

---

**Datum:** 19.03.2010  
**Gericht:** Oberlandesgericht Köln  
**Spruchkörper:** 10. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Beschluss  
**Aktenzeichen:** 10 UF 50/09  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGK:2010:0319.10UF50.09.00

---

**Vorinstanz:** Amtsgericht Monschau, 6 F 164/08

---

**Tenor:**

I. Die Berufung des Beklagten gegen das Urteil des Amtsgerichts - Familiengericht - Monschau vom 04. März 2009 (6 F 164/08) wird auf seine Kosten zurückgewiesen.

II. Der Antrag des Beklagten auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe für das Berufungsverfahren wird zurückgewiesen.

III. Den Klägern wird zur Verteidigung gegen die Berufung des Beklagten ratenfreie Prozesskostenhilfe unter Beiordnung von Rechtsanwalt Dr. G in E. bewilligt.

---

**Gründe:**

Die zulässige Berufung, über die der Senat nach § 522 Abs. 2 ZPO durch einstimmigen Beschluss entscheidet, hat in der Sache keinen Erfolg. Mangels hinreichender Erfolgsaussicht kann dem Beklagten auch keine Prozesskostenhilfe für das Berufungsverfahren bewilligt werden. Zur Begründung wird auf den Hinweisbeschluss vom 16. Juni 2009 Bezug genommen. Die Ausführungen des Beklagten in den Schriftsätzen vom 10. Juli 2009, 07. September 2009, 02. November 2009, 18. Januar 2010 und 11. Februar

1

2

2010 geben zu einer anderen Beurteilung keine Veranlassung.

1. 3

Die Kläger haben gegen den Beklagten einen Anspruch auf Zahlung von jeweils 288,00 € monatlich für September bis Dezember 2008 und auf jeweils 295,00 € monatlich ab Januar 2009 aus § 1601 BGB. Die Beträge entsprechen dem Mindestunterhalt bzw. liegen seit Januar 2010 sogar unter diesem. 4

a) 5

Beide Kinder sind unterhaltsbedürftig. Dass sich auch noch der Kläger zu 1 in einer Schulausbildung befindet, wird durch die Bescheinigung des Berufskollegs für Gestaltung und Technik des Schulverbandes in der Städteregion Aachen vom 26. August 2009 belegt. T., der das Gymnasium im Juli 2009 nach der Klasse 10 mit der Fachoberschulreife verlassen hat, besucht nunmehr ein Berufskolleg mit dreijährigem Bildungsgang, d.h. bis voraussichtlich Juli 2012. Ziel der Ausbildung ist der Erwerb der Fachhochschulreife sowie ein zusätzlicher Berufsabschluss nach Landesrecht (staatlich geprüfter Informationstechnischer Assistent). Anhaltspunkte dafür, dass der Kläger zu 1 entgegen seinen Angaben eine Ausbildungsvergütung erhält oder Leistungen der Arbeitsagentur oder Leistungen nach dem BAföG, sind weder vorgetragen noch sonst ersichtlich; die Ausführungen des Beklagten in seinen Schriftsätzen vom 07. September 2009 und 02. November 2009 beschränken sich auf Mutmaßungen. 6

b) 7

Der gegenüber den minderjährigen Klägern gesteigert unterhaltspflichtige Beklagte ist für seine Leistungsunfähigkeit darlegungs- und beweispflichtig. Ausgehend von seinen eigenen Tatsachenangaben kann Leistungsunfähigkeit jedoch nicht festgestellt werden. 8

Der Beklagte hat bis Juni 2009 ein monatliches Nettoerwerbseinkommen von 1.268,00 € beim F. und von Juli bis Dezember 2009 von 1.462,67 € beim K. e.V. erzielt. 9

Berufsbedingte Fahrtkosten kann er in Höhe der bei zumutbarer Benutzung von öffentlichen Verkehrsmitteln anfallenden Kosten von allenfalls rund 137,00 € im Monat geltend machen (beim F. wurde er in I., U., S., V., X, C., D. und J. eingesetzt, bei den Johannitern in B., H., L., M., Y., N. und Z.; eine Monatskarte des AVV in der Preisgruppe 4 / gesamtes AVV-Gebiet kostet 136,40 €, im ABO-Bezug sogar nur 113,67 €). Es verbleibt mithin ein bereinigtes Erwerbseinkommen von 1.131,00 € bis Juni 2009 und von 1.326,00 € für Juli bis Dezember 2009. 10

Seit Januar 2010 erzielt der Beklagte unter Zugrundelegung der von ihm vorgelegten Unterlagen ein Nettoerwerbseinkommen von rund 1.297,00 € im Monat. Die Gehaltsabrechnung für Januar 2010 weist einen Nettobetrag von rund 1.200,00 € aus, allerdings nicht für den gesamten Monat, sondern nur für den Zeitraum 04. bis 31. Januar 2010. Werden die in 28 Tagen geleisteten 188 Arbeitsstunden auf 30,5 Tage bzw. 205 Arbeitsstunden im Monat hochgerechnet (entsprechend einer Arbeitszeit von knapp 48 Stunden in der Woche; die Dienstzeit des Beklagten beträgt nach dem Arbeitsvertrag täglich mindestens 8 Stunden; darüber hinaus ist der Beklagte verpflichtet, im Rahmen der gesetzlichen Höchstgrenze Mehrarbeit zu leisten sowie Rufbereitschaften zu übernehmen), ergibt sich ein Nettoeinkommen von 1.296,83 €. 11

Der Arbeitsvertrag ist nach den vorgelegten Unterlagen nicht zeitlich befristet. Der Beklagte wird in Aachen beschäftigt. Bei der gebotenen Benutzung der öffentlichen Verkehrsmittel kann der Beklagte nunmehr berufsbedingte Kosten für die Fahrten zwischen seiner Wohnung in V. und dem Arbeitsplatz in Aachen in Höhe von rund 59,00 € in Ansatz bringen (die AVV-Monatskarte in der Preisgruppe 2 / Fahrten zwischen Startgebiet und einer benachbarten Stadt oder Gemeinde kostet im ABO-Bezug 58,83 €). Es verbleibt ein bereinigtes Erwerbseinkommen von 1.238,00 € im Monat.

Der notwendige Selbstbehalt des Beklagten ist wegen des Zusammenlebens mit seiner neuen Ehefrau um 150,00 € zu vermindern. Der Beklagte ist, wie sich aus seinem Schriftsatz vom 10. Juli 2009 ergibt, seit August 2008 erneut verheiratet. Aufgrund der mit dem gemeinsamen Wohnen und Wirtschaften verbundenen Ersparnisse kann der notwendige Selbstbehalt von 900,00 € herabgesetzt werden, ggf. bis zum sozialhilferechtlichen Mindestbedarf (BGH FamRZ 2008, 968, 973). Unter Berücksichtigung der Gesamtumstände ist hier eine Herabsetzung auf 750,00 € angemessen. Dieser Betrag überschreitet noch immer deutlich den Betrag, den der Beklagte – ausgehend von seinen eigenen Angaben – im Falle des Bezugs von ALG II erhalte (der 90 %-Regelsatz für einen volljährigen Partner innerhalb einer Bedarfsgemeinschaft beträgt 323,00 €; hinzu käme der hälftige Anteil an der Warmmiete [ohne Strom pp.]).

Für den Kindesunterhalt verbleibt folglich bis Juni 2009 ein Betrag von 381,00 € im Monat, von Juli bis Dezember 2009 ein Betrag von 576,00 € im Monat und ab Januar 2010 ein Betrag von 488,00 € im Monat.

Damit ist im Zeitraum Juli bis Dezember 2009 der Bedarf von insgesamt 590,00 € (2 x 295,00 €) bereits nahezu – bis auf 14,00 € im Monat – gedeckt. Für September bis Dezember 2008 ergibt sich ein Fehlbetrag von monatlich 195,00 € (381,00 € - [2 x 288,00 €]) und für Januar bis Juni 2009 ein Fehlbetrag von monatlich 209,00 € (381,00 € - [2 x 295,00 €]).

Diese Fehlbeträge von insgesamt 2.118,00 € bis Dezember 2009 (4 x 195,00 € + 6 x 14,00 € + 6 x 209,00 €) sowie die ab Januar 2010 monatlich fehlenden 102,00 € kann und muss der Beklagte durch die Verwertung der Immobilie aufbringen.

Dem Beklagten ist ein Verkauf der Immobilie rechtlich und tatsächlich möglich.

Auf einen zum Schadensersatz gegenüber der geschiedenen Ehefrau verpflichtenden Bruch des Scheidungsvertrages vom 19. Dezember 2005 kann der Beklagte sich nicht berufen, auch nicht darauf, das Grundstück sei unverkäuflich. Die geschiedenen Eheleute hatten zwar ein unentgeltliches Wohnrecht für die Ehefrau/Kindesmutter vereinbart, diese selbst hatte den Beklagten jedoch später, im Vorfeld des vorliegenden Verfahrens, aufgefordert, seinen Grundstücksanteil zu verkaufen, um damit den Kindesunterhalt zahlen zu können. Bereits mit vorgerichtlichem Antwortschreiben vom 29. August 2008 war dem Beklagten mitgeteilt worden, dass sein Schwiegervater im Interesse der Enkelkinder und Tochter bereit sei, ihm den Hälfteanteil an dem Hausgrundstück gegen Zahlung eines Kaufpreises entsprechend dem Verkehrswert abzukaufen. Die Aufforderung, den Grundstücksanteil zu verkaufen, ist im vorliegenden Verfahren, in dem die Kindesmutter als der gesetzliche Vertreterin der Kläger beteiligt ist, wiederholt worden. Es ist auch erneut auf den Kaufinteressenten hingewiesen worden.

Dass die geschiedene Ehefrau im März 2009 das Teilungsversteigerungsverfahren eingeleitet hat, steht einem einvernehmlichen freihändigen Verkauf nicht entgegen. Es ist weder vorgetragen noch sonst ersichtlich, dass die geschiedene Ehefrau einer Veräußerung

der Immobilie z.B. an ihren Vater oder auch einen Dritten – entgegen dem Begehren in der Klageschrift – nicht mehr zustimmen würde.

Der Verkehrswert des Grundstücks beträgt nach dem vom Beklagten zwischenzeitlich auszugsweise vorgelegten Privatgutachten jedenfalls 25.000,00 €. Dass die baulichen Anlagen teilweise außerhalb des Grundstücks stehen und aufgrund der schlechten Bausubstanz eine Instandsetzung wirtschaftlich nicht mehr vertretbar erscheint, ist berücksichtigt. 20

Geeigneten Beweis für seine Behauptung, die Immobilie sei mit noch 30.000,00 € belastet, hat der Beklagte nicht angetreten. Die Kläger gestehen Belastungen in Höhe von 17.500,00 € zu. Aus den in der Akte befindlichen Unterlagen (Schreiben der Sparkasse Aachen vom 23. Januar 2009; mit Schriftsatz vom 25. September 2008 im eA-Verfahren vorgelegte Bestätigung der Sparkasse Aachen vom 12. August 2008) ergeben sich sogar nur Belastungen von noch knapp 16.000,00 €. 21

Bei Belastungen von insgesamt allenfalls 17.500,00 € errechnet sich ein realisierbarer Grundstückswert von mindestens 7.500,00 €, der dem Beklagten jedenfalls zur Hälfte zusteht. Ob sich aus Ziff. 7 des zwischen dem Beklagten und der früheren Ehefrau geschlossenen Scheidungsvertrages (s.u.) möglicherweise ein noch höherer Anteil ergibt und/oder der aus einem Verkauf der Immobilie erzielbare Hälfteanteil nicht sogar – entsprechend dem früheren Sachvortrag des Beklagten und den Angaben der Kläger – mit mindestens 10.000,00 € in Ansatz gebracht werden müsste, kann dahinstehen, da bereits ein Betrag von 3.750,00 € ausreichend ist, um das Erwerbseinkommen des Beklagten so aufzustocken, dass der vom Amtsgericht titulierte Kindesunterhalt jedenfalls noch bis einschließlich April 2011 gezahlt werden kann ( $3.750,00 \text{ €} - 2.118,00 \text{ €}$  [für den Unterhalt September 2008 bis Dezember 2009] = 1.632,00 €;  $1.632,00 \text{ €} : 102,00 \text{ €}$  [für den Unterhalt ab Januar 2010] = 16). 22

Ob der Beklagte bei der unterhaltsrechtlich gebotenen strengen Betrachtung nicht auch ab Januar 2010 eine Stelle hätte finden müssen, in der er ein vergleichbares Einkommen wie zuvor beim K.-e.V. erzielen könnte, ist nach alledem im Ergebnis ebenso ohne Belang wie die Tatsache, dass dem Beklagten bei einer Tätigkeit als Rettungsassistent/Rettungssanitäter mit Arbeitszeiten von rund 48 Stunden pro Woche kein weiteres Einkommen aus Nebentätigkeit zugerechnet werden kann, unabhängig von den nach wie vor nicht hinreichend substantiiert dargelegten gesundheitlichen Beschwerden. 23

c) 24

Der Beklagte kann sich nicht darauf berufen, den Kindesunterhalt im Zeitraum September 2008 bis Februar 2009 zu 20 % durch Naturalunterhalt gedeckt zu haben, indem er den Klägern und ihrer Mutter das unentgeltliche Wohnen in dem in seinem Miteigentum stehenden Haus ermöglicht habe. Zum einen hat der Beklagten nach wie vor nicht schlüssig dargelegt, in welchem Umfang er von September 2008 bis Februar 2009 tatsächlich Leistungen erbracht hat; aus den Schreiben der Sparkasse Aachen vom 23. Januar 2009 ergibt sich, dass auf zwei Darlehenskonten Rückstände aufgelaufen waren. Zum anderen war in dem zwischen dem Beklagten und der Kindesmutter geschlossenen Scheidungsvertrag vom 19. Dezember 2005 nicht vereinbart, dass der Wohnvorteil auf den Kindesunterhalt angerechnet werden sollte. Das "mietfreie Wohnrecht" sollte nach den Vorstellungen der Vertragsparteien zudem nicht unentgeltlich erfolgen, vielmehr verzichtete die Kindesmutter gemäß Ziff. 7 der Vereinbarung "auf die gesetzliche Auszahlungssumme vom halben Hauswert, da sie das Wohnrecht in diesem Haus solange behält wie erwünscht, und Herr A. 25

P. weiterhin für die Unkosten (Darlehen) und Instandsetzung verantwortlich ist".

2. 26

Die vom Amtsgericht zuerkannten vorgerichtlichen Anwaltsgebühren sind nicht Gegenstand der Berufungsbegründung vom 12. Juni 2009. Diese beschränkt sich auf den Vortrag, der Beklagte sei nicht im Sinne der Klage leistungsfähig, da er seit der letzten mündlichen Verhandlung mehrere Krankenhausaufenthalte hinter sich habe, organisch im Magenbereich erkrankt sei, sich zudem in psychologischer Behandlung befinde und außerstande sei, "zusätzlich zu arbeiten"; im übrigen werde er im Juni 2009 seine Arbeitsstelle verlieren. Warum die Klage – auch – hinsichtlich des prozessual selbständigen Anspruchs auf Erstattung der vorgerichtlichen Anwaltskosten unbegründet sein soll, lässt die Berufungsbegründung nicht erkennen, sie ist insoweit unvollständig und mangels der nach § 520 Abs. 3 Nr. 2 ZPO erforderlichen selbständigen Begründung bereits unzulässig. Darauf, dass hinsichtlich der Nebenforderung kein Verzug eingetreten sei, keine Anspruchsgrundlage bestehe und es zudem an der Aktivlegitimation der Kläger fehle, hat der Beklagte sich erstmals mit Schriftsatz vom 07. September 2009 berufen. 27

3. 28

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO. 29

Berufungsstreitwert: 7.614,00 € (2 x 288,00 € + 3 x 2 x 288,00 € + 9 x 2 x 295,00 €, § 42 Abs. 1, 5 GKG a.F.). 30