

## OLG München

Beschluss v. 6.11.2003 - 16 WF 1599/03

**1. Beim nachehelichen Unterhalt besteht für den Bedürftigen nach § 1574 I BGB nur die Obliegenheit, einer angemessenen Tätigkeit nachzugehen. Er ist deshalb nicht verpflichtet, statt weiterhin im erlernten Beruf zu arbeiten in eine u. U. höher dotierte Hilfsarbeitertätigkeit zu wechseln.**

**2. Ein Anspruch auf Aufstockungsunterhalt besteht wegen der grundsätzlichen Eigenverantwortung nur bei einer ins Gewicht fallenden Differenz des bereinigten Nettoeinkommens des Pflichtigen und des Bedürftigen. Ein Aufstockungsunterhalt wird deshalb regelmäßig nur in Betracht kommen, wenn er 10 % des bereinigten Nettoeinkommens des Bedürftigen übersteigt.**

Gründe:

I.

Die AGg. beantragt im Scheidungsverfahren im Verbund nachehel. Unterhalt von 176 €. Unstreitig hat der ASt., der im Hotelgewerbe tätig ist, nach Abzug von 5 % berufsbedingten Aufwendungen und dem Kindesunterhalt sowie unter Berücksichtigung von 10 % Erwerbstätigenbonus ein unterhaltsrechtlich relevantes Nettoeinkommen von gerundet 1.250 €. Die AGg. arbeitet nur Teilzeit in ihrem erlernten Beruf als Hotel- und Gaststättengehilfin. Sie lässt sich aber fiktiv ein Ganztageeinkommen anrechnen. Sie hat bisher vor und in der 16 Jahre dauernden Ehe nur in diesem Beruf gearbeitet und könnte nach ihren Angaben an ihrem Wohnsitz insoweit einschließlich Trinkgelder nur 1.050 € netto monatlich verdienen. Sie legte insoweit eine Bestätigung ihres derzeitigen Arbeitgebers über ein an dieser Arbeitsstelle erzielbares Einkommen aus Ganztagestätigkeit vor und beantragte hilfsweise Erholung einer Auskunft des Arbeitsamtes.

Das FamG wies den Prozesskostenhilfe[PKH]-Antrag mangels Erfolgsaussicht ab mit der Begründung, die AGg. könne bei BMW oder anderen ortsansässigen Firmen arbeiten und damit so viel verdienen, dass sie sich selbst unterhalten könne. Der Antrag auf Erholung einer Auskunft beim Arbeitsamt sei ein unzulässiger Ausforschungsbeweis.

Hiergegen legte die AGg. sofortige Beschwerde ein, der das FamG nicht abhalf.

## II.

Die zulässige Beschwerde der AGg. hat Erfolg. Die AGg. verfügt unter Berücksichtigung von Mietkosten und Freibeträgen über kein PKH-Einkommen i. S. des § 115 ZPO und ist daher bedürftig. Für ihren Antrag auf nahehel. Unterhalt im Verbundverfahren i. H. von 176 € besteht auch Erfolgsaussicht.

Das FamG hat bei seiner Entscheidung übersehen, dass die AGg. nach § 1574 I BGB nach der Scheidung nur einer angemessenen und nicht jeder Tätigkeit nachzugehen hat. Gemäß § 1574 II BGB sind bei der Frage, welche Tätigkeit von ihr auszuüben ist, als subjektive Kriterien ihre Ausbildung, ihre in der Ehe erworbenen Fähigkeiten, der Gesundheitszustand, das Alter und die ehel. Lebensverhältnisse zu prüfen. Wenn jemand wie die AGg. den Beruf einer Hotel- und Gaststättengehilfin gelernt und zeitlebens, d. h. auch in der Ehe, ausgeübt hat, kann von ihr daher nach § 1574 II BGB nicht verlangt werden, dass sie nunmehr in einer anderen Berufssparte als ungelernte Kraft tätig wird. Denn die AGg. hat einen erlernten Beruf, den sie in der Ehe auch ausgeübt hat und der auch den ehel. Lebensverhältnissen entspricht, nachdem ihr Ehemann im Hotelgewerbe tätig ist. Ein Berufswechsel der AGg. könnte damit allenfalls verlangt werden, wenn sie im erlernten und ausgeübten Beruf keine Arbeitsplatzchance hätte und damit nach dem Grundsatz der Eigenverantwortung verpflichtet wäre, eine andere Tätigkeit aufzunehmen. Hierfür bestehen aber keine Anhaltspunkte.

Die Prüfung der Erfolgsaussicht darf nicht dazu führen, dass die Rechtsverfolgung in das summarische Verfahren der PKH vorverlagert wird und dieses dann an die Stelle des Hauptsacheverfahrens tritt (BVerfG, FamRZ 1996, 664). Soweit die AGg. zu dem in ihrem erlernten Beruf erzielbaren fiktiven Einkommen eine Schätzung vornimmt und diesbezüglich eine entsprechende Bestätigung des Arbeitgebers vorlegt, kann damit nicht von vornherein gesagt werden, diese Schätzung sei viel zu niedrig, es sei denn, das Gericht könnte aus eigener Sachkunde ausführen, dass Frauen mit der Berufsausbildung Hotel- und Gaststättengewerbe im Gerichtsbezirk durchschnittlich einschließlich Trinkgeld ein wesentlich höheres Einkommen erzielen können. Das FamG muss vielmehr im Hauptsacheverfahren dem Beweisantrag, bei dem es sich um keinen Ausforschungsbeweis handelt, nachgehen und eine Auskunft beim Arbeitsamt erholen, wenn es den Angaben der AGg. nicht folgen will. Dies müsste es im Übrigen gemäß § 287 ZPO auch von Amts wegen machen, wenn die eigene Sachkunde für eine Schätzung fehlt. Damit ist für die Prüfung der Erfolgsaussicht im PKH-Verfahren von dem von der AGg. angesetzten fiktiven Einkommen auszugehen, woraus sich der beantragte Unterhalt errechnet.

## III.

Zum weiteren Fortgang des Verfahrens weist der Senat vorsorglich auf Folgendes hin:

Nachdem ein Anspruch nach § 1573 II BGB besteht, liegt bei der vorliegenden Fallkonstellation mit einer 16 Jahre dauernden Ehe, aus der ein Kind hervorgegangen ist, das inzwischen in Ausbildung mit eigenem Hausstand lebt, bei dem Alter der AGg. von 44 Jahren ein Grenzfall vor, ob die Voraussetzungen des § 1573 V BGB zu bejahen sind. Dies wird vor allem davon abhängen, ob der AGg. in der Ehe durch Haushaltsführung und Kinderbetreuung berufliche Nachteile entstanden sind.

Soweit die Schätzung eines erzielbaren Einkommens einschließlich Trinkgeld, ggf. nach Erholung der Auskunft des Arbeitsamtes, zu einem höheren Einkommen der AGg. führt, das aber weiterhin unter dem bereinigten Nettoeinkommen des Ast. liegt, wird nicht jeder Einkommensunterschied zu einem Aufstockungsunterhalt führen. Im Hinblick auf den Grundsatz der Eigenverantwortung kann vielmehr nur eine im Verhältnis zum Einkommen der Parteien ins Gewicht fallende Einkommensdifferenz einen Aufstockungsunterhalt begründen. Dies gilt umso mehr, seit der BGH durch die Änderung seiner Rechtsprechung zu den ehel. Lebensverhältnissen die Benachteiligung der Hausfrauen beseitigt hat. Soweit der BGH in FamRZ 1984, 988 f., entschieden hatte, bei einem Einkommen des Pflichtigen von 3.100 DM und der Bedürftigen von 2.700 DM sei ein Unterhalt von 170 DM eine nicht zu vernachlässigende Größe, wird man dem in Hinblick auf die in 20 Jahren erfolgte Inflation bereits nicht mehr folgen können. Das OLG München hat 1997 entschieden, dass ein Aufstockungsunterhalt unter 100 DM generell nicht in Betracht kommt (OLG München, FamRZ 1997, 425; ebenso OLG Düsseldorf, FamRZ 1996, 947). Der BGH sieht bei Berufstätigen einen Erwerbstätigenbonus von bis zu 20 % nach std. Rspr. noch als maßvolle Abweichung vom Grundsatz der Halbteilung an, d. h. er geht für die ehel. Lebensverhältnisse durch den Vorabzug des Erwerbstätigenbonus nicht von einer strikten Halbteilung aus. Unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Eigenverantwortung erscheint es deshalb angemessen, bei der Auslegung des § 1573 II BGB einen Aufstockungsunterhalt unter 10 % des bereinigten Nettoeinkommens der Bedürftigen als vernachlässigbare Größe im Rahmen der gemeinsamen ehel. Lebensverhältnisse anzusehen und deshalb das Vorliegen des Tatbestandes des § 1573 II BGB zu verneinen.