
Datum: 04.07.2013
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 2. Senat für Familiensachen
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 2 WF 203/12
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2013:0704.2WF203.12.00

Vorinstanz: Amtsgericht Marl, 12 F 267/12
Schlagworte: Wegfall der in einem Vergleich vorgenommenen Einkommensfiktion nicht durch Zeitablauf
Normen: § 239 FamFG
Leitsätze:

1. Allein der Zeitablauf von mehr als fünf Jahren seit Abschluss eines Vergleichs führt nicht ohne weiteres zum Wegfall einer in diesem Vergleich vorgenommenen Einkommensfiktion (vgl. BGH FamRZ 2008, 872).
2. Erst wenn der Unterhaltspflichtige sich ernsthaft und intensiv ohne Erfolg um eine Arbeitsstelle bemüht hat, ist ihm das fiktive Einkommen nicht mehr zuzurechnen, was in einem Abänderungsverfahren geltend gemacht werden kann.

Tenor:

Die sofortige Beschwerde des Antragstellers gegen den Beschluss des Amtsgerichts ? Familiengericht ? Marl vom 03.09.2012 wird zurückgewiesen.

Gründe: 1

I. 2

3

Der Antragsteller begehrt die Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe für einen Abänderungsantrag titulierten Kindesunterhalt betreffend mit dem Ziel des Wegfalls der Unterhaltsverpflichtung ab August 2012. Er ist Vater des Kindes N, welches bei seiner Mutter wohnhaft ist. Er verpflichtete sich vor dem Amtsgericht Marl mit Vergleich vom 25.04.2007 ? 12 F 487/09 AG Marl ?, ab Dezember 2006 an die Kindesmutter für den am 01.12.2006 geborenen Antragsgegner einen monatlichen Unterhaltsbetrag in Höhe von 199,00 € zu zahlen. Ausweislich des Protokolls wies das Gericht die Beteiligten vor Vergleichsabschluss darauf hin, dass der Antragsteller bei Steuerklasse I mit einem Kinderfreibetrag von 0,5 bei einer vollschichtigen Tätigkeit unter Zugrundelegung des Bruttolohnes von 11,01 €/Stunde einen Nettolohn in Höhe von 1.239,00 € erzielen würde. Zum Zeitpunkt des Vergleichsabschlusses war der Antragsteller bei der Firma S in seiner erlernten Tätigkeit als Einzelhandelskaufmann lediglich teilzeitbeschäftigt. Der Antragsteller ist seit August 2004 gelernter Einzelhandelskaufmann. Er arbeitete nach seiner Ausbildung rund drei Jahre im Marktbereich der S-Gruppe. Im Jahr 2007 oder 2008 wurde er arbeitslos und übte danach eine Tätigkeit als Lagerhelfer aus. Hierzu trägt er vor, er habe keine Möglichkeit gehabt, im Bereich seines ausgebildeten Berufes tätig zu werden. Noch im Jahre 2008 wurde er wieder arbeitslos. Im Zeitraum 2010 bis 2011 war er als stellvertretender Marktleiter bei der Firma O tätig. Der Antragsteller verlor auch diese Stelle. Seit dem 06.09.2011 nahm der Antragsteller eine vollschichtige Tätigkeit als Paketfahrer auf, mit der er ein Einkommen in Höhe von 1.900,00 € brutto erzielte, was monatlich netto 1.190,62 € entsprach. Über das Vermögen des Geschäftsbetriebes seiner Anstellungsfirma wurde das Insolvenzverfahren eröffnet. Angesichts dessen traf er mit dem Insolvenzverwalter zum Ablauf des 31.10.2012 eine Aufhebungsvereinbarung. Seither ist er arbeitslos. Zur Begründung seines Abänderungsbegehrens hat der Antragsteller sich auf Leistungsunfähigkeit berufen. Er hat für die Zeit, in der er noch berufstätig war, Fahrtkosten in Höhe von 366,00 € monatlich geltend gemacht. Hierzu hat er behauptet, angesichts seines Schichtdienstes und der unregelmäßigen Anfangs- und Endzeiten sei ihm die Nutzung öffentlicher Verkehrsmittel nicht zumutbar. Für die Errechnung der Fahrtkosten hat er eine Wegstrecke von 34,71 km von seinem Wohnsitz zum Firmensitz zugrunde gelegt. Das Familiengericht hat mit Beschluss vom 03.09.2012 den Antrag des Antragstellers auf Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe zurückgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, der Antragsteller habe nicht ausreichend substantiiert vorgetragen, dass er nicht in der Lage sei, weiterhin einen Stundenlohn von 11,01 € zu erzielen. Der Antragsteller könne sich auch nicht darauf berufen, dass sich die damalige Schätzung des Gerichtes nicht bestätigt habe. Der Vortrag, dass ein Stundenlohn von 11,01 € nur im Rahmen einer Teilzeitbeschäftigung möglich sei, überzeuge nicht. Hiergegen wendet sich der Antragsteller mit seiner Beschwerde. Zur Begründung trägt er unter Vorlage von 15 Bewerbungsschreiben aus dem Monat September 2012 vor, er bewerbe sich zwischenzeitlich umfangreich in seiner gelernten Tätigkeit als Einzelhandelskaufmann. Die damalige Prognose, er könne fiktiv ein Einkommen von 11,01 € brutto erzielen, habe sich als nicht richtig erwiesen. Die Bewerbungsbemühungen würden noch andauern. Er werde demnächst wiederum Bewerbungen zur Verfügung stellen. Das Familiengericht hat der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem Senat zur Entscheidung vorgelegt. Zur Begründung hat es darauf verwiesen, der Antragsteller habe vor Antragstellung offenbar keinerlei Bewerbungsbemühungen unternommen. Die vorgelegten Bewerbungsschreiben stellten gerade keinen Beleg dafür da, dass ein Stundenlohn von 11,01 € nicht erzielbar sei. Der Antragsgegner vertritt die Auffassung, dass der Antragsteller sich zumindestens seit 2007 habe bemühen müssen, eine Tätigkeit in seinem erlernten Beruf als Einzelhandelskaufmann zu finden, um den aktuellen Mindestunterhalt zahlen zu können.

Trotz mehrfacher Ankündigungen, Bewerbungsversuche zur Akte einzureichen, hat der Antragsteller weitere Bewerbungsunterlagen nicht vorgelegt.

II.	5
Die zulässige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg. Das Verfahren nach § 239 FamFG auf Abänderung des Unterhaltsvergleichs hat keine hinreichenden Erfolgsaussichten im Sinne des § 114 ZPO in Verbindung mit § 113 Abs. 1 S. 2 FamFG. Der Antragsteller hat keine Tatsachen vorgetragen, die die Abänderung des Vergleichs zu seinen Gunsten wegen fehlender Leistungsfähigkeit rechtfertigen könnten.	6
Seine bis zum 31.10.2012 tatsächlich erzielten Einkünfte aus vollschichtiger Tätigkeit sind zwar geringer als im Vergleich zugrunde gelegt. Jedoch ist der Antragsteller weiterhin an den im Vergleich zugrunde gelegten fiktiven Erwerbseinkünften festzuhalten. Insoweit folgt der Senat den zutreffenden Gründen des angefochtenen Beschlusses nebst der dortigen Berechnung. 1. Mit der aufgenommenen Tätigkeit als Paketfahrer hat der Antragsteller seiner unterhaltsrechtlichen Obliegenheit, in seinem erlernten Beruf als Einzelhandelskaufmann eine vollschichtige Tätigkeit aufzunehmen, nicht gezeigt. Angesichts der in das Protokoll aufgenommenen Berechnung des mit einer derartigen Tätigkeit erzielbaren Einkommens war klagestellt, dass der Antragsteller eine unterhaltsrechtliche Obliegenheit hatte, sich um eine entsprechende Tätigkeit zu bemühen, und zwar zeitnah nach Vergleichsabschluss. Dass der Antragsteller dieser Obliegenheit nachgekommen ist, hat er nicht hinreichend dargelegt. Davon, dass er entsprechende Erwerbsbemühungen entfaltet hat, kann nach Aktenlage nicht ausgegangen werden. Bei den Bewerbungen ist sowohl auf die Quantität als auch Qualität der Bewerbungen abzustellen. Die Bewerbungsbemühungen müssen jedenfalls nachhaltig sein, was sich auch in der Vielzahl von Bewerbungen ausdrücken muss (vgl. OLG Hamm, FamRZ 2004, 298). Bei schriftlichen Bewerbungen sind, um eine Überprüfung zu ermöglichen, in der Regel das Stellenangebot, das Bewerbungsschreiben sowie ein Antwortschreiben vorzulegen (Wendl/Dose, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, 8. Aufl. 2011,	7
§ 1 Rdn. 782). Die in diesem Verfahren vorgelegten Bewerbungsschreiben betreffen nur den Monat September 2012 und belegen ein nachhaltiges Bemühen nicht. 2. Allein der Zeitablauf seit Abschluss des Vergleiches von mittlerweile mehr als fünf Jahren führt ohne weiteres nicht zu einem Wegfall der Fiktion (BGH, FamRZ 2008, 872). Dem Unterhaltspflichtigen ist das fiktive Einkommen in der Regel solange zuzurechnen, wie er sich nicht hinreichend um einen neuen Arbeitsplatz bemüht hat (vgl. Wendl/Dose, a.a.O., § 1 Rdn. 796). Erst dann, wenn er sich ernsthaft und intensiv um eine Arbeitsstelle bemüht hat, kann er gegebenenfalls im Wege eines Abänderungsantrags geltend machen, dass die Bemühungen erfolglos waren (OLG Karlsruhe, FamRZ 1983, 931). 3. Die Beurteilung ändert sich auch nicht für die Zeit ab dem 1.11.2012, dem Beginn der Arbeitslosigkeit des Antragstellers. Auf die damit verbundene Reduzierung der Einkünfte kann nur dann abgestellt werden, wenn der Unterhaltsschuldner zuvor eine Arbeitsstelle inne hatte, mit der er seiner unterhaltsrechtlichen Obliegenheit genügt hat. Dies war – wie dargelegt – hier gerade nicht der Fall.	8
III.	9
Eine Kostenentscheidung ist nach § 113 Abs. 1 S. 2 FamFG in Verbindung mit § 127 Abs. 4 ZPO nicht veranlasst.	10
