

Kindesunterhalt: Gesteigerte Erwerbsobliegenheit des Unterhaltsschuldners bei der Betreuung weiterer Kinder; Bemessung des fiktiven Einkommens; Zumutbarkeit einer Nebentätigkeit bei der Betreuung weiterer Kinder

Leitsatz

1. Die gesteigerte Erwerbsobliegenheit entfällt grundsätzlich nicht bei der Betreuung weiterer Kinder. Zur Ermöglichung einer Erwerbstätigkeit sind für die im Haushalt des Unterhaltsschuldners lebenden Kinder zumutbare Fremdbetreuungsmöglichkeiten in Anspruch zu nehmen. [RN 27]
2. Bei der Bemessung der Höhe von fiktiven Einkünften kann grundsätzlich auf die Mindestlöhne nach dem Arbeitnehmerentendegesetz bzw. tarifliche Entgelte abgestellt werden. Die Untergrenze des zurechenbaren Einkommens ergibt sich grundsätzlich aus dem Mindestlohngesetz. [RN 32, 34]
3. Soweit der Unterhaltsschuldner überwiegend weitere in seinem Haushalt lebende Kinder betreut, ist die Ausübung einer Nebentätigkeit neben einer vollschichtigen Haupttätigkeit in der Regel nicht zumutbar. [RN37]

Tenor

1. Der Beschluss des Amtsgerichts - Familiengericht - Schwarzenbek vom 16. September 2014 (22 F 268/14) wird unter Zurückweisung der Beschwerde im Übrigen - abgeändert.

Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, an den Antragsteller einen monatlich jeweils bis zum 3. eines jeden Monats im Voraus fälligen Kindesunterhalt zu Händen des Kindesvaters für den Zeitraum Juni 2014 bis Dezember 2014 in Höhe von monatlich 128,00 € und ab Januar 2015 in Höhe von monatlich 92,00 € zu zahlen.

Im Übrigen wird der Antrag zurückgewiesen.

2. Von den Kosten des Verfahrens in beiden Instanzen tragen der Antragsteller 70 % und die Antragsgegnerin 30 %.
3. Im Hinblick auf den ab Februar 2015 geschuldeten laufenden Kindesunterhalt wird die sofortige Wirksamkeit der Entscheidung angeordnet.
4. Die Rechtsbeschwerde wird nicht zugelassen.

Gründe

I.

1. Der Antragsteller verlangt die Zahlung von Mindestunterhalt von der Antragsgegnerin.
2. Der am 13.11.2002 geborene Antragsteller ist der Sohn der Antragsgegnerin. Er lebt seit Dezember 2013 im Haushalt des Kindesvaters. Zuvor lebte er im Haushalt der Kindesmutter.
3. Die Ehe der Antragsgegnerin mit dem Vater des Antragstellers wurde vor Jahren geschieden. Aus dieser Ehe

stammt neben dem Antragsteller auch dessen Zwillingsschwester A., die weiterhin im Haushalt der Kindesmutter lebt. Der Kindesvater zahlt für A. keinen Kindesunterhalt.

- 4 Die Antragsgegnerin lebt mit einem Partner in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft zusammen. Aus dieser Beziehung ist ihr Sohn J. geboren im Jahr 2008, hervorgegangen. Er lebt im Haushalt seiner Eltern.
- 5 Die Antragsgegnerin ist Hausfrau. Sie ist gelernte Friseurin, übte den Beruf in der Vergangenheit jedoch nicht aus.
- 6 Die Antragsgegnerin hat bei der R. im Zeitraum 15. Juli 2000 bis zum 30. September 2001 als Bürohilfe gearbeitet. Über eine abgeschlossene Berufsausbildung als Bürokauffrau verfügt sie nicht.
- 7 In der Grundschule H. die die Zwillingsschwester des Antragstellers A. und der weitere Sohn der Antragsgegnerin J. besuchen. gibt es die Möglichkeit einer kostenpflichtigen täglichen Ganztagsbetreuung.
- 8 Der Antragsteller hat beantragt,
 - 9 die Antragsgegnerin zu verpflichten, an den Antragsteller ab April 2014 einen monatlich jeweils bis zum 03. eines jeden Monats im Voraus zahlbaren Unterhalt in Höhe von 100% der jeweiligen Mindestunterhaltsbeträge abzüglich des nach §1612 BGB anzurechnenden Kindergeldanteils zu zahlen und zwar bis einschließlich 31.10.2014 nach der zweiten Altersstufe, derzeit 272,00 Euro, und ab dem 01.11.2014 nach der dritten Altersstufe, derzeit 334,00 Euro.
- 10 Die Antragsgegnerin hat beantragt,
 - 11 den Antrag abzuweisen.
 - 12 Das Familiengericht hat den Antrag des Antragstellers zurückgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass die Antragsgegnerin nicht in der Lage sei, einen höheren Stundenlohn als 8,00 € brutto zu erzielen. Somit sei sie nicht in der Lage ein Einkommen oberhalb des notwendigen Selbstbehaltes zu erzielen.
 - 13 Gegen diese Entscheidung des Familiengerichts wendet sich der Antragsteller.
 - 14 Er ist der Auffassung, dass der Antragsgegnerin jedenfalls die Mindestlöhne im Gebäudereinigerhandwerk nach dem Arbeitnehmerentendegesetz als fiktives Einkommen zuzurechnen seien. Darüber hinaus könne sie als Bürohilfe arbeiten und dort ein ausreichendes Einkommen erzielen. Durch die Betreuung der in ihrem Haushalt lebenden Kinder sei sie nicht an einer Erwerbstätigkeit gehindert, da es in der Grundschule H. ein ganztägiges Betreuungsangebot gebe.
- 15 Der Antragsteller beantragt:
 - 16 1. den angefochtene Beschluss aufzuheben.
 - 17 2. die Antragsgegnerin zu verpflichten, an den Antragsteller ab April 2014 einen monatlich jeweils bis zum 3. eines jeden Monats im Voraus zahlbaren Unterhalt in Höhe von 100 % der jeweiligen Mindestunterhaltsbeträge abzüglich des nach § 1612 BGB anzurechnenden Kindergeldanteils zu zahlen und zwar bis einschl. 31.10.2014 nach der zweiten Altersstufe, derzeit 272,00 €, und ab dem 01.11.2014 nach der dritten Altersstufe, derzeit 334,00 €.
 - 18 3. die Antragsgegnerin zu verpflichten, an den Antragsteller einen rückständigen Unterhaltsbetrag in Höhe von 272,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

- 19 Die Antragsgegnerin beantragt,
- 20 die Beschwerde zurückzuweisen.
- 21 Sie ist der Auffassung, dass sie nicht hinreichend leistungsfähig sei. Eine Tätigkeit im Gebäudereinigerhandwerk könne sie aufgrund ihres Gesundheitszustandes nicht übernehmen. Darüber hinaus verfüge sie über keinen Führerschein. Anfragen bei in S. örtlich ansässigen Firmen hätten ergeben, dass im Gebäudereinigerhandwerk eine Vollzeitätigkeit nicht angeboten werde.
- 22 Der Senat hat durch Beschluss vom 1. Dezember 2014 dem Antragsteller teilweise Verfahrenskostenhilfe für das Beschwerdeverfahren bewilligt und die Beteiligten darauf hingewiesen, dass beabsichtigt ist, gemäß § 68 Abs. 3 FamFG über die Beschwerde ohne mündliche Verhandlung zu entscheiden.
- 23 Zur Ergänzung des Sach- und Streitstandes wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

II.

- 24 Die nach den §§ 117, 58 FamFG statthafte und im Übrigen zulässige Beschwerde des Antragstellers hat im tenorierten Umfang Erfolg.

1.

- 25 Die Antragsgegnerin ist dem Antragsteller gemäß § 1603 Abs. 2 Satz 1 BGB gesteigert unterhaltsverpflichtet, muss also in jeder ihr möglichen und zumutbaren Art und Weise zu seinem Mindestunterhalt beitragen. Nach ständiger Rechtsprechung ist dabei für ihre Leistungsfähigkeit nicht allein auf die tatsächlichen, sondern vielmehr auch auf erzielbare Einkünfte abzustellen, soweit ihre Erwerbsbemühungen nicht ausreichend sind und für sie eine hinreichend reale Beschäftigungsmöglichkeit besteht (vgl. BGH FamRZ 2014, 637 ff.).
- 26 Hierbei trägt die Antragsgegnerin als Unterhaltspflichtige die volle Darlegungs- und Beweislast für eine geltend gemachte vollständige oder teilweise Leistungsunfähigkeit; diese ihr obliegende Darlegungs- und Beweislast erstreckt sich ausdrücklich auch auf ein behauptetes Fehlen einer realen Beschäftigungschance (BGH a.a.O. Rn. 11). Dabei sind an die Feststellung, dass für einen Unterhaltsschuldner keine reale Beschäftigungschance besteht, strenge Maßstäbe anzulegen. Es bestehen selbst in Zeiten hoher Arbeitslosigkeit und für ungelernete Kräfte regelmäßig keine Erfahrungssätze dahingehend, dass ein Arbeitnehmer nicht in eine vollschichtige Tätigkeit zu vermitteln wäre (BGH a.a.O. Rn. 13). Das Fehlen realer Erwerbsmöglichkeiten für eine Vollzeitätigkeit kann in der Regel nur durch den Nachweis geführt werden, dass der Unterhaltspflichtige sich hinreichend um eine Erwerbstätigkeit bemüht hat (BGH a.a.O. Rn. 17).
- 27 Zur Abwendung der sie treffenden Erwerbsobliegenheit kann die Antragsgegnerin sich nicht mit Erfolg darauf berufen, dass sie die Zwillingsschwester des Antragstellers und ihr weiteres Kind J. betreuen muss. Denn die gesteigerte Barunterhaltsverpflichtung der Antragsgegnerin entfällt grundsätzlich nicht durch die Betreuung weiterer Kinder (Wendl/Klinkhammer, Unterhaltsrecht, 8. Aufl. 2011, § 2 Rn. 446). Zumutbare Fremdbetreuungsmöglichkeiten sind in Anspruch zu nehmen (vgl. OLG Hamm, FamRZ 2007, 73; OLG Bremen FamRZ 2005, 647).
- 28 In diesem Zusammenhang nimmt der Senat auf die vom Antragsteller mit Schriftsatz vom 10. September 2014 eingereichten Internetausdrucke der Grundschule H. Bezug. Daraus ergibt sich, dass dort in Zusammenarbeit mit der örtlichen Kindertagesstätte grundsätzlich eine ganztägige Betreuung der Kinder möglich ist. Unter Berücksichtigung ihrer gesteigerten Erwerbsobliegenheit ist die Antragsgegnerin verpflichtet, diese Betreuungsmöglichkeit grundsätzlich für die bei ihr lebenden Kinder in Anspruch zu nehmen. Die insoweit darlegungs- und beweisbelastete Antragsgegnerin (vgl. OLG München FamRZ 2005, 1112f) hat zwingende Hinderungsgründe hierfür weder vorgetragen noch sind sie für den Senat ersichtlich.

2.

- 29 Die Antragsgegnerin hat die sie aus der gesteigerten Erwerbsverpflichtung nach § 1603 Abs. 2 S. 1 BGB treffenden Obliegenheiten verletzt.
- 30 Die von der Antragsgegnerin im Rahmen ihrer gesteigerten Erwerbsverpflichtung zu fordernden umfangreichen Bewerbungsbemühungen (vgl. Palandt/Brudermüller, BGB, 74. Aufl. 2015, § 1603 Rn. 43) sind von ihr weder dargetan noch ersichtlich. Auch die im Schriftsatz vom 30. Dezember 2014 vorgetragene telefonische Nachfragen genügen den Anforderungen nicht. Insbesondere wäre die Antragsgegnerin verpflichtet gewesen, seit Eintritt ihrer gesteigerten Erwerbsobliegenheit - d. h. seit der ersten Hälfte des Jahres 2014 - sich intensiv um eine Beschäftigung zu bemühen. Hierfür fehlt jeglicher substantiiertes Vortrag.
- 31 Die fehlenden Erwerbsbemühungen sind aber nur dann für die Leistungsunfähigkeit kausal, wenn feststeht, dass zugerechnete Einkünfte für den Unterhaltsschuldner objektiv überhaupt erzielbar sind (BGH FamRZ 2009, 314). Dies hängt von seinen persönlichen Voraussetzungen, wie Alter, berufliche Qualifikation, Erwerbsbiografie, Gesundheitszustand und vom Vorhandensein entsprechender Arbeitsstellen ab (BVerfG FamRZ 2012, 1283, FamRZ 2010, 626; BGH FamRZ 2008, 2104ff.).
- 32 Der Senat geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass für die Bemessung der Höhe von fiktiven Einkünften grundsätzlich auf die Mindestlöhne nach dem Arbeitnehmerentendegesetz (vgl. auch BVerfG NJW 2012, 2420 Rn. 21; OLG Köln, Beschluss v. 30. April 2013 - 25 WF 91/13 -, juris; OLG Celle FamRZ 2013, 1752) bzw. tarifliche Entgelte abgestellt werden kann. Soweit die Antragsgegnerin nunmehr vorträgt, dass ihr insbesondere ein fiktives Einkommen in der Höhe wie sie im Gebäudereinigerhandwerk erzielt werden kann, nicht zugerechnet werden könne, da sie gesundheitlich an einer solchen Erwerbstätigkeit gehindert wäre, kann dies offen bleiben. Denn der Senat ist der Auffassung, dass die Antragsgegnerin bei entsprechenden Erwerbsbemühungen jedenfalls ein Einkommen in dieser Größenordnung als Bürohilfe in Höhe von 1.650,00 € brutto monatlich erzielen kann.
- 33 Hierbei hat der Senat sich zum einen daran orientiert, dass die Antragsgegnerin trotz entsprechenden Hinweises des Antragstellers nichts zu entsprechenden Erwerbsbemühungen für eine Tätigkeit als Bürohilfe vorgetragen hat. Der Senat geht weiter davon aus, dass die Antragsgegnerin eine solche Tätigkeit ausüben kann. Insbesondere hat sie schon über ein Jahr erfolgreich bei der R. eine Tätigkeit als Bürohilfe ausgeübt. Der Senat nimmt insoweit auf das als Anlage AG 1 eingereichte Arbeitszeugnis Bezug. Soweit die Antragsgegnerin gesundheitliche Einschränkungen anführt, ist weder ersichtlich noch hat sie insoweit ausdrücklich vorgetragen, dass diese sie an einer Tätigkeit als Bürohilfe hindern würden. Auch ist bei einer Tätigkeit als Bürohilfe ein Führerschein nicht Voraussetzung.
- 34 Im Hinblick auf das fiktiv zuzurechnende Entgelt hat der Senat sich an den untersten tariflichen Vergütungen für Bürohilfen orientiert. Diese betragen z. B. im Groß- und Außenhandel NRW ab Mai 2014 1.762,00 € brutto für eine vollschichtige Tätigkeit (<http://www.boeckler.de/wsi-tarifarchiv>). Auch die weiteren Recherchen des Senats stützen diese Feststellung. So ergibt sich z. B. aus dem Suchportal gehaltsvergleich.com für das Bundesland Niedersachsen ein durchschnittliches Gehalt als Bürogehilfe in Höhe von 1.762,00 € brutto. Da nicht alle Unternehmen insoweit tarifgebunden sind und ein tariflicher Mindestlohn in der Branche nicht existiert, hält der Senat es für angemessen, einen weiteren Abschlag von ca. 100,00 € brutto vorzunehmen, so dass ein erzielbares Einkommen in Höhe von 1.650,00 € brutto für die Antragsgegnerin realistisch erscheint. Dies entspricht einem Bruttostundenlohn von ca. 9,49 €, der im Gesamtgefüge angemessen erscheint. Denn die unterste Grenze für die Zurechnung fiktiver Einkünfte dürfte der nunmehr eingeführte Mindestlohn nach § 1 MiLoG von 8,50 € sein (vgl. Brandenburgisches Oberlandesgericht, Beschluss v. 07. August 2014 - 9 UF 159/13 -, juris). Die übrigen Mindestlöhne nach dem Arbeitnehmerentendegesetz bewegen sich regelmäßig im Bereich von über 9,00 € brutto/Stunde.
- 3.
- 35 Für das Jahr 2014 ergibt sich dann bei Lohnsteuerklasse 2 und 1,0 Kinderfreibeträgen ein Nettoeinkommen in Höhe von 1.215,28 €. Davon sind nach der ständigen Rechtsprechung des Senats 5 % berufsbedingte Aufwendungen, mithin 60,76 € abzuziehen, so dass für das Jahr 2014 ein Einkommen in Höhe von 1.154,52 € anzusetzen ist. Im Jahre 2015 ist aufgrund der geringfügig geänderten sozialversicherungsrechtlichen Abzüge ein Einkommen in Höhe von 1.215,70 € abzüglich von 5 % fiktiven berufsbedingten Aufwendungen, mithin insgesamt 1.154,95 € erzielbar.

36 Darüber hinaus ist der notwendige Selbstbehalt der Antragsgegnerin aufgrund von Vorteilen des Zusammenlebens gemäß den Unterhaltsrechtlichen Leitlinien des OLG Schleswig (Punkt 21.5) um 10 %, mithin im Jahre 2014 um monatlich 100,00 € und ab dem Jahr 2015 um monatlich 108,00 € monatlich zu reduzieren. Der Senat geht davon aus, dass der neue Partner der Antragsgegnerin hinreichend leistungsfähig ist, da dieser nach ihrem Vortrag eine vollschichtige Erwerbstätigkeit bei der Firma C. ausübt. Für die fehlende Leistungsfähigkeit ihres neuen Partners und damit für das Fehlen von Vorteilen des Zusammenlebens ist im Übrigen die Antragsgegnerin vollumfänglich darlegungs- und beweisbelastet (vgl. BGH FamRZ 2010, 802ff). Hierzu fehlt jeglicher substantiiertes Vortrag.

4.

37 Der Senat geht allerdings nicht davon aus, dass der Antragsgegnerin weitere (fiktive) Einkünfte aus einer Nebentätigkeit zugerechnet werden können. Der Bundesgerichtshof geht zwar davon aus, dass neben einer vollschichtigen Tätigkeit regelmäßig auch ein Einkommen aus einer fiktiven Nebentätigkeit zugerechnet werden kann (BGH FamRZ 2014, 1992; BGH FamRZ 2014, 637). Dies gilt aber nur, wenn eine mögliche Nebentätigkeit nicht im Einzelfall unzumutbar ist. Die Darlegungs- und Beweislast hierfür hat die Antragsgegnerin. Allerdings geht der Senat aufgrund des Umstandes, dass die Antragsgegnerin zwei minderjährige Kinder betreut, davon aus, dass ihr es nicht zumutbar ist, neben einer vollschichtigen Tätigkeit eine weitere Nebentätigkeit auszuüben (vgl. OLG Bremen FamRZ 2010, 574).

5.

38 Im Rahmen der Unterhaltsberechnung ist weiter zu berücksichtigen, dass die Antragsgegnerin für das bei ihr lebende Kind A. auch den Barunterhalt erbringen muss, da der gesetzliche Vertreter des Antragstellers unstreitig keinen Barunterhalt zahlt. Somit ist das Kind A. in die Unterhaltsberechnung als gleichrangig Berechtigter mit einzubeziehen.

39 Weiterhin ist der Antragsgegnerin aufgrund des Wechsels des Antragstellers im Dezember 2013 in den Haushalt seines Vaters eine auskömmliche Übergangsfrist bis zum Beginn ihrer Erwerbsobliegenheit einzuräumen (vgl. OLG Brandenburg, MDR 2013, 856). Diese benötigt die Antragsgegnerin, um sich um entsprechende Arbeitsstellen zu bemühen und die Betreuung der Kinder zu organisieren, so dass der Senat es für angemessen hält, der Antragsgegnerin erst ab Juni 2014 fiktives Einkommen zuzurechnen.

6.

40 Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze ergibt sich dann für den Zeitraum Juni 2014 bis Dezember 2014 ein Unterhaltsanspruch des Antragstellers in Höhe von monatlich 128,00 €. Im Jahre 2015 ergibt sich aufgrund der Erhöhung des notwendigen Selbstbehaltes ein Unterhaltsanspruch in Höhe von monatlich 92,00 €.

41 Die Kostenentscheidung folgt aus § 243 FamFG. Der Senat hat sich dabei am Verhältnis des wechselseitigen Obsiegens und Unterliegens orientiert. Die Anordnung der sofortigen Wirksamkeit folgt aus § 116 Abs. 3 S. 3 FamFG.

42 Die Voraussetzungen für die Zulassung der Rechtsbeschwerde nach den §§ 70 Abs. 1 Abs. 2 FamFG liegen nicht vor, da der Senat lediglich eine gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung auf den Einzelfall anwendet.