
Datum: 09.02.2007
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 10. Senat für Familiensachen
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 10 UF 126/06
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2007:0209.10UF126.06.00

Vorinstanz: Amtsgericht Lüdenscheid, 5 F 761/02

Tenor:

Die Berufung des Klägers gegen das am 10.05.2006 verkündete Urteil des Amtsgerichts - Familiengericht - Lüdenscheid wird auf seine Kosten zurückgewiesen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Gründe:

- I. 2
- Der am 08.12.1992 geborene Kläger ist das eheliche Kind der Beklagten. Die Ehe seiner Eltern ist im August 1999 rechtskräftig geschieden worden. Seither lebt der Kläger bei seinem Vater, der auch das alleinige Sorgerecht für ihn hat. Aus der geschiedenen Ehe ist ein weiteres Kind hervorgegangen, nämlich der Zwillingsbruder (U) des Klägers; dieser lebt bei der Beklagten, die ihrerseits das alleinige Sorgerecht für ihn ausübt. U leidet unter ADHS (Hyperkinetische Störung – ICD 10:F90.9). Die Beklagte hat am 17.09.2003 ein weiteres Kind (Tochter Z) geboren; Vater der Tochter ist der Zeuge H. 3
- Von Juni 2002 an bezog die Beklagte Arbeitslosenhilfe in Höhe von wöchentlich rd. 81,- €. Außerdem verdiente sie in der Zeit von Juni 2002 bis Januar 2003 aus einer geringfügigen Beschäftigung monatlich 97,50 € netto. Weiterhin bezog sie Wohngeld, vom 06.08. bis 12.11.2003 Mutterschaftsgeld und ab dem 17.09.2003 für zwei Jahre Erziehungsgeld. Mittlerweile erhält sie Leistungen nach dem SGBII: Einer Erwerbstätigkeit geht die Beklagte, die 1989 eine Ausbildung als Bürokauffrau abgeschlossen hat, nicht nach. Während der Ehe 4

hat sie u.a. als Schreibkraft und im Telefondienst gearbeitet, Büroarbeiten im ehelichen Betrieb ausgeführt und zuletzt bei der Frauenberatungsstelle I Hilfe im Büro geleistet.

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die Beklagte verstoße gegen die sie treffende gesteigerte Erwerbsobliegenheit und müsse sich daher als fiktiv leistungsfähig zur Zahlung der geltend gemachten 100% des Regelbetrages behandeln lassen. Überdies müsse sie sich Ersparnisse wegen des Zusammenlebens mit dem Zeugen H anrechnen lassen. 5

Der Kläger hat beantragt, 6

die Beklagte zu verurteilen, an ihn ab 01.06.2002 bis zur Volljährigkeit Unterhalt gemäß § 1 RegelbetragVO in Höhe von 100 % des Regelbetrages der jeweiligen Altersstufe unter Anrechnung der kindbezogenen Leistungen zu zahlen. 7

Die Beklagte hat beantragt, 8

die Klage abzuweisen. 9

Sie hat geltend gemacht, nicht leistungsfähig zu sein. Die Betreuung des Bruders des Klägers lasse die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit nicht zu; erst recht gelte dies nach der Geburt ihrer Tochter Z. Ihr sei daher kein Verstoß gegen ihre Erwerbsobliegenheit vorzuwerfen. Unterhaltsleistungen vom Vater der Tochter erhalte sie nicht, da dieser lediglich Leistungen nach dem SGBII beziehe und nicht leistungsfähig sei. 10

Mit dem am 10.05.2006 verkündeten Urteil hat das Amtsgericht die Klage mit der Begründung abgewiesen, die Beklagte sei nicht leistungsfähig. Ihr tatsächliches Einkommen reiche für Unterhaltszahlungen nicht aus. Fiktives Einkommen könne ihr allenfalls im Umfang einer Halbtagsbeschäftigung angerechnet werden; dieses aber überschreite den ihr zu belassenden notwendigen Selbstbehalt nicht. Auch könne der Vater der Tochter nicht zu deren Betreuung herangezogen werden, weil – wie die durchgeführte Beweisaufnahme ergeben habe – eine Lebensgemeinschaft mit ihm nicht bestehe. 11

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung des Klägers, mit der er sein erstinstanzliches Vorbringen wiederholt und vertieft. 12

Er beantragt, 13

in Abänderung des angefochtenen Urteils die Beklagte zu verurteilen, an ihn ab 01.06.200214 Kindesunterhalt in Höhe von 100% des Regelbetrages gemäß § 1 RegelbetragVO zu zahlen.

Die Beklagte beantragt, 15

die Berufung zurückzuweisen. 16

Auch sie wiederholt ihr erstinstanzliches Vorbringen und verweist zudem auf ein Schreiben der ARGE I, aus dem sich ergibt, dass ein unangemeldeter Besuch nicht die vom Kläger behauptete Lebensgemeinschaft mit dem Zeugen H ergeben haben. 17

II. 18

Die Berufung des Klägers ist zulässig, hat in der Sache aber keinen Erfolg. 19

1. 20

21

Allerdings ist die Beklagte dem minderjährigen Kläger dem Grunde nach unterhaltspflichtig (§ 1601 ff. BGB). An der Bedürftigkeit des Klägers bestehen keine Bedenken. Sein Unterhaltsanspruch (100% des Regelbetrages) beträgt hiernach von Juni 2002 bis Juni 2003 monatlich 228,- € (Altersstufe 2), von Juli 2003 bis November 2004 monatlich 241,- €, ab Dezember 2004 monatlich 284,- € (nunmehr Altersstufe 3) und ab Juli 2005 monatlich 291,- €.

Die Beklagte trifft auch grundsätzlich die gesteigerte Erwerbsobliegenheit nach § 1603 Abs. 2 22 BGB. Sie kann sich dem Unterhaltsanspruch des Klägers insbesondere nicht mit der Begründung entziehen, sie betreue ein anderes aus der Ehe stammendes und – ab dem 17.09.2003 – ein weiteres Kind aus einer anderen Verbindung (vgl. Wendl/Scholz, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, 6.Aufl., § 2 Rdnr.166/167 + 315 m.w.N.). Das beim Ehegattenunterhalt geltende Altersphasenmodell, das den Umfang der Erwerbsobliegenheit des ein minderjähriges Kind betreuenden Ehegatten bestimmt, kann beim Minderjährigenunterhalt nicht herangezogen werden. Vielmehr wird in Fällen der Geschwistertrennung, wie sie hier bezüglich der beiden aus der Ehe hervorgegangenen Söhne vorliegt, in Rechtsprechung und Literatur wegen des Gleichrangs aller minderjährigen Kinder eine Beschäftigungspflicht beider Eltern nach den Grundsätzen der sog. Hausmannrechtsprechung verlangt (vgl. BGH FamRZ 2006, 1010, 1013). Dies gilt auch, wenn aus einer neuen Verbindung ebenfalls minderjährige Kinder stammen, wie hier die Tochter Z.

2. 23

Die Beklagte ist nach ihren Einkommensverhältnissen zur Zahlung der vorgenannten Unterhaltsbeträge aber nicht leistungsfähig – auch nicht teilweise. 24

a. 25

So hat die Beklagte seit Mitte des Jahres 2002 im wesentlichen nur Einkünfte aus 26 Arbeitslosenhilfe, geringfügiger Beschäftigung, Mutterschaftsgeld, Erziehungsgeld und Wohngeld bezogen. Obschon das Wohngeld nur teilweise überhöhte Wohnkosten gedeckt und demzufolge im Übrigen als Einkommen anzurechnen ist, ändert dies nichts an der tatsächlichen Leistungsunfähigkeit der Beklagten. Darüber besteht zwischen den Parteien auch kein Streit. Mit dem Bezug von Leistungen nach dem SGBII hat sich daran im Ergebnis nichts geändert.

3. 27

Die Beklagte muss sich auch nicht als fiktiv leistungsfähig zur Zahlung der geltend gemachten Unterhaltsbeträge behandeln lassen. 28

a. 29

Die für einen Unterhaltsanspruch vorausgesetzte Leistungsfähigkeit des 30 Unterhaltsverpflichteten wird allerdings nicht allein durch sein tatsächlich vorhandenes Einkommen, sondern auch durch seine Erwerbsfähigkeit bestimmt. Reichen seine tatsächlichen Einkünfte nicht aus, so trifft ihn unterhaltsrechtlich die Obliegenheit, seine Arbeitsfähigkeit in bestmöglicher Weise einzusetzen. Gegenüber minderjährigen Kindern besteht auf Grund der Vorschrift des § 1603 Abs. 2 BGB eine gesteigerte Erwerbsverpflichtung. Der gesteigert haftende Unterhaltsverpflichtete hat sich intensiv, d.h. unter Anspannung aller Kräfte und Ausnutzung aller vorhandenen Möglichkeiten, um die

Erlangung eines hinreichend entlohnten Arbeitsplatzes zu bemühen, um so ein die Zahlung der Regelbeträge sicherstellendes Einkommen zu erzielen. Legt der für seine die Zahlung der Regelbeträge betreffende Leistungsunfähigkeit darlegungs- und beweisbelastete Unterhaltsverpflichtete nicht dar, dieser Obliegenheit vollständig gerecht geworden zu sein, so muss er sich so behandeln lassen, als ob er über ein solch hohes Einkommen verfügt, welches ihm die Zahlung der Regelbeträge ermöglicht.

b. 31

Allerdings kann dem Unterhaltspflichtigen ein fiktives Einkommen nur im Rahmen des Zumutbaren angerechnet werden. Betreut er minderjährige Kinder, dann kommt es – auch bei gesteigerter Erwerbsverpflichtung – für die Beurteilung der Frage, ob und in welchem Umfang er seine Arbeitskraft einzusetzen hat, auf die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse im Einzelfall an. Dabei sind – wie bei den Grundsätzen zur sog. Hausmannrechtsprechung – das Alter der von ihm betreuten Kinder, eine etwaige besondere Betreuungsbedürftigkeit und sonstige Betreuungsmöglichkeiten zu berücksichtigen. Im Streitfall ist zudem spätestens mit dem Beginn des Beschäftigungsverbot nach §§ 3, 4 MuschG im August 2003 eine Zäsur geboten. 32

aa. 33

Vor diesem Zeitpunkt hatte die Beklagte den am 08.12.1992 geborenen Sohn U zu betreuen. Dieser leidet unstreitig an einer hyperkinetischen Störung nach ICD 10:F90.9; streitig ist lediglich das Ausmaß seiner damit zusammenhängenden Betreuungsbedürftigkeit. Zu Beginn des Unterhaltszeitraumes war der Sohn rd. 9 ½ Jahre. Ob der Beklagten angesichts dieses Alters und der durch die hyperkinetische Symptomatik bedingten Betreuungsbedürftigkeit des Sohnes eine Ganztagsstätigkeit zumutbar war oder jedenfalls mit zunehmendem Alter des Sohnes bis August 2003 zumutbar wurde, muss der Senat nicht abschließend entscheiden. Denn selbst wenn man zugunsten des Klägers davon ausgehen wollte, würde dies keine Leistungsfähigkeit der Beklagten begründen. 34

Aufgrund der Erwerbsbiografie der Beklagten würde diese nach Einschätzung des Senats in ihrem erlernten Beruf als Bürokauffrau ein Einkommen allenfalls im unteren Bereich der Gehaltsspanne erzielen können; den Gegebenheiten des Arbeitsmarktes entsprechender wäre vermutlich eine Tätigkeit als Bürohilfe, so wie sie die Beklagte auch zuletzt teilschichtig ausgeübt hat. Es ist davon auszugehen, dass die Beklagte bei einer vollschichtigen Erwerbstätigkeit (172 Stunden im Monat) in den ersten ein bis zwei Jahren ihrer Tätigkeit ein Nettoeinkommen von nicht mehr als 1.020,- € erzielen könnte. Ein solches Einkommen ergibt sich nach Abzug von Steuern und Sozialabgaben, wenn man einen Stundenlohn von 8,- € zugrunde legt. Nach Abzug fiktiver Fahrtkosten von pauschal 5% verbleiben 969,- € netto. Allerdings ist nach Ansicht des Senats der Beklagten eine vollschichtige Erwerbstätigkeit nur dann zumutbar, wenn für den Sohn von Juni 2002 bis August 2003 – in dem Zeitraum war er rd. 9 ½ bis knapp 11 Jahre alt – zumindest zeitweise eine Kinderbetreuung zur Verfügung steht. Insofern hat die Beklagte im Senatstermin glaubhaft dargelegt, dass der Sohn in Folge seiner Aufmerksamkeits- und Hyperaktivitätsstörung nicht zu lange unbeaufsichtigt allein zu Hause bleiben kann; so müsse z.B. darauf geachtet werden, dass er nicht vergisst, den Herd auszumachen. Für eine Betreuung für die Zeit nach Ende der Schule (Mittag) bis zur Rückkehr der Beklagten von ihrer fiktiven Arbeitsstelle (später Nachmittag) schätzt der Senat Kosten von mindestens 300,- €, die als berufsbedingter Aufwand einkommensmindernd zu berücksichtigen wären. Der Beklagten verblieben dann nur noch 669,- €, mithin ein Betrag, der deutlich unterhalb des notwendigen Selbstbehalts von seinerzeit 840,- € lag. Die Beklagte ist daher als nicht leistungsfähig anzusehen, ohne dass es auf die Frage ankommt, ob ihr 35

notwendiger Selbstbehalt aufgrund eines Zusammenlebens mit dem Zeugen H hälftig um 13,5% (st. Rspr. des Senats) auf 726,60 € zu reduzieren wäre, was bei unstreitig zwei vorhandenen Wohnungen jedenfalls in dieser Höhe zweifelhaft erscheint.

bb. 36

Mit Beginn des Beschäftigungsverbot nach §§ 3, 4 MuschG und während des Bezuges von Erziehungsgeld besteht, wie der BGH entschieden hat (BGH FamRZ 2006, 1010 ff. und FamRZ 2006, 1827 ff.), neben der Betreuung des Kindes aus der neuen Verbindung überhaupt keine Obliegenheit zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit. Dem – so der BGH – stehe schon entgegen, dass minderjährige Kinder bis zum Alter von zwei Jahren regelmäßig ständiger Aufsicht und Betreuung bedürfen; während des Bezugs von Erziehungsgeld ersetze dieses im Interesse der Betreuung des neugeborenen Kindes die sonst ggf. bestehende Erwerbspflicht des barunterhaltspflichtigen Elternteils. Diesen Erwägungen tritt der Senat bei. Denn es kann nicht unberücksichtigt bleiben, dass die Unterhaltungspflicht gegenüber Kindern durch die Elternverantwortung geprägt wird. Das Interesse von Kindern an einer persönlichen Betreuung durch die Eltern ist grundsätzlich auch im Verhältnis zu den außerhalb der Familie lebenden weiteren Kindern (Geschwistern oder Stiefgeschwistern) beachtlich. Gleiches gilt unter Berücksichtigung dessen, dass auch das Elternrecht des betreuenden Elternteils im Grundsatz Schutz genießt (Art. 6 GG). In seiner Entscheidung vom 05.07.2006 zum § 1615I BGB (FamRZ 2006, 1362, 1364) hat der BGH eine zwingend notwendige persönliche Betreuung durch einen Elternteil sogar in den ersten drei Lebensjahren des Kindes für nahe liegend erachtet. 37

Für die Zeit danach hat der Senat unter Hinweis auf die Vorschrift des § 1615I BGB allerdings bereits mehrfach zum Ausdruck gebracht, dass der Gesetzgeber der Mutter eines nichteheleichen Kindes durchaus die Aufnahme einer Vollzeittätigkeit bereits mit Vollendung des 3. Lebensjahres des Kindes zumutet (§ 1615I II S. 3 BGB); der Gesetzgeber geht also davon aus, dass selbst die Betreuung eines dreijährigen Kindes mit einer Vollzeiterwerbstätigkeit der Betreuenden nicht von vornherein unvereinbar ist (so auch OLG Bremen FamRZ 2005, 647; OLG München FamRZ 2005, 1112). Das Kind kann ab dem 3. Lebensjahr in der Regel ganztags, z.B. in einem Ganztagskindergarten, betreut werden. Auch der (arbeitslose) Zeuge H käme als Betreuungsperson in Betracht; selbst wenn er mit der Beklagten nicht in einer nichteheleichen Lebensgemeinschaft leben sollte, ist er doch zugleich Vater des Kindes und gehalten, der Beklagten durch – kostenlose - Betreuung des Kindes eine Erwerbstätigkeit zu ermöglichen. Dafür, dass eine solche ganztägige Fremdbetreuung nicht möglich ist, hat die hierfür darlegungs- und beweispflichtige Beklagte nichts vorgetragen. 38

Die Anleihe an die gesetzliche Regelung in § 1615 I BGB bedeutet jedoch nicht, dass eine vollschichtige Erwerbsobliegenheit stets mit Vollendung des 3. Lebensjahres, hier also ab September/Oktobre 2006, einsetzt. Vielmehr lässt sich der erwähnten Rspr. des BGH (FamRZ 2006, 1362, 1364) entnehmen, dass auch insoweit stets auf die Umstände des Einzelfalls abzustellen ist. Im vorliegenden Fall ist zu berücksichtigen, dass die Beklagte die Tochter Z noch bis Juli 2005 gestillt hat und – mehr als in sonstigen Fällen – als deren Hauptbezugsperson anzusehen ist. Ebenso wenig kann unberücksichtigt bleiben, dass der Sohn U im September/Oktobre 2006 auch erst knapp 14 Jahre alt war. Mag sich, wie die Beklagte im Senatstermin dargelegt hat, seine Betreuungsbedürftigkeit auch reduziert haben, so ist sie doch nicht gänzlich entfallen. Selbst bei Sicherstellung einer – mit geringerem Kostenaufwand verbundenen – Fremdbetreuung für U und einer – ohne Kostenaufwand verbundenen – ganztägigen Fremdbetreuung für Z, ist die verbleibende Betreuung zweier (!) 39

Kinder für die Beklagte noch mit einem solch erheblichen persönlichen Aufwand verbunden, dass eine Vollzeitberufstätigkeit nach Ansicht des Senats nicht zumutbar erscheint. Nur eine solche aber würde es der Beklagten ermöglichen, zumindest teilweise Unterhalt an den Kläger zu zahlen. Mit einer Halbtagsstätigkeit oder sogar einer $\frac{3}{4}$ -Stelle würde die Beklagte - einen Stundenlohn von 8,- €, 5% fiktive berufsbedingte Aufwendungen und noch geschätzte 150,- € Betreuungskosten für U zugrunde gelegt – kein über den notwendigen Selbstbehalt von derzeit 890,- € liegendes Einkommen erzielen können, und zwar selbst dann nicht, wenn man ihn wegen Ersparnisse aufgrund des – unterstellten – Zusammenlebens mit dem Zeugen H um 13,5% reduzierten würde.

Allerdings ist davon auszugehen, dass mit Vollendung des 16. Lebensjahres U nicht mehr 40
betreuungsbedürftig sein dürfte, die Betreuung zweier Kinder mithin entfällt; zu diesem
Zeitpunkt wird die Tochter Z das 5. Lebensjahr vollendet haben. Von da an wird mit Rücksicht
auf die gesteigerte Erwerbsverpflichtung der Beklagten gegenüber dem Kläger eine
vollsichtige Erwerbstätigkeit in Betracht zu ziehen sein.

III. 41

Die Nebenentscheidungen folgen aus §§ 97 Abs. 1, 708 Nr. 10 ZPO. 42