
Datum: 21.12.2004
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 2. Senat für Familiensachen
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 2 UF 114/04
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2004:1221.2UF114.04.00

Vorinstanz: Amtsgericht Essen, 104 F 80/01

Tenor:

Auf die Berufung des Antragsgegners wird das am 11. Dezember 2003 verkündete Scheidungsverbundurteil des Amtsgerichts – Familiengericht – Essen unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels hinsichtlich des Ausspruchs zur Folgesache nachehelicher Unterhalt abgeändert.

Die Klage der Antragstellerin auf Zahlung von nachehelichem Unterhalt wird abgewiesen.

Die Beschwerde des Kindes B A wird als unzulässig verworfen.

Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens werden unter den Parteien gegeneinander aufgehoben. Das Kind B A hat keine Kosten zu tragen.

<u>Entscheidungsgründe:</u>	1
I.	2
Die Berufung des Antragsgegners ist zulässig und hinsichtlich der Folgesache nachehelicher Unterhalt begründet. Dagegen ist das Rechtsmittel des Antragsgegners hinsichtlich der Folgesache elterliche Sorge nicht begründet.	3
Die gem. §§ 629 a Abs.2, 621 e ZPO statthafte Beschwerde des Kindes B A gegen den Ausspruch des Scheidungsverbundurteils zur Folgesache elterliche Sorge ist unzulässig, da sie nicht innerhalb der gesetzlichen Frist von zwei Monaten nach Urteilszustellung (§§ 621 e	4

Abs.3, 520 Abs.2 ZPO) begründet worden ist. Mit der Einlegung der Beschwerde ist kein Antrag gestellt, sondern lediglich das ungefähre Ziel der Beschwerde zur Begründung des gleichzeitig gestellten Antrags auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe angegeben worden. Auch wenn für eine Beschwerde in einer FGG-Familien Sache aufgrund der fehlenden Verweisung auf § 520 Abs.3 S.2 Nr. 2-4 ZPO die besonderen Anforderungen, die an die Berufungsbegründung zu stellen sind, entfallen, muss der Beschwerdeführer mit seiner Beschwerdebegründung zumindest dartun, dass er durch die Entscheidung beschwert ist und diese mit der Beschwerde bekämpfen will (BGH FamRZ 1994, 159; NJW 1983, 179). Dies ist weder mit der der Beschwerdeeinlegung beigefügten Begründung des Prozesskostenhilfesuchts noch später innerhalb der Beschwerdebegründungsfrist geschehen. Die Erklärung, mit der Beschwerde beabsichtige der Beschwerdeführer, „sinngemäß zu beantragen: es werde der Mutter aufgegeben, den Umgang mit dem Bruder zu dulden und insoweit festzustellen, dass die angefochtene elterliche Sorge nicht ermächtigt, den Geschwistern den gegenseitigen Umgang an allen Tagen, und zwar nach Wahl der Kinder sowohl in der mütterlichen als auch der väterlichen Wohnung, zu verbieten,, , lässt nicht erkennen, in welcher Weise die durch die erstinstanzliche Entscheidung getroffene Regelung der elterlichen Sorge angegriffen werden soll. Die angegebene Zielrichtung der Beschwerde bezieht sich vielmehr auf die Gestattung bzw. Nichtbeeinträchtigung des Umgangs des Beschwerdeführers mit seiner Schwester und eine entsprechende gerichtliche Maßnahme gem. §§ 1685 Abs.3 BGB i.V.m. §§ 1684 Abs.2, 3 BGB. Es handelt sich also um eine Umgangsangelegenheit, die nicht Gegenstand des erstinstanzlichen Verfahrens war und somit auch nicht Gegenstand der Beschwerde sein kann.

Soweit der Beschwerdeführer außerhalb der Begründungsfrist mit Schriftsatz vom 7. Mai 2004 beantragt hat, den Eltern bezüglich der Durchführung des Umgangs der Kinder C und B die Sorge zu entziehen und einem Umgangspfleger zu übertragen, handelt es sich abgesehen von der Verspätung dieser Begründung nicht um einen Beschwerdeantrag, da die teilweise Entziehung der elterlichen Sorge eine Maßnahme nach § 1666 BGB darstellt, die nicht nur hinsichtlich der Ermittlung des entscheidungserheblichen Sachverhalts, sondern auch hinsichtlich der Einleitung und Durchführung eines solchen Verfahrens von Amts wegen erfolgt. Ein mit dieser Zielrichtung gestellter Antrag ist als Anregung an das Gericht anzusehen, die Einleitung eines amtswegigen Verfahrens zur Entziehung der elterlichen Sorge zu prüfen. Ein Verfahrensantrag oder Sachantrag ist dagegen hierin nicht zu sehen. Dementsprechend kann hierauf auch nicht die Beschwerde gestützt werden.

II.

Die Berufung des Antragsgegners gegen die Entscheidung des Familiengerichts zum nahehelichen Unterhalt hat Erfolg, da die Antragstellerin keinen Unterhalt nach §§ 1569 ff. BGB verlangen kann.

Der Antragsgegner muss sich ein fiktives Erwerbseinkommen zurechnen lassen, da er seiner Erwerbsobliegenheit nicht nachkommt. Eine Erwerbsunfähigkeit ist vom Antragsgegner nicht dargelegt worden. Erwerbsbemühungen, die den zu stellenden Anforderungen auch nur annähernd gerecht werden könnten, sind nicht ersichtlich. Die mangelnde Bereitschaft zu einer Erwerbstätigkeit wird für den Senat daran deutlich, dass es dem Antragsgegner nach seinen Angaben seit dem Beginn seiner Arbeitslosigkeit im Jahre 1997 nicht gelungen ist, selbst eine geringfügige Beschäftigung zu erreichen. Dies ist nicht glaubhaft, da die gerichtliche Praxis belegt, dass es trotz der schwierigen Lage auf dem Arbeitsmarkt bei ernsthaftem Bemühen möglich ist, zumindest zeitweise Beschäftigungsmöglichkeiten zu finden, und zwar auch ohne besondere berufliche Qualifikation und auch bei einem Alter des

Arbeitssuchenden von über 45 Jahren. Solange der Antragsgegner daher seiner Obliegenheit zur intensiven Arbeitsplatzsuche nicht nachkommt, kann er mit dem Einwand, er sei nicht mehr vermittelbar, nicht gehört werden

Es bleibt daher auch für den nachehelichen Unterhalt dabei, dass der Antragsgegner sich wie bereits beim Trennungsunterhalt ein fiktives Einkommen zurechnen lassen muss. Der Senat folgt allerdings der insoweit vom Familiengericht vorgenommenen Fiktion in Höhe von monatlich 1.432 € nicht, obwohl diese dem Betrag von 2.800 DM entspricht, den der Senat in dem Urteil vom 22. Oktober 1998 in dem früheren Berufungsverfahren bezüglich des Trennungsunterhalts (2 UF 9/98) für eine vollschichtige Beschäftigung zugrunde gelegt hatte. Dabei war berücksichtigt worden, dass der Antragsgegner das bis zu seiner Arbeitslosigkeit im Jahre 1997 bei der Firma D GmbH in Z als angelernter (..) relativ hohe Nettoeinkommen von monatlich ca. 3.400 DM in Zukunft nicht mehr würde erzielen können, da es wesentlich auf seiner langen Betriebszugehörigkeit von 25 Jahren bei diesem Arbeitgeber beruhte. Später wurde dann das erzielbare Einkommen des Antragsgegners mit Rücksicht auf die Betreuung des Sohnes B herabgesetzt. 9

Der Senat ist aufgrund der schwieriger gewordenen Verhältnisse auf dem Arbeitsmarkt insbesondere für nicht qualifizierte Arbeitnehmer davon überzeugt, dass der Antragsgegner, der weder über eine abgeschlossene Schulausbildung noch über eine Berufsausbildung verfügt, nicht mehr die frühere Tätigkeit als angelernter (..) ausüben und als ungelernter Arbeitnehmer jetzt maximal 1.100 € verdienen könnte. Dem könnte zwar entgegengehalten werden, dass der Antragsgegner mehr verdienen würde, wenn er bereits 1997 seiner Erwerbsobliegenheit nachgekommen wäre. Dass dies möglicherweise der Fall sei könnte, ist nicht auszuschließen, vorliegend jedoch unerheblich, da niemand auf unbegrenzte Zeit an einer Einkommensfiktion festgehalten werden kann (Kalthoener/Büttner/Niepmann, Die Rechtsprechung zur Höhe des Unterhalts, 8. Auflage, Rn. 635), da man ihn sonst schlechter stellen würde als einen Unterhaltspflichtigen, der tatsächlich Einkommen erzielt. Es kann nämlich nicht unterstellt werden, dass ein Arbeitsverhältnis auf unbeschränkte Zeit fort dauert. Insbesondere bei einem noch nicht lange bestehenden Arbeitsverhältnis muss damit gerechnet werden, dass es eventuell durch eine betriebsbedingte Kündigung des Arbeitgebers beendet wird. Diesem Umstand kommt auch hier eine wesentliche Bedeutung zu, da die Annahme nicht völlig fern liegt, dass der Antragsgegner nach seinem Ausscheiden bei seinem früheren Arbeitgeber im Jahre 1997 bei intensiven Erwerbsbemühungen zwar eine Anstellung, jedoch nicht unbedingt auf Dauer erhalten hätte und möglicherweise bereits mehrere Arbeitsverhältnisse daran angeschlossen hätten mit der Folge, dass die sich zunehmend verschärfenden Bedingungen auf dem Arbeitsmarkt auch negativ auf die Höhe des erzielbaren Einkommens ausgewirkt hätten. 10

Bei einem Nettoeinkommen des Antragsgegners von 1.100 € monatlich verbleibt nach Abzug des Bedarfs der Kinder B und C von 284 € und 241 € ein bereinigtes Einkommen von 575 €. Der Abzug des Unterhaltsbedarfs des beim Antragsgegner lebenden Kindes B rechtfertigt sich daraus, dass der Antragsgegner für B keinen Unterhalt von der Antragstellerin bekommt und daher den Barunterhalt neben dem Bereuungsunterhalt sicherstellen muss. Demgegenüber beläuft sich das Nettoeinkommen der Antragstellerin auf monatlich 737 €. Selbst wenn man berücksichtigt, dass die Erwerbstätigkeit der Antragstellerin über eine an sich im Hinblick auf die Betreuung der jetzt 11 Jahre alten Tochter C halbschichtige Beschäftigung hinausgeht und somit teilweise überobligationsmäßig ist, dürfte das zur Ermittlung eines eventuellen Aufstockungsbedarfs in die Differenzberechnung einzugebende Einkommen der Antragstellerin nicht wesentlich niedriger sein als das vorstehend ermittelte bereinigte Einkommen des Antragsgegners. Es ergibt sich somit kein Aufstockungsbedarf für 11

einen nahehelichen Unterhaltsanspruch der Antragstellerin. Ein Verzicht auf den Vorwegabzug des Kindesunterhalts mit der Folge eines höheren Unterhaltsbedarfs der Antragstellerin und einer dann durchzuführenden Mangelverteilung, der bei Vorliegen eines Missverhältnisses von Kindesunterhaltsbedarf und Ehegattenunterhaltsbedarf in Betracht kommt (BGH FamRZ 2003, 363), ist hier nicht angezeigt, da für die Kinder mit dem Regelbetrag ein Betrag deutlich unterhalb des Existenzminimums zugrunde gelegt worden ist, während die Antragstellerin über Gesamteinkünfte verfügt, die das unterhaltsrechtliche Existenzminimum eines erwerbstätigen Ehegatten in Höhe von 840 € im Verhältnis nicht stärker unterschreiten als der Bedarf der Kinder deren Existenzminimum.

III. 12

Die mit der Berufung des Antragsgegners außerdem verfolgte Beschwerde gegen die Übertragung der elterlichen Sorge für das Kind C auf die Antragstellerin ist nicht begründet. Das Familiengericht hat mit zutreffenden Erwägungen die Möglichkeit der Beibehaltung der gemeinsamen elterlichen Sorge verneint und die Alleinsorge der Antragstellerin als die im Sinne des Kindeswohles gebotene Regelung angesehen. 13

Die Beibehaltung der – vom Antragsgegner hilfsweise verfolgten – gemeinsamen elterlichen Sorge kommt nur in Betracht, wenn die Eltern über ausreichende Kooperationsfähigkeit und –bereitschaft verfügen, da andernfalls die Gefahr besteht, dass sich die Eltern bei der Ausübung der Sorge behindern und hierdurch das Kindeswohl beeinträchtigt wird. Dass es hieran vorliegend fehlt und sich dieses Hindernis auf absehbare Zeit nicht beseitigen lassen wird, macht die seit der Trennung der Parteien über nunmehr etwa sieben Jahre anhaltende heftige Auseinandersetzung um die elterliche Sorge und den Umgang mit zahlreichen gerichtlichen Verfahren deutlich. Dabei bedarf es in diesem Zusammenhang nicht der Feststellung, ob und wenn ja, welcher Elternteil durch sein Verhalten mehr als der andere hierzu beigetragen hat. 14

Der Senat folgt der Beurteilung des Familiengerichts, dass die Übertragung der elterlichen Sorge für das Kind C auf die Antragstellerin allein dem Kindeswohl am besten entspricht (§ 1671 Abs.2 Nr.2 BGB). Die Antragstellerin betreut und versorgt das Kind seit der Trennung der Parteien, ohne dass hierbei objektiv irgendwelche Unzulänglichkeiten aufgetreten sind. Der Antragsgegner wirft ihr zwar seit Jahren vor, dass sie nicht erziehungsgeeignet sei und den Umgang Cs mit ihm nicht nur nicht genügend gefördert, sondern sogar behindert habe. Dies ist und bleibt jedoch seine eigene subjektive Überzeugung, für die es keinerlei Belege gibt. Insbesondere vermag der Senat, dem die Beteiligten seit Jahren bekannt sind, nicht zu erkennen, wo und in welcher Weise Cs Entwicklung aufgrund eines Fehlverhaltens oder eines Unvermögens der Antragstellerin negativ verlaufen ist. Es gibt weiter kein Anzeichen dafür, dass die ablehnende Haltung von C dem Antragsgegner gegenüber, die auch bei der persönlichen Anhörung im Senatstermin deutlich geworden ist, auf einem entsprechenden Einwirken der Antragstellerin beruht. Wesentlich wahrscheinlicher ist es, dass der Antragsgegner hierzu dadurch zumindest beigetragen hat, dass er von der Zeit der Trennung an dem Kind immer wieder zu verstehen gegeben hat, dass er mit dem Aufenthalt bei der Mutter nicht einverstanden sei und alles daran setzen werde C auf Dauer zu sich zu holen. Dass C das Verhalten des Antragstellers und zum Teil auch des Bruders B als Versuch verstanden hat, sie von ihrer Mutter zu trennen, ist bei den zahlreichen persönlichen Anhörungen deutlich geworden und hat auch Niederschlag in den früheren Entscheidungen des Senats während der Trennungszeit gefunden. C hat bei der jetzigen Anhörung erklärt, sie fühle sich bei der Mutter wohl und wolle dort bleiben. Sie empfindet die fortwährende Nichtbeachtung dieses Wunsches durch den Vater als Bedrohung und lehnt daher zumindest 15

zum jetzigen Zeitpunkt persönliche Kontakte zu ihm ab. Sie fühlt sich durch nicht geplante oder nicht vereinbarte Kontakte von ihm verfolgt und unter Druck gesetzt. Diese Erklärung des Kindes hält der Senat für nachvollziehbar im Hinblick darauf, dass der Antragsgegner immer wieder trotz zum Teil bestehender gerichtlicher Verbote versucht hat, zu C Kontakt aufzunehmen.

Soweit die Antragstellerin zur Zeit ein Gespräch mit dem Antragsgegner ablehnt, begründet dies keine Bedenken gegen ihre Erziehungsfähigkeit. Aufgrund des jahrelangen Streites ist ein solches Zugehen auf den anderen Elternteil nur schwer und insbesondere nicht ohne fachkundige Vorbereitung und Begleitung möglich. Der Antragsgegner hat sich zwar zu einem Gespräch bereits im erstinstanzlichen Verfahren bereit erklärt, gleichzeitig jedoch die Antragstellerin persönlich heftig angegriffen, indem er ihre Erziehungsfähigkeit bestreitet. Dies ist auch deutlich geworden an der Art und Weise seiner Aufforderung an die Antragstellerin im Senatstermin, über die Vorbereitung einer psychologischen Therapie für C Auskunft zu erteilen. Bei dieser Gelegenheit hat der Antragsgegner der Antragstellerin erneut zu verstehen gegeben, dass er sie für unzuverlässig und erziehungsungeeignet hält. Es ist nicht erkennbar, wie auf einer solchen Basis gemeinsame Gespräche bezüglich der Kindesinteressen geführt werden sollen, die ein Mindestmaß an gegenseitigem Vertrauen voraussetzen. Eine Chance hierzu sieht der Senat nur, wenn es den Parteien gelingt, ihre gegenseitigen Vorbehalte aufzugeben oder zumindest einzuschränken. Auf Seiten des Antragsgegners gehört hierzu, dass er der Antragstellerin durch sein Verhalten zu verstehen gibt, dass er die jetzige Betreuungssituation einschließlich der gerichtlichen Entscheidungen akzeptiert. 16

Schließlich ist die Erziehungsfähigkeit der Antragstellerin auch nicht dadurch beeinträchtigt, dass es Schwierigkeiten im Umgang Cs mit ihrem Bruder B gibt. Soweit die Mutter von B gewünschte Kontakte in der Wohnung des Antragsgegners untersagt hat, ist dies folgerichtig, solange keine Besuchskontakte zum Antragsgegner bestehen bzw. sogar gerichtlich untersagt waren. Die Antragstellerin hat bislang keine Besuche von B bei C in ihrer Wohnung untersagt, sondern darüber hinaus auch Kontakte der Kinder außerhalb ihrer Wohnung gestattet. Diese Angebote sind von B nur zum Teil oder gar nicht wahrgenommen worden. Er hat die Ablehnung von Besuchen in der Wohnung der Antragstellerin mit der Begründung abgelehnt, dass er dies wegen des Ausschlusses von Kontakten in der Wohnung des Vaters nicht fair finde. Dieses Argument vermag nicht zu überzeugen, wenn B tatsächlich so viel daran liegt, seine Schwester möglichst oft zu sehen. Es drängt sich vielmehr die Vermutung auf, dass B mit seinem Einsatz um Besuchskontakte von C in der Wohnung des Antragstellers auch dessen Interessen verfolgt. 17

Da somit keine Bedenken gegen die Erziehungsfähigkeit der Antragstellerin bestehen, die äußeren Voraussetzungen für eine Betreuung durch die Antragstellerin gegeben sind und diese Art der Betreuung dem nachhaltig geäußerten Wunsch des Kindes entspricht und auch der Kontinuitätsgedanke gewahrt ist, entspricht die Alleinsorge der Antragstellerin dem Kindeswohl am besten. 18

Die Kostenentscheidung beruht auf § 93 a ZPO. 19