
Datum: 28.10.2009
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 10. Senat für Familiensachen
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: II-10 WF 53/09
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2009:1028.II10WF53.09.00

Vorinstanz: Amtsgericht Bochum, 57 F 241/08

Tenor:

1.

Das Verfahren wird vom Einzelrichter auf den Senat übertragen.

2.

Auf die sofortige Beschwerde des Antragstellers vom 18.02.2009 wird der Beschluss des Amtsgerichts – Familiengericht – Bochum vom 29.01.2009

– 57 F 241/08 – abgeändert.

Dem Antragsteller wird unter Beiordnung von Rechtsanwältin N aus C für folgenden Klageantrag ratenfreie Prozesskostenhilfe bewilligt:

Die Antragsgegnerin wird verurteilt, dem Antragsteller zu Händen seines Vaters als gesetzlichen Vertreter

a) rückständigen Kindesunterhalt für die Zeit Juli bis Dezember 2008 in Höhe von insgesamt 432,- € (2 x 76,- € und 4 x 70,- €) sowie

b) laufenden Kindesunterhalt für die Zeit Januar 2009 bis Juni 2009 in Höhe von monatlich 76,- € und ab Juli 2009 in Höhe von

84,- €

zu zahlen.

Der weitergehende Prozesskostenhilfeantrag und die weitergehende Beschwerde werden zurückgewiesen.

Die Gerichtsgebühr für das Beschwerdeverfahren wird auf die Hälfte reduziert; die außergerichtliche Kosten des Beschwerdeverfahrens werden nicht erstattet.

Gründe:

- | | |
|--|---|
| Der am 02.07.1997 geborene Antragsteller, der im Haushalt seines alleinsorgeberechtigten Vaters lebt, nimmt die Antragsgegnerin, seine Mutter, auf Zahlung von Kindesunterhalt in Anspruch. | 1 |
| Die Antragsgegnerin ist wiederverheiratet. Ihr Ehemann arbeitet vollschichtig als Kraftfahrer. Mit im Haushalt der Antragsgegnerin lebt deren aus einer anderen Beziehung stammende, am #####2002 geborene Tochter X, die bis Sommer 2009 eine Kindertagesstätte in C besuchte. Seit dem Sommer 2009 besucht X die Grundschule. | 2 |
| Bereits in dem Verfahren 57 F 104/06 wollte der Antragsteller die Antragsgegnerin auf Zahlung von Kindesunterhalt in Anspruch nehmen. Die dafür von ihm nachgesuchte Prozesskostenhilfe wurde dem Antragsteller seinerzeit vom Amtsgericht Bochum mit Beschluss vom 31.08.2006 mit der Begründung verweigert, dass die Antragsgegnerin zur Zahlung von Kindesunterhalt nicht leistungsfähig sei. | 3 |
| Im vorliegenden Verfahren will der Antragsteller die Antragsgegnerin, die nach Auslaufen eines zeitlich befristeten Arbeitsverhältnisses seit dem 15.06.2008 arbeitslos ist, erneut auf Zahlung von Kinderunterhalt in Anspruch nehmen. Er meint, dass die Antragsgegnerin bei entsprechenden Bewerbungsbemühungen, deren Vornahme er bestreitet, auch als ungelernte Kraft ohne weiteres monatlich 1.200,- € netto hätte verdienen können, so dass sie nach Abzug des ihr zu belassenden Selbstbehalts von 900,- € für die Zahlung des von ihm geltend gemachten Kindesunterhalts von monatlich 245,- € als leistungsfähig anzusehen sei. Hierfür bittet er erneut um Bewilligung von Prozesskostenhilfe. | 4 |
| Die Antragsgegnerin hat behauptet, sich seit dem 15.06.2008 intensiv und nachhaltig um eine vollschichtige Erwerbstätigkeit beworben zu haben, bislang jedoch ohne Erfolg. Sie habe selbst ein Interesse daran, wieder eine Erwerbstätigkeit aufzunehmen, zumal der leibliche Vater von X für diese – wie unstreitig ist – wegen Inhaftierung keinen Unterhalt zahle. Allerdings sei zu berücksichtigen, dass X sich lediglich von 7:30 Uhr bis 15:30 Uhr in der Kindertagesstätte habe aufhalten können. Andere Betreuungsmöglichkeiten hätte es daneben nicht gegeben. Weiter hat die Antragsgegnerin eingewandt, dass es auch ungewiß sei, ob X in der von ihr ab Sommer 2009 besuchten Y-Grundschule ganztags betreut werden könne, weil es dort nur insgesamt 20 Plätze zur offenen Ganztagsbetreuung gebe. | 5 |
| | 6 |

Das Amtsgericht hat mit Beschluss vom 29.01.2009 den Prozesskostenhilfeantrag des Antragstellers wiederum mit der Begründung zurückgewiesen, dass die Antragsgegnerin für die Zahlung des geltend gemachten Kindesunterhalts nicht leistungsfähig sei. Die Antragsgegnerin sei im Hinblick auf die Versorgung ihrer erst 5-jährigen Tochter X nicht zur Aufnahme einer vollschichtigen Erwerbstätigkeit verpflichtet. Denn auch ein Kind, das eine Ganztagschule besuche, sei noch im besonderen Maße auf die Betreuung und Versorgung durch die Mutter angewiesen. Frühestens ab dem Zeitpunkt, an dem sich X in der Grundschule eingelebt habe und der Schulbesuch reibungslos verlaufe, könnte erwogen werden, ob der Antragsgegnerin eine Ausweitung auf eine vollschichtige Tätigkeit zumutbar sei. Zudem könne die Antragsgegnerin als ungelernte Kraft kaum ein höheres Einkommen als 900,- € bis 1.000,- € monatlich verdienen, so dass zweifelhaft sei, ob sie mit diesem Einkommen Barunterhalt leisten könne.	
Hiergegen richtet sich die sofortige Beschwerde des Antragstellers vom 18.02.2009, mit der er unter anderem einwendet, dass in der von X besuchten Kindertagesstätte eine Betreuung bis 16.30 Uhr möglich gewesen sei. Auch sei die Antragsgegnerin verpflichtet, das für sie erzielbare Einkommen durch Wahl der Steuerklasse zu steigern. Wegen der weiteren Einzelheiten des Beschwerdevorbringens wird auf Blatt 25 bis 27 der Akten Bezug genommen.	8
Das Amtsgericht hat mit Beschluss vom 20.02.2009 entschieden, der Beschwerde nicht abzuhelpfen, und die Sache dem Senat zur Entscheidung vorgelegt.	9
II.	10
Die gemäß § 127 Abs. 2 S. 2 ZPO zulässige sofortige Beschwerde des Antragstellers ist teilweise begründet.	11
Das Amtsgericht Bochum hat den Prozesskostenhilfeantrag des Antragstellers zu Unrecht in vollem Umfang mit der Begründung zurückgewiesen, dass die Antragsgegnerin zur Zahlung Kindesunterhalt nicht leistungsfähig sei.	12
Dem Antragsteller steht bei summarischer Prüfung des beiderseitigen Parteivorbringens gegen die Antragsgegnerin ein Anspruch auf Zahlung von rückständigem Kindesunterhalt für die Zeit Juli bis Dezember 2008 in Höhe von insgesamt 432,- € sowie von laufendem Kindesunterhalt für die Zeit Januar 2009 bis Juni 2009 in Höhe von monatlich 76,- € und beginnend ab Juli 2009 in Höhe von 84,- € zu.	13
1.	14
Die Antragsgegnerin muss sich nach dem derzeitigen Sach- und Streitstand bereits für die Zeit ab Anfang Juli 2008 ein fiktives Einkommen aus einer vollschichtigen Erwerbstätigkeit anrechnen lassen.	15
a)	16
Aufgrund der ihr gemäß § 1603 Abs. 2 S. 1 BGB gegenüber dem minderjährigen Antragsteller obliegenden gesteigerten Unterhaltsverpflichtung hätte die Antragsgegnerin bereits spätestens drei Monate vor Auslaufen ihres bis zum 15.06.2008 befristeten Arbeitsverhältnisses damit beginnen müssen, sich intensiv und nachhaltig um eine andere vollschichtige Erwerbstätigkeit zu bewerben. Solche Bewerbungsbemühungen hat die Antragsgegnerin trotz des Bestreitens des Antragstellers bislang nicht in hinreichender Weise	17

dargetan und nachgewiesen. Ihr bloßer Sachvortrag, sich seit dem 15.06.2008 intensiv und nachhaltig um eine vollschichtige Erwerbstätigkeit bemüht zu haben, reicht hierfür ebensowenig aus wie die bloße Meldung beim Arbeitsamt als arbeitssuchend. Vielmehr gehört zu den zumutbaren Bemühungen um eine Arbeitsstelle auch, dass sich der Unterhaltspflichtige aus eigenem Antrieb laufend über Zeitungsannoncen, Vermittlungsagenturen und ähnliches um Arbeit bemüht. Er muss Stellenangebote in Zeitungen und Anzeigenblättern, die am Wohnort und in der Region erscheinen, auf entsprechende Anzeigen sorgfältig überprüfen. In Frage kommen auch sonstige Privatinitiativen wie Erkundigungen im Bekanntenkreis, Nachfrage bei früheren Arbeitgebern und ähnliches. Um seiner Darlegungs- und Beweislast für hinreichende Bemühungen zu genügen, muss der Unterhaltspflichtige in nachprüfbarer Weise vortragen, welche Schritte er im Einzelnen unternommen hat, um eine Arbeitsstelle zu finden. Er muss nachprüfbar darlegen, um welche Stellen er sich in der fraglichen Zeit beworben hat, was aus diesen Bewerbungen geworden ist und was er sonst konkret unternommen hat, um Arbeit zu finden. Dazu muss er auch die entsprechenden Bewerbungsschreiben und die Antwortschreiben vorlegen (Wendl-Dose, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, 7. Auflage 2008, § 1 Rn. 527 m.w.Nw.). An dahingehenden Darlegungen und Nachweisen der Antragsgegnerin fehlt es bislang völlig.

b) 18

Die Antragsgegnerin war im Verhältnis zum Antragsteller auch zur Aufnahme einer vollschichtigen Erwerbstätigkeit verpflichtet. Allein der Umstand, dass ihre aus einer anderen Beziehung stammende, am 22.09.2002 geborene Tochter X mit in ihrem Haushalt lebt und erst im Sommer 2009 in die Grundschule eingeschult worden ist, lässt entgegen der Ansicht des Amtsgericht die Aufnahme einer vollschichtigen Tätigkeit für die Antragsgegnerin nicht schon unzumutbar erscheinen. 19

Insoweit ist nämlich bereits zu beachten, dass es im vorliegenden Verfahren nicht um einen Betreuungsunterhaltsanspruch der Antragsgegnerin gegen den Kindesvater von X aus § 1570 BGB geht, sondern um den Anspruch des minderjährigen Antragstellers auf Kindesunterhalt gegen seine ihm barunterhaltspflichtige Mutter nach §§ 1601, 1603 BGB. Ebenso wie im Fall der Geschwistertrennung gemeinsamer ehelicher Kinder kann sich die barunterhaltspflichtige Antragsgegnerin ihrer Unterhaltsverpflichtung gegenüber dem nicht bei ihm lebenden Antragsteller grundsätzlich nicht mit der Begründung entziehen, sie betreue dessen Halbschwester. Sie ist verpflichtet, das Existenzminimum des vom anderen Elternteil betreuten Kindes sicherzustellen, wenn und soweit sie dazu nach ihrem beruflichen Fähigkeiten ohne Gefährdung ihres notwendigen Selbstbehalts in der Lage ist. Dazu hat sie einer Erwerbstätigkeit nachzugehen und in diesem Zusammenhang dafür zu sorgen, dass die bei ihr lebende Tochter während der Zeit ihrer Erwerbstätigkeit anderweitig betreut wird. Dabei kann die insbesondere beim Ehegattenunterhalt nach § 1570 BGB und dem Unterhalt nach § 1615 I BGB auch nach dem 01.01.2008 teilweise immer noch vertretende Rechtsansicht, dass ein Kleinkind der ständigen Betreuung durch einen Elternteil bedürfe, nicht ohne weiteres herangezogen werden, weil jeder Elternteil für den Unterhalt jedes seiner Kinder zu sorgen hat. Deshalb kann sich die barunterhaltspflichtige Mutter auch grundsätzlich nicht darauf berufen, sie könne nur einer teilschichtigen Arbeit nachgehen, weil sie – wie hier – eine 6-jährigen Halbschwester des unterhaltsberechtigten Kindes betreuen müsse (Wendl-Klinkhammer, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, 7. Auflage 2008, § 2 Rn. 315 m.w.Nw.). 20

Ungeachtet dessen hat die für ihre Leistungsunfähigkeit darlegungs- und beweispflichtige Antragsgegnerin aber auch keine Gründe dargetan, die die Annahme rechtfertigen könnten, dass ihr ausnahmsweise die Aufnahme einer vollschichtigen Erwerbstätigkeit nicht möglich gewesen ist. So hat sie für ihre Behauptung, dass X sich bis Sommer 2009 nur von 7:30 Uhr bis 15:30 Uhr in der Kindestagesstätte habe aufhalten können, keinen Beweis angetreten, obgleich der Antragsteller schon in erster Instanz eingewandt hatte, dass der Betreuungszeitraum in der Kindertagesstätte bis 16.30 Uhr gegangen sei. Ebenso hat die Antragsgegnerin nicht dargetan und glaubhaft gemacht, dass X nicht ab Sommer 2009 eine andere, in zumutbarer Entfernung von ihrer Wohnung gelegene Grundschule hätte besuchen können, in der Ganztagsbetreuung sichergestellt gewesen wäre.

Auch der vom Amtsgericht angeführte Gesichtspunkt, dass ein gerade in eine Ganztagsgrundschule eingeschultes Kind nach Schulschluss noch in besonderem Maße auf die Betreuung und Versorgung durch die Mutter angewiesen sei, rechtfertigt keine anderweitige Beurteilung. Zwar hat der Bundesgerichtshof zum Betreuungsunterhaltsanspruch nach § 1570 BGB n.F. ausgeführt, dass die ausgeübte oder verlangte Erwerbstätigkeit neben dem nach der Erziehung und Betreuung in Tageseinrichtungen verbleibenden Anteil der Kindesbetreuung nicht zu einer überobligationsmäßigen Belastung des betreuenden Elternteils führen darf, die ihrerseits wiederum negative Auswirkungen auf das Kindeswohl entfalten könnte (BGH, FamRZ 2009, 770 ff., Juris-Ausdruck Rz. 32). Ungeachtet dessen, dass diese zu § 1570 entwickelten Regeln – wie bereits oben ausgeführt - nicht ohne weiteres auf den Anspruch auf Kindesunterhalt nach §§ 1601, 1603 BGB übertragen werden können, hat der Bundesgerichtshof zum Betreuungsunterhalt aber auch weiter ausgeführt, dass allein das Alter des Kindes noch nicht zu einer Einschränkung der Erwerbsobliegenheit führt, sondern es hierzu vielmehr konkreter tatrichterlicher Feststellungen zum Umfang der zeitlichen Belastung im Rahmen einer (möglichen) Vollzeittätigkeit einerseits sowie zum Umfang der zusätzlichen Beanspruchung durch die Betreuung des gemeinsamen Kindes nach Beendigung der Fremdbetreuung andererseits bedarf (BGH, a.a.O. JurisAusdruck Rz. 35; FamRZ 2009, 1124 ff. - Juris-Ausdruck Rz. 40). Für dahingehende Feststellungen fehlt es aber ebenfalls bislang an jeglichen Darlegungen seitens der Antragsgegnerin.

22

2.

23

Die Antragsgegnerin muss sich damit für die Zeit bis Ende Dezember 2009 ein monatliches Einkommen aus vollschichtiger Erwerbstätigkeit in Höhe von monatlich 998,- € netto und ab Anfang Januar 2009 ein solches in Höhe von monatlich 1.011,29 € netto zurechnen lassen.

24

Denn nach den Erfahrungen des Senats ist bei intensiven und nachhaltigen Bewerbungsbemühungen selbst für eine ungelernte weibliche Arbeitskraft ein Bruttostundenlohn von 8,- € auf dem deutschen Arbeitsmarkt durchaus erzielbar. Für eine vollschichtige Erwerbstätigkeit mit 172 Monatsarbeitsstunden errechnet sich damit ein monatliches Bruttoeinkommen von 1.326,- €.

25

Die hiervon (fiktiv) in Abzug zu bringende Lohnsteuer ist nach der Lohnsteuerklasse IV zu berechnen. Zwar wäre es der Antragsgegnerin bei Aufnahme einer vollschichtigen Tätigkeit in steuerrechtlicher Hinsicht unbenommen, durch Wahl der Steuerklasse V für sich selbst und der Steuerklasse III für ihren Ehemann Letzteren in den vollen Genuß des Splittingvorteils zu bringen. Jedoch kann sie die damit für sich selbst ergebende erhöhte Steuerbelastung dem Unterhaltsanspruch des Antragstellers nicht entgegenhalten. Denn im Verhältnis zum Antragsteller, dem sie gesteigert unterhaltsverpflichtet ist, ist die Antragsgegnerin verpflichtet, die sich ihr bietenden steuerlichen Gestaltungsmöglichkeiten so auszunutzen, dass ihr ein

26

möglichst hohes Nettoeinkommen verbleibt (OLG Karlsruhe FamRZ 2007, 1123 f.). Wählt sie die für sie ungünstige Steuerklasse V, ist deshalb die von ihrem Arbeitslohn einbehaltene Lohnsteuer durch einen Abschlag zu korrigieren, durch den die mit der Einstufung in die Steuerklasse V verbundene Verschiebung der Steuerbelastung möglichst behoben wird und eine solche nach der Steuerklasse IV erreicht wird (OLG Hamm, OLGR 2000, 159 ff – Juris Ausdruck Rz. 19 f., m.w.Nw.).

Bei Besteuerung nach Lohnsteuerklasse IV und 1,0 Kinderfreibetrag sowie Abzug der Sozialversicherungsbeträge und einem pauschalen Abzug in Höhe von 5 % für berufsbedingte Aufwendungen errechnet sich danach ausweislich der nachstehenden Unterhaltsberechnungstabelle für den Zeitraum Juli bis Dezember 2008 ein fiktives monatliches Nettoeinkommen der Antragsgegnerin von 948,14 € und für die Zeit ab Januar 2009 von 960,73 €.

3. 28

Der hiervon zugunsten der Antragsgegnerin gemäß Ziffer 21.2 der Hammer Leitlinien (HLL) in Abzug zu bringende sogenannte notwendige Selbstbehalt von 900,- € ist mit Rücksicht auf die durch das Zusammenleben der Antragsgegnerin mit ihrem neuen Ehemann verbundenen Einsparungen bei den allgemeinen Lebenshaltungskosten gemäß Ziffern 21.5 und 6.2 HLL um 10 % auf 810,- € zu kürzen. Damit ergibt sich eine Leistungsfähigkeit der Antragsgegnerin für Kindesunterhalt in Höhe von 138,41 € für die Zeit von Juli bis Dezember 2008 und von 150,73 € ab Januar 2009.

4. 30

Allerdings kann der Antragsteller nur einen Teilbetrag hiervon für sich beanspruchen. Denn nach dem unwidersprochen gebliebenen Vorbringen der Antragsgegnerin zahlt der leibliche Vater von X für diese wegen Inhaftierung keinen Kindesunterhalt, so dass die Antragsgegnerin für X neben dem Betreuungsunterhalt auch den Barunterhalt aufzubringen hat. Es ist deshalb eine Mangelverteilung vorzunehmen, wobei für beide Kinder als Einsatzbeträge jeweils die Zahlbeträge der 1. Einkommensgruppe der jeweiligen Altersstufe in die Berechnung einzustellen sind. Für den Antragsteller ist bis Ende 2008 der Zahlbetrag der 2. Altersstufe der Düsseldorfer Tabelle Stand 2008 von 245,- € und für die Zeit von Januar bis Juni 2009 der Zahlbetrag der 2. Altersstufe der Düsseldorfer Tabelle Stand 2009 von 240,- € zugrunde zu legen. Für die Zeit ab Juli 2009 beträgt der Zahlbetrag wegen Erreichens der 3. Altersstufe 295,- €. Für X ist bis Ende August 2008 der Zahlbetrag der 1. Altersstufe der Düsseldorfer Tabelle Stand 2008 von 202,- € zugrunde zu legen und für die Zeit ab September 2008 wegen Erreichens der 2. Altersstufe der Zahlbetrag 245,- €. Ab Januar 2009 beträgt der Zahlbetrag der 2. Altersstufe nach der neuen Düsseldorfer Tabelle Stand 2009 nur noch 240,- €.

Der danach auf den Antragsteller entfallende Anteil an dem von der Antragsgegnerin gegenüber beiden Kindern geschuldeten Barunterhalt beläuft sich damit für die Zeit vom Juli bis August 2008 auf aufgerundet 76,- €, für die Zeit von September bis Dezember 2008 auf aufgerundet 70,- €, für die Zeit von Januar bis Juni 2009 auf aufgerundet 76,- € und für die Zeit ab Juli 2009 auf aufgerundet 84,- €.

	Jul-Aug 08	Sept-Dez 08	Jan-Jun 09	ab Juli 09	33
fiktives Bruttoeinkommen:	1.376,00 €		1.376,00 €		

Lohnsteuer (Kl. IV):	-90,16 €		-83,66 €	
Solidaritätszuschlag:	-0,00 €		-0,00 €	
Kirchensteuer:	-3,31 €		- 2,76 €	
Rentenvers.:	-136,91 €		-136,91 €	
Arbeitslosenvers.:	-22,70 €		-19,26 €	
Krankenvers.:	-111,46 €		- 108,70 €	
Pflegevers.:	-13,42 €		- 13,42 €	
monatliches Nettokommen:	998,04 €		1.011,29 €	
abzgl. 5 % berufsbed. Aufw.	-49,90 €		- 50,56 €	
verbleiben:	948,14 €		960,73 €	
abzgl. gekürzter SB	- 810,00 €		- 810,00 €	
leistungsfähig für KU	138,14 €	138,14 €	150,73 €	150,73 €
K, geb. 20.07.1997:	245,00 €	245,00 €	240,00 €	295,00 €
X, geb. 22.09.2002	202,00 €	245,00 €	240,00 €	240,00 €
	447,00 €	290,00 €	280,00 €	535,00 €
Anteil d. Antragstellers in %:	55 %	50 %	50 %	55 %
anteiliger KU K:	75,71 €	69,07 €	75,36 €	83,11 €
aufgerundet:	76,00 €	70,00 €	76,00 €	84,00 €

Nach alledem war dem Antragsteller, der seine Prozesskostenarmut in hinreichender Weise glaubhaft gemacht hat, lediglich in dem im Tenor bezeichneten Umfang abändernd Prozesskostenhilfe zu bewilligen. 34

III. 35

Die Kostenentscheidung beruht auf Nr. 1812 KV zum GKG, § 127 Abs. 4 ZPO. 36