



23. Oktober 2017

Ist Einkommen aus Nebentätigkeit unterhaltsrechtlich relevant?

Bei der Bemessung des unterhaltsrechtlich relevanten Einkommens stellt sich oft die Frage, ob das Einkommen aus einer Nebentätigkeit zum Einkommen gehört. Grundsätzlich ist diese Frage zu verneinen. Unter gewissen Voraussetzungen sind aber Ausnahmen möglich.

I. Was ist eine «Nebentätigkeit»?

Es besteht weder eine Legaldefinition noch wurde in Lehre und Rechtsprechung eine explizite Definition herausgearbeitet.

Der Begriff «Nebentätigkeit» wird jeweils im Vergleich zu einer «Haupttätigkeit» verwendet. Es werden folglich verschiedene Tätigkeiten unterschieden. Wenn eine Person eine «Haupttätigkeit» mit einem 100 %-Arbeitspensum ausübt, wird die darüber hinaus ausgeübte, zusätzliche Tätigkeit als Nebentätigkeit bezeichnet. Es wird jedoch auch dann von Nebentätigkeit gesprochen, wenn eine Person einer Tätigkeit nachgeht, obwohl ihr aufgrund ihrer Betreuungsaufgaben keine oder nur eine Teilzeittätigkeit zuzumuten ist. Diese Nebentätigkeit wird auch als «überobligatorische» Tätigkeit bezeichnet.

Diese Umschreibung weist Lücken auf: Beispielsweise wird stets davon ausgegangen, dass es einen untergeordneten Nebenerwerb gibt, der als überobligatorisch anzusehen ist. Wie es sich bei mehreren Teilzeitstellen verhält, die zusammen ein Arbeitspensum von mehr als 100 % ergeben, ist nicht geklärt. Weiter handelt es sich oft um Anstellungen als Hauswart, Aushilfe im Service oder im Zeitungszustellendienst mit tiefen Arbeitspensum und geringem Gehalt. Wie verhält es sich etwa, wenn die Person mit Freizeitaktivitäten oder Hobbies (Pokerturniere, DJ im Club) ein nicht unerhebliches Einkommen erzielt? Es gibt einige Fragen, die offen sind. Sie sind einzelfallweise zu beantworten.

II. Anrechenbarkeit des Einkommens aus einer Nebentätigkeit

A. Grundsatz der Nichtanrechnung

Massgebend bei der Unterhaltsberechnung ist grundsätzlich das tatsächlich erzielte Einkommen, soweit es aus zumutbarer Erwerbstätigkeit stammt. Von einem Unterhaltspflichtigen darf in der Regel kein Arbeitspensum von mehr als 100 % erwartet werden. Einkommen aus überobligatorischem Arbeitseinsatz ist grundsätzlich nicht an das Einkommen anzurechnen und steht der nebenerwerbstätigen Person ungekürzt zu.

B. Ausnahme der Anrechnung

Damit das Einkommen aus einer Nebentätigkeit angerechnet werden kann, muss die betroffene Person zur Ausübung dieser Nebentätigkeit verpflichtet werden können. Zur Beurteilung dieser Frage kann auf die allgemeinen Grundsätze des Unterhaltsrechts zurückgegriffen werden: Grundvoraussetzungen sind namentlich auch hier, dass die Ausübung der Nebentätigkeit (1) *zumutbar* und (2) *möglich* ist.

Die nachfolgenden Erläuterungen beschränken sich auf das Kriterium der *Zumutbarkeit* als Rechtsfrage:

Bei der Beurteilung der Zumutbarkeit können folgende Elemente von Bedeutung sein: Alter, physische und psychische Gesundheit, bisherige Lebensführung und allfällige Betreuungspflichten. Auch die Veränderung der Verhältnisse aufgrund der Aufhebung eines gemeinsamen Haushalts können in die Beurteilung einfließen, wenn beispielsweise die fragliche Person nach der Trennung Aufgaben selbst übernehmen muss, die sie vorher nicht innehatte.

Die Fortführung einer übermässigen Arbeitsbelastung, welche nicht nur vorübergehend aufgenommen wurde, sondern freiwillig bereits seit längerer Zeit ausgeübt wird, ist in der Regel zumutbar. Hingegen kann eine Person, die bereits ein 100 %-Arbeitspensum ausübt, grundsätzlich nicht verpflichtet werden, eine Nebentätigkeit *neu* aufzunehmen. Wenn eine Person im Hinblick auf die Unterhaltsberechnung eigenwillig eine von ihm seit langer Dauer ausgeübte, zumutbare Nebentätigkeit aufgibt oder reduziert, kann ihm dieses Einkommen als hypothetisches Einkommen aufgerechnet werden.

Das Einkommen aus einer fortgeführten Nebentätigkeit kann jedoch dann nicht als anrechenbar gelten, wenn diese Nebentätigkeit von einer unterhaltsberechtigten Person einzig deshalb aufgenommen wurde, weil der Unterhaltspflichtige ebendieser Pflicht nicht oder nur ungenügend nachgekommen ist. Eine schlechte Zahlungsmoral des Unterhaltspflichtigen soll nicht belohnt werden.

Die Nebenerwerbstätigkeit muss zudem *auf die Dauer der Unterhaltspflicht* zumutbar sein. Denn durch Berücksichtigung des Einkommens aus einer bisher auf Zusehen hin ausgeübten Nebenerwerbstätigkeit wird die unterhaltspflichtige Person faktisch verpflichtet, diese in Zukunft fortzuführen.

Bei der Beurteilung der Zumutbarkeit kann im Sinne der Gleichbehandlung ferner berücksichtigt werden, ob dem anderen Ehegatten ein allfälliges überobligatorisches Einkommen ebenfalls (im Sinne einer Gleichbehandlung) angerechnet wird.

C. Notwendigkeit der Ausübung der Nebentätigkeit als zusätzliche Voraussetzung für die Anrechnung?

Auch wenn eine Nebentätigkeit als zumutbar und möglich eingestuft wird, wird das daraus erwirtschaftete Zusatzeinkommen regelmässig nur bei knappen finanziellen Verhältnissen – wenn die addierten Erwerbseinkommen beider Ehegatten nicht zur Deckung der Bedürfnisse der Familie mit zwei Haushalten ausreicht – berücksichtigt. Das Bundesgericht hat dazu ausgeführt, dass angesichts von angespannten wirtschaftlichen Verhältnissen der Parteien das Obergericht ohne Willkür annehmen durfte, die Verpflichtung eines Ehegatten zur Leistung einer Nebentätigkeit sei besser mit dem Gesetz vereinbar als eine noch empfindlichere Unterdeckung des Notbedarfs.

Dadurch wird jedoch nicht klar, ob die Notwendigkeit des Nebenerwerbseinkommens für die Deckung des Notbedarfs der Familie eine zwingende Voraussetzung für die Anrechenbarkeit des daraus erwirtschafteten Einkommens darstellt.

Diese Frage kann auch mit Blick auf das übrige Unterhaltsrecht nicht eindeutig beantwortet werden. Die Notwendigkeit als Voraussetzung für die Anrechenbarkeit an das unterhaltsrechtlich relevante Einkommen ist im Unterhaltsrecht sonst nicht zu finden. Beispielsweise wird sie bei der ähnlichen Frage der Anrechenbarkeit der Überstundenentschädigung – dabei wird ebenfalls mehr als 100 % gearbeitet – nicht herangezogen, sondern es wird nur auf die Kriterien der Zumutbarkeit und Möglichkeit abgestellt. Gleiches gilt für Zulagen für Schicht- und Nachtarbeit. In analoger Anwendung müsste folglich auch bei der Beurteilung der Anrechenbarkeit des Nebenerwerbseinkommens nicht zusätzlich auf das Kriterium der Notwendigkeit abgestellt werden.

Andererseits sollte – insbesondere im Hinblick auf das Clean Break-Prinzip beim nahehelichen Unterhaltsrecht sowie im Sinne der Gleichbehandlung – ein Unterhaltsberechtigter nicht weiterhin im vollen Umfang von der übermässigen Arbeitsbelastung des anderen profitieren können. In diesem Sinne sollte das Nebenerwerbseinkommen nicht bereits dann als anrechenbar gelten, wenn es grundsätzlich zumutbar und möglich ist und es erscheint folglich sachgerecht, das Einkommen aus der Nebenerwerbstätigkeit nur, sofern dies notwendig ist, anzurechnen.

Allenfalls könnte den Grundsätzen des Unterhaltsrechts dadurch Rechnung getragen werden, dass bei ausreichenden finanziellen Verhältnissen nur einen Teil des Einkommens aus der Nebenerwerbstätigkeit an das unterhaltsrechtlich relevante Einkommen angerechnet wird.

III. Fazit

Das Einkommen aus einer Nebentätigkeit ist grundsätzlich kein unterhaltsrechtlich relevantes Einkommen. Eine Anrechnung kann jedoch erfolgen, sofern es sich um eine zumutbare und mögliche Nebentätigkeit handelt. In der Praxis wird Nebentätigkeitseinkommen nur dann an das unterhaltsrechtlich relevante Einkommen angerechnet, wenn dieses zur Deckung des Notbedarfs notwendig ist. Ob das Erfordernis der Notwendigkeit eine zwingende Voraussetzung der Anrechenbarkeit darstellt

oder ob auch bei ausreichenden oder sogar guten finanziellen Verhältnissen eine Anrechnung des Nebentätigkeitseinkommens erfolgen soll, ist nicht geklärt.

Markus Läufer

Rechtsanwalt, LL.M.
Fachanwalt SAV Familienrecht, Mediator SAV
E-Mail: markus.laeuffer@binderlegal.ch

Claudia Bollmann

Rechtsanwältin
E-Mail: claudia.bollmann@binderlegal.ch

Binder Rechtsanwältin

Langhaus am Bahnhof
CH-5401 Baden
Telefon: +41 56 204 02 00
Fax: +41 56 204 02 01
E-Mail: mail@binderlegal.ch
www.binderlegal.ch