977, 629; Erman/Holzhauer § 1602 Rn. 9, 12.
50 OLG Hamm FamRZ 1988, 425/427.
51 BGHZ 69, 190/193.
52 OLG Düsseldorf FamRZ 1984, 924.
53 BGH FamRZ 1980, 1115; VG Mainz FamRZ 1985, 317/319; Oelkers, S. 140.
54 BGH FamRZ 1977, 629/630; Erman/Holzhauer § 1602 Rn. 11; Oelkers, S. 140.
55 BGH FamRZ 1977, 629/630.
56 BGH FamRZ 1987, 470/471; Erman/Holzhauer § 1602 Rn. 11.
57 Erman/Holzhauer § 1602 Rn. 8.
58 Jauernig/Schlechtriem § 1570 Anm. 2b; Gernhuber § 30 II 3.
59 Erman/Holzhauer § 1602 Rn. 8.
60 OLG Düsseldorf MDR 1959, 45; Göppinger/Strohal Rn. 306.
61 KG FamRZ 1984, 592.
62 Göppinger/Strohal Rn. 306.
63 Palandt/Diederichsen § 1602 Rn. 6; Bergenroth, S. 727; Gernhuber § 41 II 3.
64 LG Kassel MDR 1957, 361; Schrade, S. 344; Soergel/Lange § 1602 Rn. 4.
65 so aber Bergenroth, S. 726.
66 Schrade, S. 344.
67 Erman/Holzhauer § 1603 Rn. 2; MüKo/Köhler § 1603 Rn. 4.; Göppinger/Strohal Rn. 285.
68 BGH NJW 1983, 933/935.
69 Staudinger/Kappe § 1602 Rn. 4.
70 Staudinger/Kappe § 1603 Rn. 147.
71 Gernhuber § 41 III 1.
72 Staudinger/Kappe § 1602 Rn. 4, 121; § 1603 Rn. 148.
73 Fischer WA, S. 353.
74 Fischer WA, S. 353, 354.
75 OLG Marienwerder OLGE 26, 236.
76 Staudinger/Kappe § 1603 Rn. 148; Göppinger/Kindermann Rn. 1068.
77 Erman/Holzhauer § 1603 Rn. 11; Staudinger/Kappe § 1603 Rn. 149.
78 BGH FamRZ 1980, 43/44.
79 BGH FamRZ 1986, 48/50.

- 80 BGH aaO.
- 81 MüKo § 1603 Rn. 4, § 1602 Rn. 7; Palandt/Diederichsen § 1603 Rn. 3; Staudinger/Kappe § 1603 Rn. 149.
- 82 Staudinger/Kappe § 1603 Rn. 116; Göppinger/Wenz Rn. 1186.
- 83 MüKo/Köhler § 1603 Rn. 6.
- 84 Erman/Holzhauer § 1603 Rn. 3.
- 85 Staudinger/Kappe § 1603 Rn. 119.
- 86 BGH FamRZ 1980, 43/44; 1982, 25/26; Erman/Holzhauer § 1603 Rn. 3; MüKo/Köhler § 1603 Rn. 6; Staudinger/Kappe § 1603 Rn. 125.
- 87 Staudinger/Kappe § 1603 Rn. 125.
- 88 Palandt/Diederichsen § 1603 Rn. 11; Weycharadt, S. 90.
- 89 Staudinger/Kappe § 1603 Rn. 128.
- 90 vgl. BGH FamRZ 1987, 472/473; RGRK/Mutschler § 1603 Rn. 8.
- 91 BVerfG FamRZ 1985, 143/145; Erman/Holzhauer § 1603 Rn. 3.
- 92 MüKo § 1603 Rn. 24; Staudinger Kappe § 1603 Rn. 159.
- 93 MüKo/Köhler § 1603 Rn. 24.
- 94 MüKo/Köhler aaO.
- 95 Staudinger/Kappe § 1603 Rn. 159.
- 96 BGH FamRZ 1986, 254/257; Palandt/Diederichsen § 1603 Rn. 18; Bernreuther, S. 772.
- 97 OLG Bamberg FamRZ 1988, 1087/1088; Erman/Holzhauer § 1603 Rn. 13; Gernhuber § 41 III 4.
- 98 Bernreuther, S. 772.
- 99 Erman/Holzhauer § 1603 Rn. 13; Göppinger/Wenz, Rn. 1197.
- 100 MüKo/Köhler § 1603 Rn. 24.
- 101 Erman/Holzhauer § 1603 Rn. 13; Palandt/Diederichsen § 1603 Rn. 18.
- 102 Staudinger/Kappe § 1589 Rn. 27.
- 103 Staudinger/Kappe § 1602 Rn. 143.
- 104 Jauernig/ders. § 2 Anm. 2.
- 105 OLG Frankfurt FamRZ 1987, 1179/1180; Soergel/Hberle § 1602 Rn. 13; Gernhuber § 42 I 1.
- 106 Palandt/Diederichsen § 1602 Rn. 21.
- 107 Schlüter, § 22 II 3.
- 108 OLG Düsseldorf NJW 1990, 1798; Palandt/Diederichsen § 1602 Rn. 6, 21; Staudinger/Kappe § 1602 Rn. 156.
- 109 OLG Nürnberg FamRZ 1981, S. 300; OLG Saarbrücken NJW-RR 1986, 295; OLG Düsseldorf FamRZ 1990, 194/195.
- 110 Göppinger/Wenz, Rn. 1186; Staudinger/Kappe § 1602 Rn. 156; vgl. Köhler/Luthin, Rn. 87.
- 111 OLG Düsseldorf FamRZ 1990, 194.
- 112 Schwab, Rn. 549.
- 113 MüKo/Hinz § 1626 Rn. 59.
- 114 Staudinger/Kappe § 1602 Rn. 156.
- 115 OLG Düsseldorf FamRZ 1990, 194/195.
- 116 Schlüter § 20 II 2.
- 117 Erman/Holzhauer § 1603 Rn. 17; MüKo/Köhler § 1603 Rn. 30.

- 118 MüKo/Köhler § 1603 Rn. 31, § 1610 Rn. 44.
- 119 MüKo/Köhler § 1603 Rn. 31.
- 120 MüKo/Köhler § 1603 Rn. 30; Soergel/Lange § 1603 Rn. 14; Köhler/Luthin Rn. 101.
- 121 Gernhuber § 42 I 2.
- 122 BGH FamRZ 1989, 170/171; Stollenwerk, S. 382.
- 123 Erman/Holzhauer § 1603 Rn. 18; MüKo/Köhler § 1603 Rn. 33a; Palandt/Diederichsen § 1603 Rn. 21.
- 124 Erman/Holzhauer § 1603 Rn. 18; Palandt/Diederichsen § 1603 Rn. 21.
- 125 OLG Hamburg FamRZ 1984, 924.
- 126 BGH FamRZ 1981, 539/540.
- 127 OLG Hamburg FamRZ 1984, 924.
- 128 Erman/Holzhauer § 1604 Rn. 18; MüKo/Köhler § 1603 Rn. 33a.
- 129 MüKo/Köhler § 1603 Rn. 33a.
- 130 MüKo/Köhler § 1603 Rn. 33a.
- 131 Staudinger/Kappe § 1603 Rn. 122.
- 132 Staudinger/Kappe § 1603 Rn. 122.
- 133 BGH FamRZ 1982, 365 f., Schlüter § 20 II 2.
- 134 BGH FamRZ 1985, 158/160; Kalthoener/Büttner, Rn. 574.
- 135 Gernhuber § 42 I 2.
- 136 Ambrock § 1577 Anm. II 1; Holzauer, S. 74; Schlüter, § 17 I 3.
- 137 BVerfG FamRZ 1981, 745/746.
- 138 Schlüter, § 17 I 3.
- 139 MüKo/Richter § 1577 Rn. 1.
- 140 BGH FamRZ 1985, 354/356.
- 141 BGH NJW 1980, 393/395; Palandt/Diederichsen § 1577 Rn. 4.
- 142 MüKo/Richter § 1577 Rn. 16.
- 143 BGH FamRZ 1982, 996/997.
- 144 MüKo/Richter § 1577 Rn. 16; Fn. 57.
- 145 Erman/Dieckmann § 1577 Rn. 46 aE.
- 146 BGH FamRZ 1988, 145/149; MüKo/Richter § 1577 Rn. 3; Schlüter, § 17 III 3.
- 147 Schwab, Rn. 330.
- 148 BGH NJW-RR 1986, 682.
- 149 BGH FamRZ 1985, 357/359.
- 150 Soergel/Hberle § 1577 Rn. 8; Schlüter, § 17 III 3.
- 151 BGH NJW 1985, 354/356.
- 152 MüKo/Richter § 1577 Rn. 16.
- 153 Gernhuber, § 30 VIII 4.
- 154 vgl. Palandt/Diederichsen § 1577 Rn. 4.
- 155 Gernhuber, § 30 VIII 4.
- 156 ders. aaO.
- 157 BGH NJW-RR 1986, 682/683.
- 158 Palandt/Diederichsen § 1577 Rn.⁷.
- 159 BGH FamRZ 1983, 574/575.
- 160 BGH FamRZ 1985, 354/356; Erman/Dieckmann § 1577 Rn. 43; Palandt/Diederichsen

- § 1577 Rn. 11; Soergel/Hberle § 1577 Rn. 28.
- 161 Palandt/Diederichsen § 1577 Rn.⁷.
- 162 MüKo/Richter § 1577 Rn. 34.
- 163 Soergel/Hberle § 1577 Rn. 28.
- 164 BGH FamRZ 1985, 357/360.
- 165 MüKo/Richter § 1577 Rn. 35; Soergel/Hberle § 1577 Rn. 29.
- 166 BGH FamRZ 1985, 354/357; Erman/Dieckmann § 1577 Rn. 46; Palandt/Diederichsen § 1577 Rn. 11; Gernhuber § 30 VIII 5.
- 167 BGH FamRZ 1985, 357/359.
- 168 BGH FamRZ 1987, 912/913.
- 169 Erman/Dieckmann § 1577 Rn. 42.
- 170 Holzauer, S. 74.
- 171 Erman/Dieckmann § 1573 Rn. 8; Palandt/Diederichsen § 1573 Rn. 26.
- 172 MüKo/Richter § 1573 Rn. 11, 11a.
- 173 OLG Stuttgart FamRZ 1983, 1233/1235.
- 174 MüKo/Richter § 1573, Rn. 11.
- 175 MüKo/Richter § 1574 Rn. 7; Palandt/Diederichsen § 1574 Rn. 5.
- 176 Ambrock § 1574 Anm. II 3; Palandt/Diederichsen aaO.
- 177 Ambrock § 1574 Anm. II 2 b.
- 178 Palandt/Diederichsen § 1575 Rn. 17.
- 179 vgl. MüKo/Richter § 1574 Rn. 8.
- 180 ders. aaO.
- 181 Erman/Dieckmann § 1574 Rn. 6.
- 182 MüKo/Richter § 1574 Rn. 9.
- 183 Palandt/Diederichsen § 1574 Rn. 8.
- 184 Gernhuber, § 30 VIII 2.
- 185 Palandt/Diederichsen § 1574 Rn. 9.
- 186 Erman/Dieckmann § 1574 Rn. 9.
- 187 BGH NJW 1980, 393/394.
- 188 Erman/Dieckmann § 1574 Rn. 10; Palandt/Diederichsen § 1574 Rn. 10.
- 189 Schlüter, § 17 II 4 b.
- 190 Palandt/Diederichsen § 1574 Rn. 10.
- 191 Schwab(Handbuch)/Borth, Kap. IV, Rn. 153; Schlüter § 17 II 4 b.
- 192 vgl. OLG Schleswig FamRZ 1982, 703/704; MüKo/Richter § 1574 Rn. 23; Palandt/Diederichsen § 1574 Rn. 11; Schwab(Handbuch)/Borth, Kap. IV, Rn. 255.
- 193 Schwab(Handbuch)/Borth aaO.
- 194 OLG Schleswig FamRZ 1982, 703/704; Rolland § 1574 Rn. 17; Soergel/Hberle § 1574 Rn. 14; Holzauer, S. 76.
- 195 Rolland aaO.
- 196 MüKo/Richter § 1574 Rn. 23; Schwab(Handbuch)/Borth, Kap. IV, Rn. 256.
- 197 vgl. Holzauer, S. 75.
- 198 Soergel/Hberle § 1574 Rn. 14; Holzauer, S. 76.
- 199 MüKo/Richter § 1573 Rn. 30.
- 200 Holzauer, S. 75.

- 201 MüKo/Richter § 1573 Rn. 33.
- 202 MüKo/Richter § 1573 Rn. 17.
- 203 MüKo/Richter § 1574 Rn. 26; BGH FamRZ 1986, 553/554.
- 204 Erman/Dieckmann § 1574 Rn. 12; MüKo/Richter § 1574 Rn. 26.
- 205 Palandt/Diederichsen § 1581 Rn. 5; Gernhuber, § 30 IX 1; Göppinger/Kindermann, Rn. 1330.
- 206 Palandt/Diederichsen § 1581 Rn. 5.
- 207 BGH FamRZ 1982, 996/997; Stollenwerk, S. 281.
- 208 BGH FamRZ 1982, 996/998; Kalthoener/Büttner, Rn. 607.
- 209 vgl. Erman/Dieckmann § 1581 Rn. 9a.
- 210 MüKo/Richter § 1581 Rn. 7.
- 211 Palandt/Diederichsen § 1578 Rn. 19; Henrich, § 15 III 5; Schlüter, § 17 V 1.
- 212 vgl. Henrich, § 15 III 5.
- 213 BGH FamRZ 1990, 260/264; Erman/Dieckmann § 1581 Rn. 20; MüKo/Richter § 1581 Rn. 11; Palandt/Diederichsen § 1581 Rn. 16.
- 214 BGH FamRZ 1990, 260/265; Erman/Dieckmann § 1581 Rn. 19; Henrich, § 15 III 5.
- 215 ders. aaO.
- 216 Palandt/Diederichsen § 1581 Rn. 5.
- 217 Ambrock § 1581 Anm. I 2.
- 218 Kalthoener/Büttner, Rn. 574.
- 219 BGH FamRZ 1985, 158/159 f., Erman/Dieckmann § 1581 Rn. 7; Kalthoener/Büttner, Rn. 574.
- 220 Erman/Dieckmann § 1581 Rn. 7.
- 221 ders. aaO.
- 222 BGH FamRZ 1982, 157/158; MüKo/Richter § 1581 Rn. 8, 9.
- 223 MüKo/Richter § 1581 Rn. 9.
- 224 Erman/Dieckmann § 1581 Rn. 4; Palandt/Diederichsen § 1581 Rn. 11.
- 225 Erman/Heckelmann § 1361 Rn. 4; MüKo/Wacke § 1361 Rn. 4; Henrich, § 9 II 1; Schlüter, § 8 III 1 a.
- 226 MüKo/Wacke § 1361 Rn. 4.
- 227 Stollenwerk, S. 345.
- 228 Palandt/Diederichsen § 1361 Rn. 4; Henrich, § 9 II 2.
- 229 Palandt/Diederichsen § 1361 Rn. 11; Schlüter, § 8 III 1 b (2).
- 230 BGH FamRZ 1985, 782/784; 1990, 283/285; Soergel/Lange § 1361 Rn. 13; Göppinger/Kindermann Rn. 1123.
- 231 vgl. BGH FamRZ 1985, 360/361; 1990, 283/285; Palandt/ Diederichsen § 1561 Rn. 14; Erman/Dieckmann § 1577 Rn. 47.
- 232 OLG Koblenz FamRZ 1990, 51/52; Palandt/Diederichsen § 1361 Rn. 14.
- 233 Palandt/Diederichsen § 1361 Rn. 14.
- 234 MüKo/Wolf § 1565 Rn. 73; Schlüter § 16 II 2 b; Schwab, Rn. 276.
- 235 Erman/Heckelmann § 1361 Rn. 7.
- 236 BGH FamRZ 1985, 360/361.
- 237 Erman/Dieckmann § 1577 Rn. 47.
- 238 vgl. BGH FamRZ 1985, 360/362.
- 239 Erman/Dieckmann § 1577 Rn. 47.

- 240 BGH 1985, 360/362.
- 241 Erman/Dieckmann § 1577 Rn. 48; MüKo/Wacke § 1361 Rn. 17; Palandt/Diederichsen § 1361 Rn. 14.
- 242 vgl. Palandt/Diederichsen § 1361 Rn. 14; Schlüter, § 8 III 1 b (2).
- 243 Soergel/Lange § 1361 Rn. 15.
- 244 MüKo/Wacke § 1361 Rn. 46; Palandt/Diederichsen § 1361 Rn. 9.
- 245 BGH FamRZ 1989, 1160.
- 246 BGH FamRZ 1985, 782/784.
- 247 Erman/Heckelmann § 1561 Rn. 13; Henrich, § 9 II 2; Schwab, Rn. 299.
- 248 Palandt/Diederichsen § 1361 Rn. 31.
- 249 Erman/Heckelmann § 1361 Rn. 7.
- 250 Erman/Heckelmann § 1361 Rn. 13; MüKo/Wacke § 1361 Rn. 27.
- 251 MüKo/Wacke § 1361 Rn. 27.
- 252 BGH FamRZ 1979, 569/571; MüKo/Wacke § 1361 Rn. 27.
- 253 Henrich, § 9 II 2.
- 254 BGH FamRZ 1990, 282/284; 1989, 1160; Erman/Heckelmann § 1361 Rn. 13; Schlüter § 8 III 1 b (2); Stollenwerk, S. 347.
- 255 BGH FamRZ 1981, 1159/1160; Soergel/Lange § 1361 Rn. 15.
- 256 Erman/Heckelmann § 1361 Rn. 14.
- 257 Erman/Heckelmann § 1361 Rn. 13; Palandt/Diederichsen § 1361 Rn. 31.
- 258 BGH FamRZ 1990, 283, 286; MüKo/Wacke § 1361 Rn. 29; Henrich, § 9 II 2.
- 259 Göppinger/Kindermann Rn. 1111.
- 260 MüKo/Wacke § 1361 Rn. 31.
- 261 BGH FamRZ 1988, 256/257; 1990, 283/285.
- 262 BGH aaO; MüKo/Wacke § 1361 Rn. 5.
- 263 vgl. MüKo/Wacke aaO.
- 264 BGH FamRZ 1986, 439/440; Staudinger/Hübner § 1361 Rn. 17.
- 265 BGH FamRZ 1984, 149/150.
- 266 Erman/Heckelmann § 1361 Rn. 6; Palandt/Diederichsen § 1361 Rn. 4, 18; Henrich, § 9 II 4; Wendl/Staudingl, § 4 Rn. 3.
- 267 Göppinger/Kindermann, Rn. 1335; Schwab(Handbuch)/Borth, Kap. IV Rn. 756.
- 268 vgl. Palandt/Diederichsen § 1361 Rn. 18.
- 269 MüKo/Wacke § 1361 Rn. 12.
- 270 BGH FamRZ 1990, 283/288.
- 271 BGH FamRZ 1986, 556/557.
- 272 BGH aaO.
- 273 vgl. Erman/Heckelmann § 1361 Rn. 7.
- 274 BGH FamRZ 1986, 556/557; Staudinger/Hübner § 1361 Rn. 43.
- 275 BGH FamRZ 1985, 360/361.
- 276 BGH 1986, 556/557; Erman/Dieckmann § 1581 Rn. 9a; vgl. Staudinger/Hübner § 1361 Rn. 43.
- 277 BGH FamRZ 1986, 556/557.
- 278 MüKo/Wacke § 1361 Rn. 8.
- 279 vgl. MüKo/Wacke § 1360 Rn. 15.

- 280 Soergel/Lange § 1361 Rn. 18.
- 281 OLG Düsseldorf FamRZ 1981, 1177/1178; MüKo/Wacke § 1361 Rn. 8.
- 282 OLG Frankfurt FamRZ 1987, 1144.
- 283 Staudinger/Hübner § 1361 Rn. 19.
- 284 BGH FamRZ 1988, 256/258.
- 285 Staudinger/Hübner § 1361 Rn. 28.
- 286 OLG Düsseldorf FamRZ 1981, 38; MüKo/Wacke § 1361 Rn. 8.
- 287 OLG Düsseldorf aaO.
- 288 BGH FamRZ 1982, 23/24; Staudinger/Hübner § 1361 Rn. 45.
- 289 MüKo/Wacke § 1361 Rn. 13; Staudinger/Hübner § 1361 Rn. 45.
- 290 BGH FamRZ 1982, 250/252; RGRK/Cuny § 1361 Rn. 11; Soergel/Lange § 1361 Rn. 9; Staudinger/Hübner § 1361 Rn. 46.
- 291 BGH FamRZ 1982, 23/24, 250/252; MüKo/Wacke § 1361 Rn. 13; Staudinger/Hübner aaO; Kalthoener/Büttner Rn. 651.
- 292 Kalthoener/Büttner, Rn. 564.
- 293 vgl. BGH FamRZ 1990, 283/288.
- 294 vgl. BGH FamRZ 1982, 996/998; RGRK/Mutschler § 1602 Rn. 19.
- 295 vgl. MüKo/Köhler § 1602 Rn. 10.
- 296 Kalthoener/Büttner, Rn. 564.
- 297 Erman/Dieckmann § 1573 Rn. 8; MüKo/Köhler § 1602 Rn. 10.
- 298 Hoppenz, S. 2327.
- 299 Erman/Holzhauer § 1611 Rn. 2; MüKo/Köhler § 1611 Rn. 4; Palandt/Diederichsen § 1611 Rn. 3.
- 300 Erman/Holzhauer § 1611 Rn. 2.
- 301 MüKo/Köhler § 1603 Rn. 7a.
- 302 MüKo/Köhler § 1611 Rn. 7.
- 303 MüKo/Köhler § 1611 Rn. 12.
- 304 BGH FamRZ 1981, 1042/1044.
- 305 BGH FamRZ 1981, 1042/1044; MüKo/Richter § 1579 Rn. 20; Palandt/Diederichsen § 1579 Rn. 17.
- 306 BGH FamRZ 1981, 1042/1044; OLG Hamm FamRZ 1990, 50.
- 307 BGH aaO.
- 308 MüKo/Richter § 1579 Rn. 54.
- 309 BGH FamRZ 1982, 972/794; 1985, 158/159.
- 310 BGH FamRZ 1985, 158/159; Graba, S. 519; Wendl/Staudingl, § 1, Rn. 396.
- 311 BGH FamRZ 1982, 913/914; 1985, 158/160; Palandt/Diederichsen § 1603 Rn. 10; § 1581 Rn. 8; § 1361 Rn. 18; Kalthoener/Büttner Rn. 563.
- 312 BGH FamRZ 1982, 792/794; 1985, 158/160.
- 313 BGH FamRZ 1982, 913/914; vgl. BGH FamRZ 1981, 1042/1044.
- 314 BGH FamRZ 1982, 913/914.
- 315 Wendl/Staudingl, § 1, Rn. 416.
- 316 BGH aaO; FamRZ 1982, 792/794.
- 317 BGH FamRZ 1985, 158/160; Hoppenz, S. 2328.
- 318 BGH FamRZ 1986, 668; Graba, S. 519; Kalthoener/Büttner, Rn. 565.
- 319 BGH FamRZ 1987, 691/693.

- 320 BGH aaO, BGH FamRZ 1986, 885/886; OLG Bamberg, FamRZ 1988, 725/726; Kalthoener/Büttner, Rn. 565.
- 321 vgl. Wendl/Staudingl, § 1, Rn. 393, 422.
- 322 BGH FamRZ 1986, 885/886, Graba, S. 519; Kalthoener/Büttner, Rn. 565;
- 323 BGH FamRZ 1986, 885/886; Wendl/Staudingl, § 1, Rn. 436.
- 324 BGH FamRZ 1984, 374/377.
- 325 Wendl/Staudingl, § 1, Rn. 436.
- 326 vgl. Wendl/Staudingl, § 1, Rn. 387, 420.
- 327 Schlüter, § 20 III 1.
- 328 BGH FamRZ 1981, 543/545; Schlüter aaO.
- 329 Wendl/Staudingl, § 1, Rn. 388, 408.
- 330 Erman/Heckelmann § 1361 Rn. 6.
- 331 Wendl/Staudingl, § 1, Rn. 412.
- 332 BGH FamRZ 1992, 1045/1047; Palandt/Diederichsen § 1578 Rn. 6; Erman/Dieckmann § 1578 Rn. 7; Stollenwerk, S. 201.
- 333 Wendl/Staudingl, § 1, Rn. 411.
- 334 MüKo/Wacke § 1360 Rn. 15.
- 335 Erman/Dieckmann § 1578 Rn. 2; Palandt/Diederichsen § 1578 Rn. 3; vgl. Schlüter § 17 V 1 a.
- 336 Palandt/Diederichsen § 1578 Rn. 6.
- 337 Wendl/Staudingl, § 1, Rn. 410.
- 338 vgl. Wendl/Staudingl, § 1, Rn. 438.
- 339 OLG Hamburg DAVorm 1988, 720/721; Kalthoener/Büttner Rn. 567.
- 340 Wendl/Staudingl, § 1, Rn. 438.