

---

**Datum:** 02.05.2003  
**Gericht:** Oberlandesgericht Hamm  
**Spruchkörper:** 11. Senat für Familiensachen  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 11 UF 218/02  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGHAM:2003:0502.11UF218.02.00

---

**Vorinstanz:** Amtsgericht Ahlen, 12 F 93/2001

---

**Tenor:**

Auf die Berufung des Beklagten und die Anschlussberufung der Klägerin wird das am 29.05.2002 verkündete Schlussurteil des Amtsgerichts – Familiengericht – Ahlen für die Zeit ab Oktober 2002 teilweise abgeändert und insoweit wie folgt neu gefasst:

Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin für die Zeit ab Oktober 2002 unter Einschluss der durch das Teil-Versäumnisurteil des Amtsgerichts Ahlen vom 15.03.2002 titulierten Beträge wie folgt Kindesunterhalt zu zahlen:

1. für Lisa:

a)

für die Zeit von Oktober 2002 bis Februar 2003 monatlich 269,- €;

b)

für März 2003 218,50 €;

c)

ab April 2003 monatlich 189,50 €;

2. für Daniel:

a)

für die Zeit von Oktober 2002 bis Februar 2003 monatlich 176,39 €, davon je 111,- € an das Land Nordrhein Westfalen zu Händen der Stadt X;

b)

für März 2003 143,67 €, davon 111,- € an das Land Nordrhein Westfalen zu Händen der Stadt X;

c)

ab April 2003 monatlich 143,67 €, den Betrag für April in Höhe von 111,- € an das Land Nordrhein Westfalen zu Händen der Stadt X.

Die weitergehende Klage wird abgewiesen.

Die weitergehende Berufung wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass der Unterhalt für E für die Zeit von Juni 2001 bis September 2002 im Umfang der Unterhaltsvorschussleistung an das Land Nordrhein Westfalen zu Händen der Stadt X zu zahlen ist.

Ebenso wird die weitergehende Anschlussberufung zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits werden der Klägerin zu 1/5 und dem Beklagte zu 4/5 auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

---

## **Tatbestand**

1

Die Parteien sind seit dem 04.05.2002 rechtskräftig geschiedene Eheleute. Sie streiten um Unterhalt für die beiden aus der Ehe stammenden Kinder, die seit der Trennung bei der Klägerin leben und von dieser betreut werden. M ist am xxx, geboren, E am xxx. Im einzelnen liegt folgendes zu Grunde:

2

Die Parteien haben 1987 geheiratet. Der Beklagte, gelernter Metzger, hat zunächst in diesem Beruf gearbeitet, ist 1989 aber zur Fa. I und später zur N GmbH (N) gewechselt. Der Arbeitsvertrag mit MHP ist im Mai 2000 – wohl im Zuge von Rationalisierungsmaßnahmen – gegen Zahlung einer Abfindung von brutto 21.000,- DM aufgehoben worden. Nahtlos anschließend hat der Beklagte dann eine Stelle als Müllwerker in N2 gefunden. Der Vertrag war aber befristet und lief Ende Mai 2001 aus. Seither ist der Beklagte mit zwei kurzen Unterbrechungen arbeitslos. Eine am 13.05.2002 bei einer Personalleasingfirma angetretene Stelle hat er zum 30.06.2002 wieder verloren; ein weiterer Arbeitsvertrag mit der Fa. G GmbH hat am 10.09.2002 begonnen und ist zum 04.11.2002 wieder beendet worden. Wegen des

3

dort verdienten Arbeitslohns muss der Beklagte vollstrecken. Bisherige Vollstreckungsversuche waren erfolglos. Eine neue Stelle hat er bis heute nicht gefunden.

Die Klägerin hat ihre Arbeit nach der Eheschließung aufgegeben, ab 1994 aber wieder halbschichtig und ab 1997 sogar vollschichtig gearbeitet. Nach der Geburt des Sohnes E am 25.07.1999 hat sie ihre Tätigkeit ab November 1999 auf ein halbe Stelle reduziert, sechs Monate später aber wieder zu vollschichtiger Tätigkeit ausgeweitet.

Während der Ehe haben die Parteien eine Eigentumswohnung angeschafft. Nach dem Trennungsentschluss im August 2000 hat der Beklagte die Wohnung verlassen und ist nach I2 umgezogen. Im Zuge der Vermögensauseinandersetzung hat er mit Vertrag vom 03.09.2001 seinen Miteigentumsanteil auf die Klägerin übertragen und dafür eine Ausgleichszahlung von 24.000,- DM erhalten.

Nach der Trennung – er arbeitete zu dieser Zeit als Müllwerker in N2 – hat er für Lisa monatlich 296,- DM und für E monatlich 220,- DM Kindesunterhalt gezahlt. Ab Februar 2001 hat die Klägerin dann höheren Unterhalt nach Einkommensgruppe 3 in Höhe von 447,- DM für M (492,- DM ./ 45,- DM Kindergeldanteil) und in Höhe von 345,- DM für E verlangt (405,- DM ./ 60,- DM Kindergeldanteil). Der Berechnung hat sie zu Grunde gelegt, dass der Kläger sein laufendes Erwerbseinkommen aus der im Mai 2000 erhaltenen Abfindung auf monatlich 2.550,- DM aufstocken müsse.

Der Beklagte hat demgegenüber geltend gemacht, er habe bis einschließlich Mai 2001 die bestehenden Ansprüche bereits erfüllt. Für die Zeit ab Juni 2001 hat er sich wegen des Verlustes seiner Arbeitsstelle als Müllwerker auf gänzliche Leistungsunfähigkeit berufen und dazu behauptet, die Abfindung aus Mai 2000 sei für andere Zwecke verbraucht worden.

Der Senat hat dem Beklagten zur Abwehr der Klage teilweise Prozesskostenhilfe bewilligt. Auf den Beschluss Bl. 56 ff. GA wird Bezug genommen. Da der Beklagte Klageabweisung dann nur im Umfang der PKH-Bewilligung beantragt hat, ist der Klage im übrigen durch ein inzwischen rechtskräftiges Teil-Versäumnisurteil vom 15.03.2002 stattgegeben worden ist. Danach hat der Beklagte zu zahlen:

a) für M:

- für Februar bis Mai 2001 restliche 488,- DM;
- für Oktober und November 2001 monatlich 341,- DM
- ab April 2002 monatlich 341,- DM

b) für E:

- für Februar bis Mai 2001 restliche 496,- DM;
- für Oktober und November 2001 monatlich 281,- DM
- ab April 2002 monatlich 281,- DM

Dabei ist das Amtsgericht entsprechend den übereinstimmenden Angaben der Parteien davon ausgegangen, dass der Beklagte für die Zeit von Dezember 2001 bis März 2002 monatlich jeweils 622,- DM Unterhalt gezahlt habe, der Anspruch im Umfang des durch Versäumnisurteils zu bescheidenden Anspruchs also erfüllt sei.

Danach hat die Klägerin beantragt,

den Beklagten unter Einschluss des Teil-Versäumnisurteils zu folgenden Unterhaltszahlungen zu verurteilen:	15
1.	16
für M für die Zeit von 02/01 bis 05/01 insgesamt 604,- DM nebst Zinsen in Höhe von 5 % über dem Basiszinssatz ab dem 01.06.2001 und ab 06/01 monatlich 447,- DM;	17
2.	18
für E für die Zeit von 02/01 bis 05/01 insgesamt 500,- DM nebst Zinsen in Höhe von 5 % über dem Basiszinssatz ab dem 01.06.2001 und ab 06/01 monatlich 345,- DM.	19
Der Beklagte hat beantragt,	20
die Klage abzuweisen.	21
Das Amtsgericht hat darüber Beweis erhoben, ob der Beklagte die Abfindung der Fa. N zu seiner Verfügung erhalten habe, und der Klage in vollem Umfang stattgegeben, soweit darüber nicht bereits durch das Versäumnisurteil entschieden war. Es hat ausgeführt, da die Kinder nur das Existenzminimum verlangten, müsse der Beklagte alle verfügbaren Mittel einsetzen, um diesen Bedarf sicher zu stellen. Da er neben dem ihm ab Oktober 2001 fiktiv zuzurechnenden Einkommen die Abfindung und zusätzlich die Mittel aus der Vermögensauseinandersetzung zur Verfügung gehabt habe, sei er als hinreichend leistungsfähig anzusehen.	22
Gegen dieses Urteil wendet sich der Beklagte mit seiner Berufung, mit der er die Abweisung der Klage erreichen will, soweit darüber nicht durch rechtskräftiges Versäumnisurteil entschieden ist. Er macht folgendes geltend:	23
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Die Unterhaltsansprüche von E seien auf das Land übergegangen, weil dieser Leistungen nach dem UVG beziehe.</li> <li>• Für die Zeit von Februar bis Mai 2001 seien bei der Einkommensermittlung Fahrtkosten abzuziehen, denn er sei entgegen den Ausführungen im Urteil (und im Senatsbeschluss) nicht zum Umzug nach N2 verpflichtet gewesen, solange er dort keine feste Stelle gehabt habe.</li> <li>• Ihm sei auch mehr als der notwendige Selbstbehalt zu belassen, weil die Klägerin über eine Eigentumswohnung verfüge und deutlich mehr als er selbst verdiene, nämlich pro Monat rund 1.640,- €. Darüber hinaus habe sie im Jahre 2001 eine Steuererstattung von wenigstens 3.000,- DM erhalten.</li> <li>• Zu einer Aufstockung seines Verdienstes aus der Abfindung sei er nicht verpflichtet, denn diesen Betrag habe er zur Ablösung eines ehebedingten Kredits verwendet und im übrigen ausgegeben, was nicht vorwerfbar sei, nachdem er unmittelbar im Anschluss an die Vertragsaufhebung eine andere Arbeitsstelle gefunden habe. Zumindest sei zu beachten, dass er von diesem Geld während der Sperrfrist für die Zahlung von Arbeitslosengeld ab Juni 2001 leben müssen.</li> <li>• Auch die Zahlung von bisher 20.000,- DM aus der Vermögensauseinandersetzung sei zur Begleichung von Anwaltskosten, zum Leben und zur Zahlung von Unterhalt verbraucht.</li> <li>• Seiner Verpflichtung zur Bemühung um eine neue Arbeitsstelle sei er nachgekommen und habe am 13.05.2002 und am 10.09.2002 jeweils eine neue Arbeitsstelle antreten können, beide aber wieder durch Kündigung innerhalb der Probezeit verloren.</li> </ul>	24

• Am 06.09.2002 habe er erneut geheiratet und sei auch seiner zweiten Ehefrau unterhaltspflichtig, weil diese krankheitsbedingt nicht erwerbstätig sein könne.	
Der Beklagte beantragt,	25
die Klage abändernd abzuweisen, soweit ihr nicht durch Teil-Versäumnisurteil vom 15.03.2002 stattgegeben worden ist.	26
Die Klägerin beantragt,	27
a)	28
die Berufung mit der Maßgabe zurückzuweisen, dass der Unterhalt für E bis einschließlich April 2003 im Umfang der Unterhaltsvorschussleistung an das Land NRW zu Händen des Kreises X gezahlt werden solle,	29
b)	30
den Beklagten im Wege der Anschlussberufung zu verurteilen, für M ab Oktober 2002 unter31 Einschluss der beiden Urteile des Amtsgerichts monatlich 269,- € zu zahlen.	31
Sie verteidigt das Urteil des Amtsgerichts unter Wiederholung ihres bisherigen Vorbringens. Sie bestreitet die Bedürftigkeit der zweiten Ehefrau des Beklagten. Dem Einwand des Anspruchsübergangs nach dem UVG hat sie durch eine Umstellung des Antrags Rechnung getragen. Sie macht geltend, sie sei angesichts der gleichzeitigen Betreuung ihrer Kinder nicht nur überobligatorisch tätig, sondern auch gesundheitlich überfordert, so dass nicht in Betracht komme, dem Beklagten mehr als den notwendigen Selbstbehalt zu belassen.	32
Zur Begründung der Anschlussberufung verweist sie darauf, dass M schon im Januar 2001 12 Jahre alt geworden sei und daher nunmehr Unterhalt nach Altersstufe 3 in Höhe von monatlich 269,- € verlangen könne.	33
Der Beklagte beantragt,	34
die Anschlussberufung zurückzuweisen.	35
Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf den vorgetragenen Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.	36
<b><u>Entscheidungsgründe</u></b>	37
A.	38
Berufung und Anschlussberufung sind zulässig. Die Klägerin hat glaubhaft gemacht, dass die Anschlussberufung bereits am 10.10.2002 und damit rechtzeitig innerhalb des Frist des § 524 Abs. 2 ZPO per Fax beim OLG eingegangen ist.	39
B.	40
In der Sache haben Berufung und Anschlussberufung teilweise Erfolg.	41
Der Beklagte zieht nicht in Zweifel, seinen Kindern gemäß den §§ 1601 ff. Unterhalt zu schulden. Bis einschließlich Februar 2003 kann er trotz geringer laufender Einkünfte die geltend gemachten Regelbeträge aufbringen, weil ihm Vermögen zuzurechnen ist, das er für	42

den Kindesunterhalt einzusetzen hat.

Ab März 2003 sind die titulierten Beträge hingegen herabzusetzen, weil das Kapital verbraucht ist und das zuzurechnende fiktive Einkommen nicht ausreicht, um den Gesamtbedarf aller Berechtigten zu erfüllen. Insoweit hat die Berufung teilweise Erfolg, während die Anschlussberufung zurückzuweisen ist. Im einzelnen ist folgendes auszuführen: 43

### **1. Berechtigung der Klägerin zur Geltendmachung der Ansprüche für E:** 44

Die Klägerin ist berechtigt, die Unterhaltsansprüche von E geltend zu machen, auch wenn sie für diesen seit Juni 2001 – mit Ausnahme weniger Monate – fortlaufend Leistungen nach dem Unterhaltsvorschussgesetz bezogen hat. Zwar haben die Zahlungen gemäß § 7 UVG zum Übergang des Unterhaltsanspruch auf das Land Nordrhein-Westfalen geführt, die Klägerin kann den Prozess aber gemäß § 265 Abs. 2 ZPO fortführen, soweit der Anspruchsübergang nach Rechtshängigkeit erfolgt ist. Da der Bescheid über die Gewährung vom 17.07.2001 (Bl. 3 der Anlagen zum Ss. vom 21.02.03) stammt und die Klage am 25.07.2001 zugestellt worden ist, geht der Senat davon aus, dass auch die Zahlungen für Juni und Juli 2001 erst nach Eintritt der Rechtshängigkeit erfolgt sind. 45

Dem Anspruchsübergang hat die Klägerin in zweiter Instanz dadurch Rechnung getragen, dass sie im Umfang des Übergangs Zahlung an das Land NRW beantragt hat. 46

### **2. Zur Höhe der Ansprüche:** 47

Die Klägerin verlangt für ihre Kinder nur den Regelbetrag (Einkommensgruppe 1 der Düsseldorfer Tabelle), der ohne Darlegung der Einkommensverhältnisse des Verpflichteten geltend gemacht werden kann. Für E sind das – bezogen auf die bis zum 01.07.2001 geltende Tabelle - 355,- DM ./. 10,- DM Kindergeldanteil = 345,- DM, für die ab Januar 2001 12-jährige M 510,- DM und ab dem 01.01.2002 269,- €, jeweils ohne Kindergeldabzug. Dass für M bis einschließlich September 2002 monatlich nur 447,- DM geltend gemacht werden, begünstigt den Beklagten. 48

Hinsichtlich der Frage, inwieweit der Beklagte die geltend gemachten Beträge aufbringen kann (Leistungsfähigkeit), ist nach Zeitabschnitten zu unterscheiden. 49

#### **2.1 Februar bis Mai 2001:** 50

a) Einkommen des Beklagten: 51

aa) 52

Es ist unstreitig, dass der Beklagte ein durchschnittliches Nettoeinkommen von 2.263,- DM erzielt hat. 53

bb) 54

Die Berufung macht geltend, abweichend vom PKH-Beschluss des Senats und dem Urteil des Amtsgerichts seien Fahrtkosten zu berücksichtigen, weil der Beklagte angesichts des befristeten Arbeitsvertrages mit den Abfallbetrieben in N2 ein Umzug an den Arbeitsort nicht zuzumuten gewesen sei. Auch wenn der tatsächlich erfolgte Umzug nach I2 unterhaltsrechtlich nicht zu akzeptieren sei, müsse er doch wenigstens so behandelt werden, als hätte er sich nach der Trennung eine neue Wohnung am bisherigen Wohnort E gesucht. 55

Dieser Einwand ist berechtigt. Wenn der Senat im PKH-Beschluss ausgeführt hat, dass der Beklagte im Rahmen des tatsächlich erfolgten Umzugs eine Wohnung am Arbeitsort hätte wählen müssen, so ist dabei die Befristung des Arbeitsvertrages mit den Abfallbetrieben außer Betracht geblieben. Zwar ist zur Minimierung berufsbedingter Aufwendungen grundsätzlich zumutbar, an den Arbeitsort umzuziehen, dies aber nur, wenn es sich um eine **dauerhafte Stellung** handelt und keine maßgeblichen persönlichen Interessen entgegenstehen. Deshalb kann der Beklagte statt der tatsächlich angefallenen Fahrtkosten für die Strecke I2/N2 (40 km) die Kosten geltend machen, die angefallen wären, wenn er sich eine neue Wohnung an seinem bisherigen Lebensmittelpunkt, also in E gesucht hätte.

Dass die Fahrtstrecke nach N2 dann 25 km betragen hätte, wird nicht bestritten. Also sind 57  
Fahrtkosten von monatlich 385,- DM abzuziehen (25 km \* 2 \* 220 Tage \* 0,42 DM : 12  
Monate), so dass sich das anrechenbare Einkommen auf 1.878,- DM verringert.

cc) 58

Der Beklagte macht zwar geltend, ihn drückten Kreditraten von monatlich 234,- DM, 59  
begründet die Notwendigkeit der Kreditaufnahme aber nicht (Bl. 138). Schulden können aber  
nur berücksichtigt werden, wenn ihre Eingehung unabweisbar gewesen ist. Das lässt sich  
hier nicht feststellen.

b) 60

Der Beklagte meint, ihn treffe keine gesteigerte Unterhaltspflicht, weil die Klägerin in deutlich 61  
besseren Vermögensverhältnissen lebe und deshalb als anderer unterhaltspflichtiger  
Verwandter im Sinne von § 1603 Abs. 2 BGB anzusehen sei. Ihm müsse daher der  
**angemessene** Selbstbehalt von 1.800,- DM verbleiben. Dem ist nicht zu folgen.

Zwar kann auch der Elternteil, der das Kind betreut und damit seine Unterhaltspflicht gemäß 62  
§ 1606 Abs. 3 BGB durch Pflege und Erziehung des Kindes erfüllt, zusätzlich zum  
Barunterhalt herangezogen werden, wenn sein Einkommen das des anderen Elternteils  
nachhaltig und **deutlich** übersteigt (BGH FamRZ 80, 994; 1998, S. 288). Wann diese Grenze  
überschritten ist, ist allerdings nicht in Prozentzahlen festgelegt, sondern im Einzelfall zu  
bestimmen. Der BGH begnügt sich mit der Formulierung, die Inanspruchnahme des nicht  
betreuenden Elternteils zum Barunterhalt dürfe nicht zu einem **erheblichen finanziellen**  
**Ungleichgewicht** zwischen den Eltern führen. Hier liegt ein solcher Fall nicht vor.

Die Klägerin hat ausweislich der Gehaltsabrechnung für Dezember 2001 im Jahr 2001 63  
durchschnittlich 2.814,61 DM verdient. Davon sind als berufsbedingte Aufwendungen zum  
einen die Fahrtkosten und zum anderen die Kindergartenbeiträge von E abzusetzen, denn  
die Klägerin könnte nicht arbeiten, wenn dessen Betreuung nicht sichergestellt wäre.

Die - streitige - Fahrtstrecke von E nach N2 bemisst der Senat mit 15 km, dem im 64  
Steuerbescheid für 2002 vom Finanzamt anerkannten Betrag. Bei Zugrundelegung einer  
Kilometerpauschale von 0,45 DM (arithmetisches Mittel aus 0,42 DM und 0,48 DM) ergeben  
sich bei 220 Arbeitstagen monatliche Kosten von 247,50 DM.

Die Höhe des Kindergartenbeitrags ist für das Jahr 2002 mit 70,56 € nachgewiesen worden. 65  
Für 2001 rechnet der Senat daher mit 135,- DM.

Zieht man die beiden Beträge ab, verbleibt ein Einkommen von 2.432,11 DM, das wegen 66  
überobligatorischer Erwerbstätigkeit noch um einen Betreuungsbonus von 200,- DM pro Kind

zu bereinigen ist. Zwar hat die Klägerin seit 1994 halbschichtig und ab 1997 mit einer kurzen Unterbrechung anlässlich von E Geburt vollschichtig gearbeitet, das führt aber nicht zwingend dazu, die Einkünfte insgesamt als prägend anzusehen, denn mit der Trennung haben sich die Verhältnisse maßgeblich verändert, weil eine Aufteilung der Hausarbeit nicht mehr möglich ist. Der Senat hält daher für gerechtfertigt, der Klägerin pro Kind einen Betrag von 200,- DM anrechnungsfrei zu belassen.

Dann verbleiben rund 2.032,- DM. Dazu ist die vom Beklagten behauptete Steuererstattung von monatsanteilig 250,- DM (3.000,- DM : 12 Monate) zu addieren, weil der tatsächliche Erstattungsbetrag nicht nachgewiesen ist. 67

Ein Wohnwert ist hingegen nicht hinzuzurechnen, denn es ist nicht ersichtlich, dass der Mietwert der Eigentumswohnung die dafür anfallenden Lasten übersteigt. 68

Insgesamt ergibt sich dann ein anrechenbares Einkommen von 2.282,- DM, so dass die Einkünfte der Klägerin die des Beklagten (1.878,- DM) um rund 20 % übersteigen. Damit sind sie keinesfalls **deutlich höher** im Sinne der Rechtsprechung des BGH. 69

c) 70

Da § 1603 Abs. 2 BGB zur Anwendung kommt, ist dem Beklagten nur der notwendige Selbstbehalt von monatlich 1.500,- DM zu belassen, so dass er aus dem laufenden Einkommen für Unterhaltungszwecke 378,- DM aufbringen kann. 71

Der Bedarf der beiden Kinder beträgt zwar 792,- DM (345,- DM + 447,- DM), kann aber dennoch befriedigt werden, weil der Beklagte verpflichtet ist, sein Einkommen aus dem vorhandenen Vermögen aufzustocken. 72

aa) 73

Nach den in erster Instanz getroffenen Feststellungen hat der Beklagte aus Anlass seines Ausscheidens bei der Fa. N eine Abfindung von netto 16.989,89 DM erhalten (Bl. 77 GA). Daraus hat er wie folgt ehebedingte Schulden abgetragen: 74

Nettosumme 16.989,89 DM 75

./. Steuernachzahlung (Bl. 156) 1.518,10 DM 76

./. Kreditablösung (Bl. 121) 5.573,85 DM 77

verbleiben 9.897,94 DM 78

bb) 79

Abfindungen haben Lohnersatzfunktion. Sie sind in diesem Fall vom Unterhaltsschuldner **zur Aufstockung seiner Einkünfte** auf die Höhe des bisherigen Nettogehaltes einzusetzen. 80

(1) 81

Das frühere Einkommen bei der Fa. N ergibt sich aus der in zweiter Instanz vorgelegten Gehaltsabrechnung für Dezember 1999. Sie weist ein steuerpflichtiges Bruttoeinkommen von 52.291,10 DM aus. Das sind durchschnittlich 4.358,00 DM. Davon wären bei Versteuerung nach Steuerklasse 1 (wie ab 2001 erforderlich) und einem angenommenen Beitragssatz von 13,9 % für die Krankenkasse (wie 2002), monatlich 2.663,88 DM verblieben: 82

Bruttolohn 4.358,00 DM	83
./ Lohnsteuern (Steuerklasse 1/1) 706,66 DM	84
./ Kirchsteuern 55,68 DM	85
./ SoliZ 34,03 DM	86
./ KV-Beitrag 302,88 DM	87
./ RV-Beitrag 416,19 DM	88
./ AV-Beitrag 141,64 DM	89
./ PV-Beitrag <u>37,04 DM</u>	90
Nettoverdienst 2.663,88 DM	91
Der Gewerkschaftsbeitrag und die vermögenswirksamen Leistungen sind nicht abzuziehen, weil diese Lasten jedenfalls durch die steuerfreien Bezüge kompensiert werden, die im Jahr 1999 rund 900,- DM betragen haben.	92
(2)	93
Aus einem Einkommen von 2.663,88 DM hätten die geltend gemachten Regelbeträge ohne weiteres aufgebracht werden können. Also hat der Beklagte die Abfindung einzusetzen, um sein Einkommen so aufzustocken, dass er wie früher den Regelbetrag zur Verfügung stellen kann.	94
cc)	95
Der Beklagte kann sich nicht darauf berufen, den nach Ablösung von Schulden verbliebenen Rest der Abfindung für eigene Zwecke (Kauf eines neuen Autos) verbraucht zu haben. Auch wenn er nahtlos eine neue Stelle gefunden hatte, musste er die Abfindung zur Sicherstellung des Unterhalts in bisheriger Höhe aufsparen bzw. einsetzen, zum einen für den Ausgleich der aktuellen Einkommenseinbuße, zum anderen für den Fall künftiger Arbeitslosigkeit, der im Hinblick auf die Befristung des Arbeitsvertrages als Müllwerker nicht auszuschließen war. Also war der Verbrauch der Abfindung für andere Zwecke unterhaltsrechtlich leichtfertig und ist daher nicht anzuerkennen.	96
dd) Einsatz der Abfindung:	97
Um den verlangten Kindesunterhalt aufzubringen, waren aus der Abfindung zu entnehmen:	98
zu zahlen (4 * (345,- DM + 447,- DM)) 3.168,00 DM	99
verfügbar (4 * 378,- DM) <u>1.512,00 DM</u>	100
Differenz 1.656,00 DM	101
Zieht man diesen Betrag von der fiktiv zuzurechnenden Abfindung von 9.897,94 DM ab, verbleibt ein weiter einsetzbarer Rest von 8.241,94 DM.	102
<b>2.2 Ansprüche für Juni 2001:</b>	103

a)	104
Der Beklagte hat keine Einkünfte gehabt, weil vom Arbeitsamt wegen der im Jahr 2000 erhaltenen Abfindung eine Sperrfrist verhängt worden ist (Bl. 120). Da ihm aber die (verbrauchte) Abfindung der Fa. N aus den oben erörterten Gründen weiter fiktiv zuzurechnen ist, ist er weiter als leistungsfähig zu behandeln.	105
Sein eigener Mindestbedarf ist im Hinblick auf die Arbeitslosigkeit nur mit 1.300,- DM anzusetzen, der Bedarf der Kinder in Höhe der geltend gemachten Beträge von 345,- DM und 447,- DM. Um diesen Bedarf zu decken, waren aus der Abfindung 2.092,- DM zuzuschießen.	106
Die Abfindung verringert sich daher von 8.241,94 DM auf 6.149,94 DM.	107
<b>2.3 Ansprüche für Juli bis September 2001:</b>	108
a)	109
Bis zum 22.08.2001 war der Beklagte wegen der Fortdauer der Sperrfrist weiter ohne Einkommen und hat erst ab dem 23.08.2001 Arbeitslosengeld von täglich 46,77 DM bezogen (Bl. 55). Für die Zeit bis einschließlich September waren das:	110
39 Tage * 46,77 DM 1.824,03 DM	111
b)	112
Auch wenn der Selbstbehalt für Erwerbstätige ab dem 01.07.2001 auf 1.640,- DM angehoben worden ist, hätte das frühere Einkommen von 2.663,88 DM weiter ausgereicht, um die Regelbeträge von 345,- DM und 447,- DM zu zahlen, denn für Unterhaltungszwecke hätten 1.023,88 DM zur Verfügung gestanden.	113
Also liegen weiter die Voraussetzungen vor, den Einsatz der Abfindung <b>zur vollen Aufbringung der Regelbeträge</b> zu verlangen.	114
c)	115
Der notwendige Selbstbehalt des Beklagten, der in dieser Zeit noch nicht wieder gearbeitet hat, ist entsprechend den höheren Sätzen der Hammer Leitlinien mit 1.425,- DM anzusetzen; der Bedarf der Kinder beträgt nach wie vor 792,- DM. Also waren folgende Beträge zuzuschießen:	116
Bedarf (3 * (1.425,- DM + 792,- DM)) 6.651,00 DM	117
./.. verfügbares Arbeitslosengeld <u>1.824,03 DM</u>	118
Zuschussbedarf 4.826,97 DM	119
Die Abfindung ist damit bis auf 1.322,97 DM verbraucht (6.149,94 DM ./.. 4.826,97 DM).	120
<b>2.4 Ansprüche für Oktober bis Dezember 2001:</b>	121
a) Einkommen des Beklagten:	122
Im PKH-Beschluss vom 16.11.2001 hat der Senat ausgeführt, dass ab Oktober 2001 die Voraussetzungen für die Zurechnung fiktiver Einkünfte wegen Verletzung der	123

Erwerbsobliegenheit vorlägen. Daran ist nicht festzuhalten, nachdem geklärt ist, dass dem Beklagten weitere Geldmittel aus der Abfindung und der vermögensrechtlichen Auseinandersetzung der Eheleute zur Verfügung gestanden haben.

Der Beklagte kann sich weder auf den Verbrauch der Abfindung (s.o.) noch auf den Verbrauch der 24.000,- DM berufen, die ihm aus der Vermögensauseinandersetzung mit der Klägerin zugeflossen sind, denn beim Verwandtenunterhalt und insbesondere beim Kindesunterhalt ist die Verwertung des Vermögensstammes geboten, wenn sonstige Mittel zum Unterhalt nicht ausreichen, wie sich aus § 1603 Abs. 2 BGB und daraus ergibt, dass das Gesetz keine allgemeine Billigkeitsgrenze wie in § 1581 S. 2 BGB vorsieht. Einschränkungen bei der Vermögensverwertung können sich nur daraus ergeben, dass auch der eigene angemessene Unterhalt des Pflichtigen gewahrt bleiben muss. Vermögen, dessen Einkünfte zur Erfüllung weiterer Verbindlichkeiten oder des eigenen Bedarfs benötigt wird, braucht deshalb nicht für den Unterhalt eingesetzt zu werden (vgl. Kalthoener/Büttner, Die Rechtsprechung zur Höhe des Unterhalts, 8. Auflage, Randnummer 769). 124

Dass der Einsatz des Vermögens vom Beklagten für die Zukunft eingeplant war und erforderlich gewesen wäre, ist nicht ersichtlich. Daher ist das aus Anlass der Trennung erworbene Vermögen wie die Abfindung einzusetzen, um wenigstens den Mindestunterhalt zu leisten, wie das nach dem früheren eheprägenden Verdienst möglich war. 125

Muss der Beklagte sich aber so behandeln lassen, als könne er über das verbrauchte Vermögen noch verfügen, dann ist ihm in Anbetracht der Wechselwirkung zwischen den Verpflichtungen zur Vermögensverwertung bzw. zum Einsatz der Arbeitskraft für die Suche nach einem neuen Arbeitsplatz mehr Zeit zuzubilligen als einem mittellosen Unterhaltsschuldner. Da er schließlich zum 13. Mai 2002 eine neue Stelle gefunden hat, ist unter den hier gegebenen Umständen ein Verstoß gegen die Verpflichtung zu hinreichenden Erwerbsbemühungen noch nicht anzunehmen. Also scheidet eine **doppelt fiktive Veranlagung**, wie vom Amtsgericht angenommen, aus. 126

Also sind nur die tatsächlichen erzielten Einkünfte zu berücksichtigen und aus dem zuzurechnenden Vermögen aufzufüllen. Das tatsächliche Einkommen aus Lohnersatzleistungen des Arbeitsamtes hat betragen: 127

92 Tage \* 46,77 DM = 4.302,84 DM 128

b) 129

Als Differenz zwischen Bedarf und Einkommen ergibt sich folgender Betrag: 130

Bedarf (3 \* (1.425,- DM + 792,- DM)) 6.651,00 DM 131

Einkommen 4.302,84 DM 132

Differenz 2.348,16 DM 133

Auch wenn die fiktiv zuzurechnende Abfindung der Fa. N2 zu diesem Zeitpunkt schon bis auf 1.322,97 DM verbraucht war, so dass eine Lücke von 1.025,19 DM blieb, hat das Amtsgericht die geltend gemachten Beträge zu Recht zugesprochen, denn diesen Betrag konnte der Beklagte aus den 24.000,- DM entnehmen, die ihm aus der Auseinandersetzung über die Eigentumswohnung zugeflossen sind. 134

135

8.000,- DM waren schon am 15.09.2001 fällig und weitere 8.000,- DM am 15.12.2001 (Bl. 66, 67). Also stand genügend Geld zur Verfügung, auch wenn man berücksichtigt, dass der Beklagte daraus Notar- und Anwaltskosten von 261,76 DM (Bl. 161) und 2.127,20 DM (Bl. 157) zu begleichen hatte.

Aus dem Betrag von 24.000,- DM sind dem Beklagten nach Abzug der Anwalts- und Notarkosten 21.611,04 DM verblieben. Zieht man davon die oben errechneten 1.025,19 DM ab, bleibt ein zuzurechnendes Restvermögen von **20.585,85 DM**. 136

**2.5 Ansprüche für die Zeit vom 01.01.2002 bis zum 05.09.2002 (Heirat):** 137

a) 138

Die tatsächlichen Einkünfte des Beklagten haben betragen: 139

01.01. bis 12.05.02 (132 Tage \* 24,03 €, Bl. 128) 3.171,96 € 140

13.05. bis 31.05.02 (Bl. 139) 638,33 € 141

01.06. bis 30.06.02 (Bl. 140) 1.161,66 € 142

01.07. bis 08.07.02 (Bl. 142) 215,44 € 143

10.07. bis 05.09. (58/62 von 1.065,54 €, Bl. 155) 996,80 € 144

6.184,19 € 145

b) 146

Der Bedarf der Kinder ist fortzuschreiben – mehr wird nicht geltend gemacht -, aber auf Euro umzurechnen. Für M fallen 447,- DM = 228,55 € an, für E 345,- DM = 176,39 €. 147

c) Einsatz des Vermögens: 148

aa) Bedarf des Beklagten. 149

01.01. bis 12.05.02 (132 Tage \* 730/30 €) 3.211,99 € 150

13.05. bis 30.06.02 (49 Tage \* 840/30 €) 1.372,00 € 151

01.07. bis 05.09.02 (67 Tage \* 730/30 €) 1.630,33 € 152

zusammen 6.214,32 € 153

bb) Bedarf der Kinder: 154

M (8 \* 228,55 € + 5/30 \* 228,55 €) 1.866,49 € 155

E (8 \* 176,39 € + 5/30 \* 176,39 €) 1.440,52 € 156

cc) Gesamtbedarf 9.521,33 € 157

./. verfügbares Einkommen 6.184,19 € 158

Differenz 3.337,14 € 159

Aus der Vermögensauseinandersetzung sind dem Beklagten, wie oben aufgeführt, restliche **20.585,85 DM** = 10.525,38 € zuzurechnen. Nach Abzug des Auffüllungsbetrages von 3.337,14 € bleiben restliche **7.188,24 €**. 160

## **2.6 Ansprüche für die Zeit vom 06.09. bis 30.09.2002:** 161

### a. Einkommen des Beklagten: 162

Ausweislich der Verdienstabrechnungen Bl. 199 ff. hat der Beklagte vom 10.09.02 bis zum 04.11.02 folgende Einkünfte erzielt: 163

September 910,72 € 164

Oktober 1.432,56 € 165

November 75,56 € 166

Insgesamt 2.418,84 € 167

Da er vom 10.09. bis zum 04.11. tätig war, errechnet sich ein durchschnittliches Nettoeinkommen von 1.295,80 € ( $2.418,80 : 56 \text{ Tage} * 30 \text{ Tage}$ ). 168

Da der Beklagte tatsächlich aber nur 612,- € erhalten hat, wie sich aus seinen glaubhaften Angaben im Senatstermin ergibt, und offen ist, ob er den restlichen Lohnanspruch wird durchsetzen können, ist nur mit dem tatsächlich verfügbaren Betrag von 612,- € zu rechnen, der auf die gesamte Beschäftigungszeit umzulegen ist. Für die Zeit vom 10. bis 30.09.02 sind das 229,57 € ( $21/56$  von 612,- €). 169

Dazu kommt die Krankengeldzahlung für die Zeit vom 06. bis zum 09.09.2002 in Höhe von  $4/62$  von 1.065,54 € = 68,74 €. Zusammen sind das 298,31 €. 170

### b) 171

Der Bedarf der Kinder ist mit den bisherigen Beträgen anzusetzen. 172

### c) 173

Der Beklagte hat am 06.09.2002 zum zweiten Mal geheiratet. Nach der Beweisaufnahme steht fest, dass seine zweite Ehefrau weder Einkommen noch Vermögen hat und von ihm in vollem Umfang unterhalten werden muss. Ihr Bedarf ist wie der der übrigen Berechtigten mit dem Mindestbedarf anzusetzen, das sind 535,- € (Ziffer 32 der Hammer Leitlinien). 174

Die Ehefrau hat ebenso wie die Kinder Anspruch darauf, mangels anderer Mittel aus dem (fiktiv zuzurechnenden) Vermögen unterhalten zu werden, denn auch zur Sicherstellung des Familienunterhalts gem. § 1360 a BGB ist der Stamm des Vermögens einzusetzen, wenn die laufenden Einkünfte trotz sparsamer Lebensführung dafür nicht ausreichen (Wendl/Staudigl/Scholz, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, 5. Auflage, § 3, Rdnr. 30). 175

### d) 176

Also ergibt sich folgende Abrechnung: 177

178

Bedarf des Beklagten (25/30 von 840,- €) 700,00 €	
Bedarf der zweiten Ehefrau (25/30 von 535,- €) 445,83 €	179
Bedarf von M (25/30 von 228,55 €) 180,45 €	180
Bedarf von E (25/30 von 176,39 €) <u>146,99 €</u>	181
Insgesamt 1.473,27 €	182
verfügbares Einkommen <u>298,31 €</u>	183
aufzufüllende Lücke 1.174,96 €	184
Dieser Betrag ist aus dem Restvermögen von 7.188,24 € zuzuschließen. Es bleiben 6.013,28 €.	185
<b>2.7 Ansprüche für die Zeit vom 01.10 bis 04.11. 2002:</b>	186
a)	187
Das verfügbare Einkommen aus Erwerbstätigkeit beträgt 35/56 von 612,00 € = 382,50 €.	188
b)	189
Der Bedarf der Tochter M ist nunmehr mit 269,- € anzusetzen, weil mit der Anschlussberufung ab Oktober zu Recht der Regelbetrag der Alterstufe 3 verlangt wird.	190
Im übrigen bleibt es bei den im vorigen Abschnitt genannten Bedarfswerten.	191
c)	192
Dann ergibt sich folgende Abrechnung:	193
Bedarf des Beklagten (34/30 von 840,- €) 952,00 €	194
Bedarf der zweiten Ehefrau (34/30 von 535,- €) 400,06 €	195
Bedarf von M (34/30 * 269 €) 304,86 €	196
Bedarf von E (34/30 von 176,39 €) <u>199,91 €</u>	197
insgesamt 1.856,83 €	198
verfügbares Einkommen <u>382,50 €</u>	199
aufzufüllende Lücke 1.474,33 €	200
Dieser Betrag ist wiederum aus dem Restvermögen von noch 6.013,28 € zuzuschließen. Es bleiben 4.543,95 €.	201
<b>2.8 Ansprüche für die Zeit vom 05.11.2002 bis 30.03.2003:</b>	202
a)	203
	204

Der Beklagte hat seine Arbeitsstelle erneut verloren. Dass dies unterhaltsrechtlich vorwerfbar wäre, ist nicht ersichtlich. Also ist mit den tatsächlichen Einkünften zu rechnen.	
Er erhält erneut Arbeitslosengeld in Höhe von täglich 24,07 € (Bl. 180). Für die Zeit vom 05.11.02 bis zum 31.03.03 (147 Tage) sind das 3.538,29 €.	205
b)	206
Der notwendige Selbstbehalt des Beklagten ist im Hinblick auf die erneute Arbeitslosigkeit nur noch mit 730,- € zu beziffern. Im übrigen bleiben die Bedarfsbeträge unverändert. Also ergibt sich folgende Abrechnung:	207
Bedarf des Beklagten (4 * 730 € + 25/30 von 730,- €) 3.528,33 €	208
Bedarf der zweiten Ehefrau (4 * 535,- € + 25/30 von 535,- €) 2.585,83 €	209
Bedarf von M (4 * 269,- € + 25/30 * 269 €) 1.300,16 €	210
Bedarf von E (4 * 176,39 € + 25/30 von 176,39 €) <u>852,55 €</u>	211
insgesamt 8.266,87 €	212
verfügbares Einkommen <u>3.538,29 €</u>	213
aufzufüllende Lücke 4.728,58 €	214
Da nur noch 4.543,95 € zur Verfügung stehen, fehlen für März 2003 184,63 €. Der Gesamtbedarf der Berechtigten für März von 980,39 € (535,- € + 269,- € + 176,39 €) kann daher nur noch in Höhe von 795,76 € = 81,2 % erfüllt werden. Also sind zu zahlen:	215
für M: 269,00 € * 81,2 % 218,43 €	216
für E. 176,39 € * 81,2 % 143,23 €	217
Gerundet sind für Lisa 211,50 € zu zahlen. Für E bleibt es bei dem höheren durch das Teilversäumnisurteil titulierten Betrag von 281,- DM = 143,67 €.	218
<b>2.8 Ansprüche ab April 2003:</b>	219
a) Einkommen des Beklagten:	220
Dem Beklagten ist ab April ein fiktives Einkommen zuzurechnen. Ihm ist mit Schreiben vom 21.10.2002 gekündigt worden. Ab diesem Zeitpunkt musste er sich intensiv um eine andere Arbeitsstelle bemühen und konnte sich dazu wegen der absehbaren Aufzehrung des Vermögens nicht so viel Zeit wie 2001/2002 lassen. Vielmehr ist ihm nur eine Karenzzeit von 5 1/3 Monaten zuzubilligen.	221
Da er nicht nachweist, sich innerhalb dieser Frist mit der gebotenen Intensität um eine neue Stelle beworben zu haben (erforderlich sind mindestens 20 gezielte Bewerbungen pro Monat), ist ihm ab April wegen Verletzung seiner Erwerbsobliegenheit ein fiktives Einkommen zuzurechnen. Er weist nur eine einzige Bewerbung aus eigener Initiative nach und gibt im übrigen an, den Stellenangeboten des Arbeitsamtes nachgegangen zu sein. Das ist zu wenig und genügt den von der Rechtsprechung geforderten Bemühungen in keiner Weise. Damit kann er nicht belegen, ohne reale Chance auf dem Arbeitsmarkt zu sein.	222

Der Einwand, er habe intellektuelle Schwierigkeiten bei den Bewerbungen und leide unter einer infolge der Trennung neu aufgebrochenen Alkoholkrankheit, kann weder die unzureichende Zahl von Bewerbungen erklären noch den Schluss rechtfertigen, dass seine Bewerbungen ohne Chance seien. Das ist schon dadurch widerlegt, dass er immerhin zweimal eine neue Beschäftigung gefunden hat. Hinzu kommt, daß zu der angeblichen Alkoholkrankheit nicht substantiiert unter Vorlage eines ärztlichen Attest vorgetragen worden ist.	223
Bei der Bemessung des fiktiven Einkommens ist nicht das Einkommen von brutto 4.358,- DM zu Grunde zu legen, das der Beklagte während der Ehezeit bei der Fa. N erzielt hat, denn nach den Erfahrungen des Senats muss wegen der angespannten Lage auf dem Arbeitsmarkt bei Neubewerbungen mit deutlich niedrigeren Löhnen gerechnet werden. Das zeigen auch die Stundenlöhne, die der Beklagte mit seinen beiden letzten Arbeitgebern vereinbart hat. Vielmehr geht der Senat von dem niedrigeren Einkommen aus, das der Beklagte als Müllwerker bei der Stadt N2 erzielt hat. Das waren im Jahr 2000 25.655,34 DM innerhalb von 7 Monaten (Bl. 29), durchschnittlich also 3.665,- DM = 1.873,- €. Davon würden nach den zuletzt maßgeblichen Kriterien für die Steuer- und Abgabenlast (Steuerklasse 3/1,5; Beitragssatz in der Krankenversicherung 13,9 %) netto übrig bleiben:	224
Bruttolohn 1.873,00 €	225
./.. Lohnsteuern 43,16 €	226
./.. RV-Beitrag 182,62 €	227
./.. KV-Beitrag 130,17 €	228
./.. PV-Beitrag 15,92 €	229
./.. AV-Beitrag <u>60,87 €</u>	230
Nettolohn 1.440,26 €	231
b)	232
Der Bedarf der Kinder ist wie bisher mit 269,- € für M und 176,39 € für E zu bemessen.	233
c) Mangelverteilung:	234
Unter Berücksichtigung des notwendigen Selbstbehalt für den Beklagten in Höhe von 840,- € stehen für Unterhaltungszwecke nur 600,26 € zur Verfügung. Angesichts der Unterhaltungspflichten für drei Berechtigte bedarf keiner näheren Darlegung, dass hier ein absoluter Mangelfall vorliegt.	235
In diesen Fällen ist die Mangelverteilung nach der neuen Rechtsprechung des BGH nicht mehr auf der Grundlage des konkreten Bedarfs der Berechtigten vorzunehmen, sondern es ist mit Mindestbedarfsbeträgen zu rechnen: zum einen mit dem Existenzminimum für den Ehegatten, zum anderen mit dem Existenzminimum für die Kinder, das in Anlehnung an § 1612 b Abs. 5 mit 135 % des Regelbetrages zu bemessen ist (BGH, Urteil vom 22.01.2003, Az. XII ZR 2/00, S. 13 ff.).	236
Also ist der Bedarf für die zweite Ehefrau mit 535,- € (Zusammenleben mit dem Pflichtigen) anzusetzen, der Bedarf für M mit 364,- € und für E mit 254,- €, Insgesamt sind das 1.153,- €,	237

so dass sich eine Mangelquote von 52,1 % ergibt. Also sind zu zahlen:

Für M: 364,- € \* 52,1 % 189,64 € 238

Für E: 254,- € \* 52,1 % 132,33 € 239

Gerundet sind das für Lisa 189,50 €. Für E hingegen bleibt es bei dem höheren durch das Teilversäumnisurteil titulierten Betrag von 281,- DM = 143,67 €. 240

3. 241

Das Urteil es Amtsgerichts war damit für die Zeit ab Oktober 2002 abzuändern. Für den davor liegenden Zeitraum bleibt es aufrechterhalten. 242

Die Kostenentscheidung folgt aus den §§ 92, 97 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit aus § 708 Ziffer 10 ZPO. 243