
Datum: 17.01.2013
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 2. Senat für Familiensachen
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: II-2 UF 53/12
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2013:0117.II2UF53.12.00

Vorinstanz: Amtsgericht Bottrop, 21 F 482/11
Schlagworte: Zuwendungen des Arbeitgebers, fiktives Einkommen
Normen: BGB §§ 1601, 1603
Leitsätze:

1.

Geldwerte Zuwendungen des Arbeitgebers können allein insoweit als Einkommen angerechnet werden, als sie entsprechende Aufwendungen des Unterhaltspflichtigen ersparen.

2.

Zur Zurechnung eines fiktiven Einkommens bei vorhandener Berufserfahrung als Kraftfahrer.

Tenor:

Auf die Beschwerde des Antragsgegners und die Anschlussbeschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss des Amtsgerichts – Familiengericht – Bottrop vom 09.02.2012 abgeändert.

Der Antragsgegner wird verpflichtet, an die Antragstellerin für das minderjährige Kind B, geboren am 04.07.1998, rückständigen Kindesunterhalt in Höhe von 412,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 373,00 € seit dem 26.11.2010 und weiteren 39,00 € ab dem 01.02.2011 und laufenden Kindesunterhalt in Höhe von jeweils 12,00 € monatlich für die Monate Januar 2011 und Februar 2011, jeweils 156,00 €

monatlich für die Monate März 2011 bis einschließlich Januar 2012, jeweils 141,00 € monatlich für die Monate Februar 2012 bis einschließlich Dezember 2012 und ab einschließlich Januar 2013 jeweils 116,00 € monatlich im Voraus zum ersten Werktag eines jeden Monats zu zahlen.

Der Antragsteller wird verpflichtet, an die Antragstellerin für das minderjährige Kind D, geboren am 04.02.2000, rückständigen Kindesunterhalt in Höhe von 140,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 26.11.2010 und laufenden Kindesunterhalt in Höhe von 10,00 € für Februar 2011, jeweils 127,00 € monatlich für die Monate März 2011 bis einschließlich Januar 2012, jeweils 141,00 € monatlich für die Monate Februar 2012 bis einschließlich Dezember 2012 und ab einschließlich Januar 2013 jeweils 116,00 € monatlich im Voraus zum ersten Werktag eines jeden Monats zu zahlen, wobei die Zahlungen für den Zeitraum von Februar 2011 bis einschließlich September 2011 an das Land Nordrhein-Westfalen, vertreten durch den Kreis X, für die Zeit von November 2011 bis einschließlich Januar 2012 an das Land Nordrhein-Westfalen, vertreten durch die Stadt C, und im Übrigen an die Antragstellerin zu leisten sind.

Im Übrigen wird der Antrag zurückgewiesen. Die weitergehende Beschwerde und Anschlussbeschwerde werden zurückgewiesen.

Die Kosten des Verfahrens erster Instanz werden der Antragstellerin zu 63 % und dem Antragsgegner zu 37 % auferlegt. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden der Antragstellerin zu 47 % und dem Antragsgegner zu 53 % auferlegt.

Die sofortige Wirksamkeit der Entscheidung wird angeordnet.

Der Verfahrenswert für das Beschwerdeverfahren wird auf 6.438,00 € festgesetzt; hiervon entfallen 6.330,00 € auf die Beschwerde und 108,00 € auf die Anschlussbeschwerde.

Gründe	1
I.	2
Die Beteiligten streiten über Kindesunterhalt.	3
Die Beteiligten sind seit dem 11.10.2010 getrennt lebende Eheleute. Sie sind seit dem 31.01.2012 durch Beschluss des Amtsgerichts Bottrop – 21 F 424/11 – vom 28.12.2011 rechtskräftig geschieden. Aus der Ehe sind die beiden Kinder B und D hervorgegangen. Die Kinder leben bei der Antragstellerin. Das Kindergeld für die Kinder erhält die Antragstellerin.	4
Der Antragsgegner hat keinen Schulabschluss. Er absolvierte das Berufsvorbereitungsjahr und das Berufsgrundjahr. Er hat keinen Beruf erlernt. Eine Lehre zum Fahrzeugbaulackierer brach er nach dem ersten Lehrjahr ab. Er war von Herbst 2008 bis zum 26.10.2010 als	5

selbständiger Futterlieferant tätig. Ab dem 01.11.2010 war er aufgrund Arbeitsvertrages vom 15.10.2010 in dem Unternehmen seines Bruders als Fahrer für Kehrmaschinen und LKW-Fahrten beschäftigt. Vom 16.12.2010 bis zum 02.02.2011 war er arbeitsunfähig krankgeschrieben. Er erhielt während dieser Zeit Lohnfortzahlungen seines Arbeitgebers. Seit November/Dezember 2011 befindet sich der Antragsgegner in Paraguay.

Mit anwaltlichem Schreiben vom 22.10.2010 wies die Antragstellerin den Antragsgegner auf Unterhaltsansprüche der gemeinsamen Kinder hin und forderte den Antragsgegner zur Zahlung des Mindestunterhaltes auf. Der Antragsgegner verweigerte mit anwaltlichem Schreiben vom 16.11.2010 die Zahlung unter Hinweis auf seine Erkrankung und sein geringes tatsächlich erzielttes Einkommen und verlangte die Einräumung von Umgangskontakten. 6

Die Antragstellerin erhielt für das Kind D Leistungen nach dem UVG vom 11.10.2010 bis 30.09.2011 vom Kreis X in Höhe von 2.112,00 € (1 x 132,00 € im Oktober und 11 x 180,00 € für die Folgemonate) und seitens der Stadt C seit dem 01.11.2011 in Höhe von 180,00 € monatlich. 7

Die Antragstellerin hat gemeint, der Antragsgegner sei hinreichend leistungsfähig. Der Arbeitsvertrag vom 15.10.2010 sei nach eigenen, ihr gegenüber gemachten Angaben des Antragsgegners so gestaltet worden, dass er keinen Kindesunterhalt zahlen müsse. Der Antragsgegner gehe dort einer verantwortungsvollen Tätigkeit und nicht nur Fahrtätigkeiten nach, so dass das arbeitsvertraglich festgesetzte Bruttogehalt weit untersetzt sei. Beachtlich sei in diesem Zusammenhang, dass der Antragsgegner mit seiner Lebensgefährtin eine Reise nach Kenia geplant habe. Überdies erhalte der Antragsgegner von seinem Bruder einen PKW Mercedes Benz E-Klasse einschließlich sämtlicher Nebenkosten zur Verfügung gestellt, wie sich auch an dem amtlichen Kennzeichen ersehen lasse, da die Zahlenkombination „xx“ seinem Geburtsjahr entspreche. Mithin sei ein geldwerter Vorteil von 500,00 € monatlich anzurechnen. Der Vortrag zu einem unternommenen Suizidversuch sei falsch, wie sich anhand während der Weihnachtsfeiertage auf der Internetplattform „facebook“ eingestellter Fotos und Einträge ersehen lasse. 8

Die Antragstellerin hat beantragt, 9

1. den Antragsgegner zu verpflichten, an sie rückständigen Unterhalt in Höhe von 1.230,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 % über dem Basiszinssatz seit dem 26.11.2010 zu zahlen, 10

2. den Antragsgegner zu verpflichten, an sie für das minderjährige Kind B Fielder, geboren am 04.07.1998, ab Dezember 2010 Kindesunterhalt in Höhe von 100 % des jeweiligen Mindestunterhaltes der 3. Altersstufe nach § 1612 BGB abzüglich des hälftigen Kindergeldes, monatlich im Voraus zum 1. Werktag eines jeden Monats zu zahlen, derzeit 334,00 €, und 11

3. den Antragsgegner zu verpflichten, für das minderjährige Kind D, geboren am 04.02.2000, ab Dezember 2010 Kindesunterhalt in Höhe von 100 % des jeweiligen Mindestunterhaltes der 2. Altersstufe nach § 1612 BGB abzüglich des hälftigen Kindergeldes, monatlich im Voraus zum 1. Werktag eines jeden Monats zu zahlen, derzeit 272,00 €, mit der Maßgabe, dass Zahlungen für das Kind D in Höhe von 180,00 € monatlich für den Zeitraum von Dezember 2010 bis einschließlich September 2011 an das Land Nordrhein-Westfalen, vertreten durch den Kreis X, und für den Zeitraum von November 2011 bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung an das Land Nordrhein-Westfalen, vertreten durch die Stadt C, zu leisten sind. 12

Der Antragsgegner hat beantragt,	14
die Anträge zurückzuweisen.	15
Der Antragsgegner hat behauptet, dass er aus seiner selbständigen Tätigkeit ausschließlich Verluste erwirtschaftet habe. Er hat gemeint, er sei leistungsunfähig. Er habe bei seinem Bruder lediglich 1.300,00 € brutto verdient, was dem regelmäßigen Einkommen eines Kraftfahrers entspreche. Soweit das Fahrzeug betroffen sei, dürfe er dieses gelegentlich nutzen. Sofern er einen Gran Canaria Aufenthalt absolviert habe, sei dies betrieblich im Rahmen einer Geschäftsreise veranlasst gewesen; er habe seinen Bruder begleiten dürfen. Im Übrigen leide er an schweren Depressionen, wie sich an dem Schreiben des Herrn Dr. C2 vom 13.01.2011 ersehen lasse. Diese rührten aus der Trennung und aus dem Umstand, dass die Antragstellerin Umgangskontakte mit den gemeinsamen Kindern verweigere. Es habe lediglich zwei begleitete Treffen für jeweils zwei Stunden in neutralen Räumen gegeben. Er könne kein höheres Einkommen erzielen, da er aufgrund der Erkrankung und der Medikation arbeitsunfähig sei. Vom 16.12.2010 bis zum 02.02.2011 sei er wegen seiner Depression arbeitsunfähig krankgeschrieben gewesen. Weihnachten 2010 habe er einen Suizidversuch unternommen. Mehr als 40 Stunden in der Woche könne er nicht arbeiten. Eine gesteigerte Erwerbsobliegenheit treffe ihn nicht. Überdies habe er Schulden in Höhe von 60.000,00 €, deretwegen er sich um die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens, für welches er seitens der Antragstellerin nicht herausgegebene Unterlagen benötige, bemüht habe.	16
Das Amtsgericht hat nach Einholung des Gutachtens der Sachverständigen Dr. med. N vom 03.11.2011, auf dessen Inhalt zur Vermeidung von Wiederholungen verzichtet wird, unter Antragszurückweisung im Übrigen den Antragsgegner verpflichtet, rückständigen Kindesunterhalt in Höhe von 844,00 € nebst Zinsen und laufenden Kindesunterhalt für das Kind B in Höhe von 233,00 € (69,63 % des Mindestunterhaltes) und für das Kind D in Höhe von 189,00 € (69,63 % des Mindestunterhaltes) mit der Maßgabe zu leisten, dass Zahlungen für das Kind D in Höhe von 180,00 € monatlich für den Zeitraum von Dezember 2010 bis einschließlich September 2011 an das Land Nordrhein-Westfalen, vertreten durch den Kreis X, und für den Zeitraum von November 2011 bis zum 01.02.2012 an das Land Nordrhein-Westfalen, vertreten durch die Stadt C, zu leisten sind. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass der Antragsgegner grundsätzlich leistungsfähig sei. Soweit die Sachverständige zwar einerseits eine rezidivierende depressive Störung, welche zu einer vorübergehenden Arbeitsunfähigkeit geführt habe, feststelle und andererseits ausführe, dass diese Störung keinen Einfluss auf seine Erwerbsfähigkeit habe, sei dies zwar nicht nachvollziehbar. Gleichwohl sei – aufgrund eigener mangelnder Sachkunde – davon auszugehen, dass an dieser Folgerung deswegen nicht zu zweifeln sei, weil die Sachverständige hinreichend sachkundig sei und auch die Untersuchungsmethoden wissenschaftlich fundierte Quellen mit bedacht hätten. Überdies sei der Rückschluss aus den Schilderungen und dem Eindruck des Antragsgegners nicht mit wissenschaftlichen Kriterien zu untermauern gewesen. Der Antragsgegner unterliege auch der gesteigerten Unterhaltspflicht. Er habe nicht dargetan, dass er alles Zumutbare unternommen habe, um seiner Pflicht zu entsprechen. Insofern sei ihm fiktiv ein Nettonebeneinkommen von 400,00 € aus einer Tätigkeit als Kellner, Aushilfe im Supermarkt oder Zeitungsausträger vor Berufsbeginn oder nach Feierabend oder am Wochenende zuzurechnen. Soweit der Antragsgegner nach Paraguay gezogen sei, sei unerheblich, dass er dort ein wesentlich geringeres Einkommen erziele, da er aus freiem Willen ausgewandert sei. Weiteres Einkommen wegen der PKW-Nutzung sei hingegen nicht anzurechnen, da die Antragstellerin ihren Vortrag für die Nutzung des Fahrzeuges für private	17

Fahrten nicht substantiiert habe. Weitere Abzüge vom Einkommen in Form der behaupteten Schulden seien mangels substantiierten Vortrags nicht vorzunehmen. Ausgehend von einem Nettoverdienst in Höhe von 1.372,00 € (791,54 € + 400,00 €) ergebe sich der jeweils titulierte Unterhalt.

Gegen diesen Beschluss wenden sich der Antragsgegner mit seiner Beschwerde und die Antragstellerin mit ihrer Anschlussbeschwerde. 18

Der Antragsgegner wendet ein, dass er entgegen den Feststellungen des Amtsgerichts unverschuldet nicht in der Lage sei, Erwerbseinkommen zu erzielen, durch das er seinen, geschweige denn den Unterhalt seiner Kinder sichern könne. Das Gutachten sei unbrauchbar. Soweit seine Beschäftigung in Form einer „Abrufarbeit“ bei seinem Bruder betroffen sei, sei er dort als „Mädchen für alles“ nachts und am Wochenende beschäftigt gewesen. Wegen seiner Erkrankung hätte er bereits die Probezeit in einem regulären Beschäftigungsverhältnis nicht überstanden. Deswegen sei er froh gewesen, dass er dieses Anstellungsverhältnis bei seinem Bruder mit einer Bruttovergütung von 1.300,00 € erhalten habe. Angesichts seiner Erkrankung sei er allein aufgrund der familiären Verbundenheit dort beschäftigt worden. Derzeit lebe er von Gefälligkeiten und verfüge über kein Einkommen. In Paraguay habe sein Bruder ein Haus angemietet. Inzwischen wohne der Bruder wieder in Deutschland. Er, der Antragsgegner, wohne weiterhin in Paraguay. 19

Der Antragsgegner beantragt, 20

unter „Aufhebung“ des angefochtenen Beschlusses die Anträge der Antragstellerin zurückzuweisen. 21

Die Antragstellerin beantragt, 22

die Beschwerde zurückzuweisen und 23

unter Abänderung der angefochtenen Entscheidung, den Antragsgegner zu verpflichten, an sie rückständigen Unterhalt in Höhe von 952,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 % über dem Basiszinssatz seit dem 26.11.2010 zu zahlen. 24

Der Antragsgegner beantragt, 25

die Anschlussbeschwerde zurückzuweisen. 26

Die Antragstellerin behauptet, der Antragsgegner sei leistungsfähiger als erstinstanzlich von diesem vorgetragen. Während der Anstellung bei seinem Bruder habe er sich als Geschäftsführer geriert. Soweit sein Gehalt betroffen gewesen sei, sei dieses ohnehin unter Tarif vereinbart gewesen; das übliche Gehalt für einen Kraftfahrer im Nahverkehr liege bei 2.300,00 €. Überdies habe ihm der PKW zur privaten Nutzung zur Verfügung gestanden. Soweit der Antragsgegner sich durch den Umzug nach Paraguay seinen Unterhaltspflichten entzogen habe, sei überdies beachtlich, dass er dort mehrere Grundstücke erworben und bar bezahlt habe, auf denen mehrere Ferienhäuser bzw. Wohnungen errichtet würden. 27

II. 28

Die Beschwerde und die Anschlussbeschwerde sind zulässig und in dem aus der Beschlussformel ersichtlichen Umfang begründet. 29

1. 30

Der Antragsgegner schuldet den gemeinsamen Kindern die Zahlung von Kindesunterhalt nach § 1601 BGB. Aufgrund fehlenden eigenen Einkommens und Vermögens sind die gemeinsamen Kinder auch bedürftig. Die gemeinsamen Kinder leben im Haushalt der Antragstellerin so dass diese – ungeachtet des vereinzelt stattgefundenen Umgangs mit dem Antragsgegner – die Kinder betreut und versorgt (§ 1606 Abs. 3 BGB). Der Bedarf der Kinder hat sich mithin allein am Einkommen des barunterhaltspflichtigen, nicht betreuenden Antragsgegners auszurichten. 31

a) Bis zum 26.10.2010 war er als selbständiger Futterlieferant tätig. Ab dem 01.11.2010 war er aufgrund Arbeitsvertrages vom 15.10.2010 bei seinem Bruder bis zu seiner Reise nach Paraguay bis November oder Dezember 2011 beschäftigt. 32

(a) 33

Für den Monat Oktober 2010 ist vom tatsächlichen Einkommen des Antragsgegners auszugehen. Der Antragsgegner ging vor der Trennung seiner selbständigen Tätigkeit nach. Die Beteiligten trennten sich am 11.10.2010. Trotz der nach dem 12.10.2010 einsetzenden Obliegenheit zur Aufrechterhaltung bzw. Schaffung einer den Mindestunterhalt sichernden Erwerbslage kann jedenfalls im Oktober 2010 noch kein fiktives Erwerbseinkommen wegen Verletzung einer Erwerbsobliegenheit zugerechnet werden (vgl. OLG Hamm, Beschluss vom 25.05.2011 - II-8 UF 6/11 - FamFR 2011, 513). Nach Aufgabe der selbständigen Tätigkeit muss dem Antragsgegner die angemessene Möglichkeit zur Neuorientierung zugebilligt werden. 34

(b) 35

Der Antragsteller hat indes zu seinen tatsächlichen im Oktober 2010 erzielten Einkünften keine hinreichenden Angaben gemacht. Er hat lediglich pauschal und damit substanzlos negative Einkünfte aus selbständiger Tätigkeit behauptet. Er hat aber – trotz entsprechenden Hinweises des Senats in seinem Beschluss vom 22.10.2012 – nach wie vor nicht seine Einkünfte im Einzelnen dargelegt. Da er für seine Leistungsunfähigkeit im Falle der Geltendmachung des Mindestunterhaltes darlegungs- und beweisbelastet ist, ist mithin für Oktober 2010 der jeweilige Mindestunterhalt anzusetzen. Für B sind damit 334,00 € und für D 140,00 € (272,00 € abzgl. der in diesem Monat geleisteten UVG-Zahlung in Höhe von 132,00 €) an die Antragstellerin zu leisten. Beachtlich ist, dass für das Kind D im Oktober 2010 132,00 € an Unterhaltsvorschussleistungen geleistet worden sind. Mithin ist infolge gesetzlichen Forderungsübergangs nach § 7 Abs. 1 Satz 1 UVG in Höhe dieser Unterhaltsvorschussleistung der Anspruch auf Zahlung an das Land Nordrhein-Westfalen übergegangen. Eine Rückübertragung im Sinne des § 7 Abs. 4 Satz 1 UVG ist weder dargetan noch sonst erkennbar, so dass der übergegangene Unterhaltsanspruch in dieser Höhe, soweit es die Zeit vor der am 31.01.2011 eingetretenen Rechtshängigkeit betrifft, mangels Aktivlegitimation nicht geltend gemacht werden kann (vgl. OLG München, Beschluss vom 28.09.2011 - 12 UF 129/11 - FamRZ 2012, 795). 36

b) 37

Für die Zeit von November 2010 bis einschließlich Februar 2011 ist maßgebend das tatsächliche Einkommen des Antragsgegners. 38

aa) 39

40

Soweit das Einkommen des Antragsgegners ab November 2010 aus der Anstellung bei seinem Bruder betroffen ist, sind die tatsächlichen Bezüge dem Grunde nach unstreitig. Die Antragstellerin rügt insofern allein, dass der Antragsgegner während seines Anstellungsverhältnisses beim Bruder statt 1.300,00 € brutto 2.300,00 € brutto hätte erzielen können, zumal noch der Nutzungsvorteil für den PKW in Höhe von 500,00 € zu beachten sei.

bb) 41

Eine Zurechnung fiktiven (weiteren oder höheren) Einkommens kommt für diesen Zeitraum nicht in Betracht. 42

(1) 43

Der Annahme des Amtsgerichts, dass die für den Unterhaltsanspruch in § 1603 Abs. 1 BGB vorausgesetzte Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen nicht allein durch sein tatsächlich vorhandenes Einkommen bestimmt wird, sondern auch durch seine Erwerbsfähigkeit, ist zwar zu folgen. Den Antragsgegner trifft damit unterhaltsrechtlich die Obliegenheit, die ihm zumutbaren Einkünfte zu erzielen, insbesondere seine Arbeitsfähigkeit so gut wie möglich einzusetzen und eine ihm mögliche Erwerbstätigkeit auszuüben. Der Antragsgegner kann auch verpflichtet sein, unter Umständen in zumutbaren Grenzen einen Orts- oder Berufswechsel vorzunehmen, wenn er nur auf diese Weise seine Unterhaltspflicht erfüllen kann (vgl. BGH, Urteil vom 15.12.1993 - XII ZR 172/92 - FamRZ 1994, 372; Klinkhammer, in: Wendl/Dose, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, 8. Aufl. 2011, § 2 Rn. 369). Kommt er dieser Erwerbsobliegenheit nicht nach, muss er sich so behandeln lassen, als ob er ein Einkommen, das er bei gutem Willen erzielen könnte, auch tatsächlich hätte, wobei es dann auf ein unterhaltsbezogenes leichtfertiges Verhalten nicht ankommt (vgl. Klinkhammer, in: Wendl/Dose, a.a.O., § 2 Rn. 243). 44

(2) 45

Ein Verstoß gegen die hier maßgebliche Erwerbsobliegenheit liegt nicht vor. 46

Für die Zeit ab dem 01.11.2010 war er aufgrund Arbeitsvertrages vom 15.10.2010 in dem Unternehmen seines Bruders als Fahrer für Kehrmaschinen und LKW-Fahrten beschäftigt. Dies ist unterhaltsrechtlich hinzunehmen. Insofern ist beachtlich, dass dem Antragsgegner eine Zeit der beruflichen Neuorientierung zuzubilligen ist. Insofern ist ein maßvoller Zeitraum von drei Monaten anzunehmen, so dass eine Zurechnung – höheren – fiktiven Einkommens erst ab dem 01.02.2011 in Betracht käme. Beachtlich ist ferner, dass der Antragsgegner jedenfalls bis einschließlich Februar 2011 arbeitsunfähig war. Damit aber kann für den Zeitraum bis einschließlich Februar 2011 ein etwaiges fiktives Erwerbseinkommen nicht zugerechnet werden. 47

(3) 48

Neben dem tatsächlichen Verdienst aus vollschichtiger Erwerbstätigkeit ist kein weiteres fiktives Nebeneinkommen in Höhe von 400,00 € zuzurechnen. 49

Der Antragsgegner hatte zunächst jedenfalls bis zur Trennung im Oktober 2010 keine Veranlassung, sich um eine Nebentätigkeit zu bemühen. Überdies war dem Antragsgegner auch insoweit eine Orientierungsphase zuzubilligen, vor deren Ablauf keine fiktive Zurechnung stattfinden kann. Zudem ist nach ständiger Rechtsprechung des Senats neben einer vollschichtigen Erwerbstätigkeit eine Nebentätigkeit regelmäßig nicht zumutbar. 50

Im Rahmen der Zumutbarkeit einer Nebentätigkeit sind die objektiven Grenzen einer Erwerbstätigkeit unter Berücksichtigung des Umfangs der schon ausgeübten Vollzeittätigkeit zu berücksichtigen. Übt also – wie hier – der unterhaltspflichtige Antragsgegner tatsächlich eine vollschichtige Berufstätigkeit aus, kann zwar grundsätzlich eine Nebentätigkeit von ihm verlangt werden, wenn diese 40 Stunden wöchentlich unterschritte (vgl. BGH, Urteil vom 03.12.2008 - XII ZR 182/06 - FamRZ 2009, 314). Denn wegen der gesteigerten Unterhaltspflicht nach § 1603 Abs. 2 Satz 1 und 2 BGB muss der Unterhaltspflichtige sich mindestens an der Höchstgrenze der regelmäßigen Erwerbstätigkeit orientieren, die gegenwärtig noch 40 Stunden wöchentlich beträgt. Vorliegend ist aber beachtlich, dass die tatsächlich ausgeübte Tätigkeit 40 Wochenstunden umfasst. Überdies ist nicht außer Betracht zu lassen, dass der Antragsgegner jedenfalls seinerzeit Umgangskontakte mit den gemeinsamen Kindern pflegte. Insofern ist zu gewährleisten, dass der Unterhaltspflichtige durch eine Nebentätigkeit nicht gehindert werden darf, Umgang auszuüben (vgl. BGH, Urteil vom 03.12.2008 - XII ZR 182/06 - FamRZ 2009, 314). Findet dieser aber auch am Wochenende oder Feiertagen statt, sind im Rahmen der objektiven Zumutbarkeit auch die Grenzen des Arbeitszeitgesetzes zu beachten (vgl. BGH, Urteil vom 03.12.2008 - XII ZR 182/06 - FamRZ 2009, 314). Nach § 9 Abs. 1 ArbZG dürfen Arbeitnehmer nämlich an Sonn- und gesetzlichen Feiertagen grundsätzlich nicht beschäftigt werden.	51
cc)	52
Der Antragsgegner erzielte tatsächlich aus seiner abhängigen Beschäftigung ein jeweiliges monatliches Nettoeinkommen in Höhe von 971,54 €.	53
Weiteres Einkommen erzielte der Antragsgegner nicht. Soweit die Nutzung des Fahrzeugs betroffen ist, meint die Antragstellerin, dass weitere 500,00 € als Nutzungsvorteil anzurechnen seien, so dass er ein Einkommen in Höhe von 1.471,54 € (971,54 € zuzüglich 500,00 €) erzielt habe. Allerdings lässt dieser Ansatz außer Betracht, dass – ungeachtet des Umstandes, dass zwischen den Beteiligten streitig ist, ob der PKW als Dienstwagen auch zur privaten Nutzung zur Verfügung gestellt worden ist – geldwerte Zuwendungen des Arbeitgebers allein dann als Einkommen angerechnet werden können, soweit sie entsprechende Aufwendungen ersparen (vgl. Ziffer 4 Hammer Leitlinien). Angesichts der tatsächlichen beengten wirtschaftlichen Verhältnisse des Antragsgegners kann aber nicht davon ausgegangen werden, dass er ohne die nach dem Vortrag der Antragstellerin erfolgte Zurverfügungstellung des Dienstwagens zu privaten Zwecken ein Fahrzeug angeschafft und unterhalten hätte. Denn beruflich war er auf ein Fahrzeug bereits deswegen nicht angewiesen, weil er auf dem Betriebsgrundstück wohnte. Soweit er ein Fahrzeug zur Wahrnehmung seines Umgangsrechts benötigte, hat ihm in der Folgezeit sein Bruder dessen allein privat genutztes Motorrad oder die Mutter des Antragsgegners ihren PKW zur Verfügung gestellt. Dann aber ist nicht erkennbar, dass der Antragsgegner sich allein zum Zwecke der Wahrnehmung der Umgangskontakte anderweit ein Fahrzeug angeschafft hätte.	54
dd)	55
Verteilbar waren im Zeitraum November bis Dezember 2010 unter Berücksichtigung des Selbstbehaltes von 900,00 € damit allein 71,54 € und für Januar 2011 und Februar 2011 unter Berücksichtigung des Selbstbehaltes von 950,00 € 21,54 €.	56
(1)	57
Im Wege einer Mangelfallverteilung entfielen hiervon auf das Kind B jeweils 39,43 €, gerundet 39,00 €, für die Monate November 2010 und Dezember 2010 und jeweils 11,87 €, gerundet	58

12,00 €, für Januar 2011 und Februar 2011.

- (2) 59
- Auf das Kind D entfielen für die Monate November 2010 und Dezember 2010 32,11 €, gerundet 32,00 €, und jeweils 9,67 €, gerundet 10,00 €, für Januar 2011 und Februar 2011. Da für das Kind D in diesem Zeitraum von November 2010 bis Februar 2011 jeweils monatliche Unterhaltsvorschussleistungen in Höhe von 180,00 € erfolgten, ist der Unterhaltsanspruch gemäß § 7 Abs. 1 UVG auf das Land übergegangen. Dieser Anspruchsübergang ist im Unterhaltsverfahren in der Weise zu berücksichtigen, dass der übergegangene Unterhaltsanspruch, soweit es die Zeit vor Rechtshängigkeit betrifft, mangels Aktivlegitimation vom Kind nicht geltend gemacht werden kann. Soweit es um den nach Rechtshängigkeit auf das Land übergegangenen Unterhaltsanspruch geht, kann dem gesetzlichen Forderungsübergang durch Umstellung des Antrags dahin Rechnung getragen werden, dass die Verpflichtung des Antragsgegners zur Zahlung an das Land im Umfang des Anspruchsübergangs begehrt wird. Damit ist der Antragsgegner zur Zahlung von 10,00 € für Februar 2011 an das Land Nordrhein-Westfalen, zahlbar an den Kreis X, verpflichtet. 60
- ee) 61
- Für die Monate Oktober 2010, November 2010 und Dezember 2010 war daher rückständiger Unterhalt für B in Höhe von 412,00 € und für D in Höhe von 140,00 € geschuldet. Der Antragsgegner wurde mit Schreiben vom 22.10.2010 aufgefordert, Unterhaltszahlungen vorzunehmen. Damit ist der Antragsgegner in Verzug im Sinne des § 1613 Abs. 1 Satz 1 BGB gekommen. Rechtshängig wurde der Antrag am 31.01.2011. Der Zinsanspruch rechtfertigt sich für den Rückstand für die Monate Oktober und November 2010 nach §§ 280 Abs. 2, 286 Abs. 1 BGB und für den Rückstand für Dezember 2010 nach § 291 BGB. 62
- c) 63
- Für den Zeitraum ab März 2011 ist ein fiktives monatliches Erwerbseinkommen des Antragsgegners in Höhe von 1.297,53 € anzunehmen. Denn mit Ablauf der dem Antragsgegner zuzubilligenden Orientierungsphase kann eine fiktive Zurechnung erfolgen. Der Antragsgegner hat seiner Erwerbsobliegenheit, sich um eine den Mindestunterhalt sicherstellende Erwerbstätigkeit zu bemühen, nicht genügt. 64
- aa) 65
- Die vom Antragsgegner behauptete Erkrankung hindert die Annahme einer entsprechenden Obliegenheit nicht. Dies steht aufgrund der erstinstanzlich durchgeführten Beweisaufnahme fest. 66
- Nach den überzeugenden Ausführungen der Sachverständigen war der Antragsgegner arbeitsfähig. Die Sachverständige hat insofern klar unterschieden zwischen den seitens des Antragsgegners bekundeten subjektiven Beschwerden und einer objektiven Diagnose. Sie hat ausgeführt, dass der Antragsgegner – subjektiv – viele Aspekte in selbstmitleidiger Form schildere. Er sehe sich als Opfer von objektiv belastenden Ereignissen. Seine aktuelle Grundstimmung sei gedrückt gewesen. 67
- Allerdings habe nach dem durchgeführten Test allein eine mäßiggradige depressive Symptomatik festgestellt werden können. Schwere depressive Symptome hätten nicht bestanden. Soweit der Antragsgegner auf depressive Episoden in seiner Vergangenheit 68

hingewiesen habe, hätten sich diese mit Hilfe von psychotherapeutischer bzw. medikamentöser und psychotherapeutischer Behandlung jeweils vollständig zurückgebildet. Auslöser für die depressive Symptomatik sei die Trennung bei gleichzeitigem Scheitern der Selbstständigkeit, die zu Schulden nach Angaben des Antragsgegners in Höhe von 60.000,00 € geführt hätten, gewesen. Allerdings könne diese depressive Episode mit Hilfe von Medikamenten und einer Psychotherapie gut behandelt werden, so dass sich die Symptomatik unter Behandlung bei entsprechender Mitarbeit in der Regel vollständig zurückgebildet hätte. Bereits zum Begutachtungszeitpunkt sei davon auszugehen, dass sich die Restsymptomatik vollständig zurückgebildet habe.

Diese Schlussfolgerung ist nachvollziehbar und in sich überzeugend. Denn die Sachverständige hat klar ausgeführt, dass die subjektiv geschilderten Beschwerden objektiv nicht verifizierbar waren.

69

Die Einwände des Antragsgegners gegen das Gutachten verfangen nicht. Soweit er meint, dass das Gutachten eine gutachterliche Stellungnahme vermissen lasse, ist dieser Ansatz schon nicht zutreffend. Die Sachverständige hat gerade ausgeführt, dass zunächst eine Befragung des Antragsgegners vorgenommen worden sei. Sodann habe sie ein testpsychologisches Verfahren durchgeführt. Ausdrücklich ist festgestellt, dass der Antragsgegner in diesem Test einen Summenwert von 17 erreicht habe. Bei den Punktwerten von 16-24 sei von einer mäßiggradigen depressiven Symptomatik auszugehen. Damit aber ist der Antragsgegner im unteren Bereich des Punkterahmens anzusiedeln. Soweit der Antragsgegner einwendet, dass nicht nachvollziehbar beschrieben sei, wie die Sachverständige diesen Punktwert ermittelt habe, greift dieser Einwand nicht durch. Die Sachverständige hat ausdrücklich ausgeführt, dass die Hamilton-Skala (HAMD oder HAM-D) (Abkürzung für Hamilton rating scale for depression) eingesetzt worden sei. Dies ist ein Diagnosewerkzeug zur Ermittlung der Schwere einer depressiven Störung. Die Hamilton-Skala ist eine klinische Fremdbeurteilungsskala und besteht aus 17 bzw. in anderen Versionen aus 21 oder 24 Fragen, bei denen der Untersucher (nicht der Patient selbst) jeweils auf einer Punkteskala von 0 bis 4 oder 0 bis 2 beurteilt, wie schwer ein bestimmtes Symptom ausgeprägt ist. Beispiele sind Schuldgefühle, verschiedene Arten von Schlafstörungen, Hypochondrie oder Suizidgedanken. Als Ergebnis erhält man einen Zahlenwert. Ab 10 Punkten spricht man von einer leichten, ab 20 von einer mittelschweren und ab 30 Punkten von einer schweren Depression. Die Hamilton-Depressionskala ist ein standardisiertes Diagnose-Instrument bzw. das am häufigsten verwendete Fremdbeurteilungsinstrument zur Beurteilung des Schweregrades einer Depression.

70

Die Sachverständige hat auch die vom Antragsgegner beschriebene Medikamenteneinnahme und deren Wirkung auf seine Leistungsfähigkeit hinreichend gewürdigt. Sie hat ausdrücklich die Einnahme von Tavor und Mirtazapin und entsprechende Nebenwirkungen, etwa in Form der Gewichtszunahme von 25 kg, sowie deren Wirkung auf seine Leistungsfähigkeit beschrieben. Zum einen hat sie klargestellt, dass es durchaus Zeiten der Arbeitsunfähigkeit geben kann, die aber auf die generelle Erwerbsfähigkeit keinen Einfluss haben. Insofern ist der Antragsgegner einem Arbeitnehmer, der zeitweise erkrankt und zeitweise an seiner Arbeitsleistung gehindert ist, gleichzustellen. Zum anderen hat sie auch ausgeführt, dass mit der Hilfe von Medikation sich die Symptomatik zurückbilden könne. Dem steht auch nicht der Umstand entgegen, dass – nach Angaben des Antragsgegners – dieser einen Suizidversuch unternommen habe. Soweit der Antragsgegner auf das Schreiben des Arztes Dr. C2 vom 13.01.2011 verweist, ist dort zwar eine schwere depressive Episode beschrieben. Überdies ist ein Verdacht auf Störung der Persönlichkeitsentwicklung mit emotional instabilen Anteilen und eine Anpassungs- und Belastungsstörung beschrieben. Aber auch hierin ist eine akute

71

Suizidalität nicht beschrieben. Zwar wird auch dort ein Suizidversuch wegen starker psychosozialer Belastung durch Zufügung einer Schnittverletzung erwähnt. Beachtlich ist jedoch, dass dies ausdrücklich als Vorgeschichte – und damit als auf den bestrittenen Angaben des Antragsgegners beruhend – gekennzeichnet ist.

Damit aber zeigt die Sachverständige deutlich, dass trotz der subjektiv empfundenen Problematik allein eine depressive Störung bestand, die sich unter Medikation bereits gebessert hat. Insofern ist er bereits seit März 2011 nicht mehr arbeitsunfähig. Soweit sie ausführt, dass es aufgrund der psychischen Erkrankung zu vorübergehenden krankheitsbedingten Ausfällen kommen kann und damit eine vorübergehende krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit angenommen werden muss, wirkt sich dies auf eine Erwerbsfähigkeit insgesamt nicht aus. Dies ist insofern völlig nachvollziehbar, weil eine kurzzeitige akute Erkrankungsphase allein zu einer zeitweisen Arbeitsunfähigkeit führen mag. Insofern hat die Sachverständige völlig zutreffend darauf hingewiesen, dass der Antragsgegner gerade nicht daran gehindert sei, sich um weitere Einstellungsmöglichkeiten erfolgreich zu bemühen.

72

bb)

73

Dass der Antragsgegner seiner Erwerbsobliegenheit in irgendeiner Form genügt hätte, ist nicht dargetan. Den Unterhaltspflichtigen trifft die Darlegungs- und Beweislast für seine mangelnde Leistungsfähigkeit. Er muss hinreichende Bemühungen um eine besser dotierte Arbeitsstelle dartun. Dazu gehören Angaben, wann und bei welchem Arbeitgeber er sich beworben hat. Hierzu ist nichts vorgetragen.

74

Soweit der Antragsgegner meint, dass er bei anderen Arbeitgebern ohnehin keine Anstellung hätte finden können, weil er krankheitsbedingt bzw. in Folge der Einnahme der Medikamente arbeitsunfähig gewesen wäre, greift dieser Einwand vor dem Hintergrund der durchgeführten Beweisaufnahme nicht durch. Zwar ist nicht auszuschließen, dass der Antragsgegner krankheitsbedingte Ausfallzeiten erleiden könnte. Dies spricht aber nicht dagegen, ihn von seiner Obliegenheit, sich um eine besser bezahlte Tätigkeit zu bewerben, freizustellen. Gegen eine entsprechende Berücksichtigung spricht zunächst nicht, dass – so die überzeugenden Feststellungen der Sachverständigen – mit erheblichen Ausfallzeiten gerechnet werden könnte. Denn den Umstand, dass er gegebenenfalls zeitweise ausfallen könnte, müsste der Antragsgegner einem potentiellen Arbeitgeber grundsätzlich nicht offenbaren. Eine Offenbarungspflicht bestünde nur dann, wenn er damit rechnen muss, infolge einer bereits vorliegenden Krankheit seiner Arbeitspflicht bei Beginn des Arbeitsverhältnisses nicht nachkommen zu können (vgl. LAG Hamm, Urteil vom 9.11.2006 – 17 Sa 172/06).

75

cc)

76

Dem Antragsgegner kann das Einkommen eines Berufskraftfahrers zugerechnet werden.

77

Der Antragsgegner verfügt zwar weder über einen Hauptschulabschluss noch über eine abgeschlossene Berufsausbildung. Wie indes dem Sachverständigengutachten zu entnehmen ist, hat er einen Führerschein „für alles“, damit also auch den Führerschein CE, war ursprünglich als Auslieferungsfahrer tätig und hatte zuvor mit seinem Bruder unter anderem ein Fuhrunternehmen betrieben. Damit aber ist der Antragsgegner nicht einer ungelernten Arbeitskraft gleichzusetzen. Auch wenn nicht zu verkennen ist, dass der Antragsgegner in diesem Berufsfeld nicht durchgehend gearbeitet hat, hat er doch entsprechende Berufserfahrung aufzuweisen.

78

(1)	79
Dass auch der Antragsgegner von seiner grundsätzlichen Eignung, in diesem Berufsfeld tätig werden zu können, ausgeht, zeigt der Umstand, dass er bei seinem Bruder – auch – als Kraftfahrer beschäftigt war. Überdies hat die Sachverständige seine Leistungsfähigkeit ohne Einschränkungen festgestellt.	80
(2)	81
Damit ist von dem Einkommen eines Berufskraftfahrers auszugehen. Ein Vergleich aktueller Löhne unter der Internetplattform: http://www.gehaltsvergleich.com/gehalt/Berufskraftfahrer-Berufskraftfahrer-Gueterverkehr.html ergibt, dass in Nordrhein-Westfalen ein Durchschnittsgehalt von 2.064,00 € brutto in diesem Bereich gezahlt wird. Nach geltendem Tarifvertragsrecht erhält ein Berufskraftfahrer in der Speditions-, Logistik- und Transportwirtschaft im Rahmen von Tätigkeiten, die entweder ein fachliches Können (Kenntnisse und Fertigkeiten) erfordern, das durch eine erfolgreich abgeschlossene einschlägige Berufsausbildung erworben wird, oder die erforderlichen fachlichen Kenntnisse und Fertigkeiten durch eine längjährige einschlägige Berufserfahrung erworben worden sind, ein Bruttogehalt von 10,92€/Stunde. Kraftfahrer mit erfolgreich abgeschlossener 2-jähriger Ausbildung als Berufskraftfahrer und anschließender 2-jähriger einschlägiger Fahrpraxis erzielen sogar einen Bruttostundenlohn von 11,30 €/Stunde.	82
Mithin hätte der Antragsgegner mit Berufserfahrung jedenfalls 10,92 € brutto/Stunde erzielen können. Bei rund 173 Stunden im Monat, dem senatsüblichen Ansatz bei der fiktiven Zurechnung eines Erwerbseinkommens aus vollschichtiger Tätigkeit, ergibt sich ein Bruttoeinkommen in Höhe von rund 1.899,00 €. Unter Berücksichtigung der Steuerklasse I ist die Lohnsteuer in Höhe von 195,16 €, der Solidaritätszuschlag in Höhe von 6,63 €, 9 % Kirchensteuer in Höhe von 10,85 €, 9,8% der Rentenversicherungsanteil in Höhe von 186,10 €, 1,5% der Arbeitslosenversicherungsanteil in Höhe von 28,48 €, 8,2% der Krankenversicherungsanteil (incl. 0,9% AN-Aufschlag) in Höhe von 155,72 € und der 0,975% Pflegeversicherungsanteil in Höhe von 18,52 € und damit ein monatliches Nettoeinkommen von 1.297,53 € anzunehmen.	83
(3)	84
Dem Antragsgegner ist auch für die Zeit seines Paraguay-Aufenthaltes dieses fiktive Einkommen zuzurechnen.	85
Da die Kinder ihre Lebensstellung von den Eltern ableiten, ist es zwar zu weitgehend, generell davon auszugehen, dass sich der Unterhaltspflichtige in seiner privaten Lebensführung derart einschränken muss, um sich allein nach den Unterhaltsbelangen der Kinder zu richten. Ob Belange der privaten Lebensführung jedenfalls dann regelmäßig und so auch hier zurückzustehen haben, wenn der Mindestunterhalt in Rede steht (vgl. OLG Saarbrücken, Beschluss vom 17.11.2011 - 6 UF 110/11 - FamFR 2012, 9; OLG Nürnberg, Beschluss vom 10.11.2003 - 10 WF 3523/03 - FamRZ 2004, 1312), mag dahinstehen. Denn der Antragsgegner hat schon überhaupt nichts dazu mit Substanz vorgetragen, weswegen er nach Paraguay habe gehen müssen. Soweit er darauf verweist, dass sein Bruder seine geschäftlichen Tätigkeiten dorthin verlagert habe, ist es dem Antragsgegner nicht ohne Weiteres unterhaltsrechtlich gestattet, sich mit dem deutlich niedrigeren Gehalt in Paraguay abzufinden.	86
(4)	87

Von diesem Einkommen sind fiktive berufsbedingte Aufwendungen in Höhe von 5 %, mithin 64,88 €, abzuziehen. Weitere Abzüge sind nicht vorzunehmen.	88
Soweit der Antragsgegner das Bestehen erheblicher Schulden geltend gemacht hat, kommt deren Berücksichtigung als Abzugsposten nicht in Frage. Diese sind nicht im Ansatz substantiiert vorgetragen worden. Soweit sich der Antragsgegner darauf beruft, dass er ein Insolvenzverfahren deswegen nicht durchlaufen könne, weil die Antragstellerin Unterlagen zurückhalte, mag zwar zu seinen Gunsten darauf geschlossen werde, dass er die Schulden ohne entsprechende Unterlagen nicht substantiieren könne. Aber dann wäre es jedenfalls verpflichtet gewesen, diese Unterlagen zumindest grob zu bezeichnen. Soweit der Mindestunterhalt für die Kinder – wie hier – nicht sichergestellt ist, kommt nach Ziffer 10.4.2 der Hammer Leitlinien ohnehin allein ein Abzug der Kreditzinsen in Betracht; die Tilgung bleibt unberücksichtigt. Hierzu hat er aber ebenfalls keinen Vortrag gehalten. Angesichts des Alters der gemeinsamen Kinder ist der Verweis auf das Verbraucherinsolvenzverfahren zur Sicherstellung der Leistungsfähigkeit zumutbar. Sein Hinweis, er könne das Insolvenzverfahren wegen nicht herausgegebener Unterlagen nicht eröffnen lassen, ist – wie gezeigt – substanzlos.	89
dd)	90
Nach einem anrechenbaren fiktiven Erwerbseinkommen in Höhe von 1.232,65 € (1.297,53 € abzgl. 64,88 €) ergeben sich die Unterhaltsansprüche wie folgt:	91
(1)	92
Für den Zeitraum von März 2011 bis einschließlich Dezember 2012 stehen unter Berücksichtigung des Selbstbehaltes von jeweils 950,00 € monatlich jeweils 282,65 € zur Verfügung.	93
Auf das Kind B entfällt für den Zeitraum von März 2011 bis Januar 2012 im Rahmen einer Mangelfallberechnung ein monatlicher Unterhaltsanspruch in Höhe von 155,79 €, gerundet 156,00 €. Auf das Kind D entfällt ein Anteil in Höhe von monatlich 126,87 €, gerundet 127,00 €, indes mit der Maßgabe, dass die Zahlungen an den Kreis X für die Zeit bis einschließlich September 2011 und für die Zeit von November 2011 bis einschließlich Januar 2012 an die Stadt C für das Land Nordrhein-Westfalen erfolgen.	94
(2)	95
Für den Zeitraum von Februar 2012 bis einschließlich Dezember 2012 ist beachtlich, dass auch das Kind D in die dritte Altersstufe der Düsseldorfer Tabelle einzuordnen ist. Auf beide Kinder entfällt daher im Rahmen einer Mangelfallberechnung ein jeweiliger monatlicher Unterhaltsanspruch in Höhe von 141,33 €, gerundet 141,00 €.	96
(3)	97
Ab Januar 2013 stehen – bei ansonsten unveränderten Umständen – wegen der Erhöhung des Selbstbehaltes von 950,00 € auf 1.000,00 € nur 232,65 € zur Verfügung. Davon entfallen auf beide Kinder jeweils 116,33 €, gerundet 116,00 €.	98
III.	99
Die Kostenentscheidung folgt aus § 243 Satz 2 Nr. 1 FamFG und richtet sich nach den jeweiligen Obsiegens- und Unterliegensanteilen. Die Anordnung der sofortigen Wirksamkeit	100

beruht auf § 116 Abs. 3 Satz 2 FamFG. Die Festsetzung des Verfahrenswertes beruht auf §§ 40 Abs. 1 Satz 1, 51 Abs. 1 und Abs. 2 FamGKG.
