
Datum: 12.11.1999
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 11. Senat für Familiensachen
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 11 UF 151/99
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:1999:1112.11UF151.99.00

Vorinstanz: Amtsgericht Hamm, 30 F 58/97

Tenor:

Die Berufung des Klägers gegen das am 25. März 1999 verkündete Urteil des Amtsgerichts -Familiengerichts- Hamm wird zurückgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten der Berufung.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Tatbestand:

Die Parteien sind seit dem 10.05.1996 getrennt lebende Ehegatten. Aus ihrer im Jahr 1969 geschlossenen Ehe ist ein inzwischen volljähriger Sohn hervorgegangen.

Mit seiner Klage nimmt der 1945 geborene, zu 80 % schwerbehinderte Kläger, der seit Februar 1994 arbeitslos ist und bislang erfolglos vor dem Sozialgericht ein noch nicht abgeschlossenes Verfahren auf Gewährung einer Erwerbsunfähigkeitsrente betreibt, die Beklagte auf Trennungsunterhalt in Anspruch.

Der Kläger ist erstinstanzlich von einem monatlichen Nettoeinkommen der Beklagten von zuletzt 2.285,00 DM ausgegangen, auf das er eine von ihm bezogene Arbeitslosenhilfe mit monatlich 988,00 DM in Anrechnung gebracht hat, was ihn zu einem mit der Klage ursprünglich geltend gemachten Unterhaltsrückstand von 260,00 DM für März 1997 sowie monatlichen Unterhaltszahlungen ab April 1997 in Höhe von 519,00 DM geführt hat.

Der Kläger hat beantragt,

1

2

3

4

5

die Beklagte zu verurteilen,

6

- a. ihm einen Unterhaltsrückstand von 260,00 DM und
- b. ab April 1997 monatlich im voraus 519,00 DM Unterhalt zu zahlen.

7

Die Beklagte hat beantragt,

8

die Klage abzuweisen.

9

Die Beklagte hat gemeint, der Kläger habe eventuelle Unterhaltsansprüche verwirkt und hierzu behauptet, der Kläger habe ein intimes Verhältnis mit einer anderen Frau aufgenommen und sie –die Beklagte- aufgefordert, die gemeinsame Ehwohnung zu verlassen, damit er diese mit seiner neuen Partnerin nutzen könne. Als sie sich geweigert habe, sei der Kläger gewalttätig geworden und habe sie verprügelt. Wenige Tage nach ihrem daraufhin erfolgten Auszug aus der Ehwohnung habe der Kläger sie noch einmal verbal wie auch körperlich bedroht.

10

Daneben hat die Beklagte behauptet, die neue Lebensgefährtin des Klägers trage zu der gemeinsamen Haushaltsführung bei. Sie hat dem Kläger weiter vorgeworfen, sich nicht ausreichend um eine Arbeitsstelle bemüht zu haben und zudem darauf verwiesen, daß sich der Kläger im Jahr 1990 seine Anwartschaften auf eine (Unfall)Rente in Höhe von 120.000,00 DM habe auszahlen lassen, die er angelegt habe.

11

Schließlich hat die Beklagte eingewandt, nach einem Unfall sei sie selbst -was insoweit unstreitig ist- seit dem 24.02.1997 arbeitsunfähig und beziehe lediglich noch ein Krankengeld von kalendertäglich 56,36 DM, von dem sie Fahrtkosten im Zusammenhang mit Arztbesuchen wie auch Zuzahlungen auf Medikamente bezahlen müsse.

12

Das Amtsgericht hat die Klage abgewiesen. Es hat hinsichtlich des geltend gemachten Unterhaltsrückstandes für März 1997 einen Verzug der Beklagten als nicht dargetan angesehen und für den Zeitraum von April bis Dezember 1997, in dem die Beklagte Verletztengeld erhielt, eine Leistungsfähigkeit der Beklagten verneint. Für die Zeit ab Januar 1998 hat das Amtsgericht dagegen einen Unterhaltsanspruch des Klägers trotz Wiederaufnahme der Erwerbstätigkeit der Beklagten mit dem Hinweis verneint, der Kläger habe nicht ausreichend dargelegt, daß er seinen errechneten Bedarf nicht durch Aufnahme einer -ihm durchaus zumutbaren- eigenen Erwerbstätigkeit decken könne.

13

Hiergegen wendet sich die Berufung des Klägers, mit der er sein Klagebegehren –nunmehr beschränkt auf den Monat März 1997 sowie die Zeit ab Januar 1998- weiterverfolgt. Der Kläger macht geltend, die Beklagte hinsichtlich des Unterhaltsrückstandes für März 1997 mit Anwaltsschreiben vom 17.03.1997 in Verzug gesetzt zu haben und meint, ab Januar sei die Beklagte nach wiedererlangter Leistungsfähigkeit zur Unterhaltsgewährung verpflichtet. Auszugehen sei dabei unter Berücksichtigung ihr anfallender Fahrtkosten von einem monatlichen Nettoeinkommen der Beklagten von wenigstens 2.230,00 DM, von dem die von ihm bezogene Arbeitslosenhilfe abzusetzen sei, so daß sich ein ungedeckter Unterhaltsbedarf von monatlich mindestens 519,00 DM errechne. Die Aufnahme einer eigenen Erwerbstätigkeit sei ihm im Hinblick auf sein Alter, das Fehlen einer abgeschlossenen Berufsausbildung, sprachliche Defizite sowie insbesondere auch seine angegriffene gesundheitliche Verfassung nicht zuzumuten.

14

Der Kläger beantragt,

15

die Beklagte unter teilweiser Abänderung des angefochtenen Urteils zu verurteilen, an 16

a. für den Monat März 1997 einen Unterhaltsrückstand in Höhe von 260,00 DM, 17

b. ab Januar 1998 monatlich im voraus eine Unterhaltsrente in Höhe von 519,00 DM

zu zahlen. 18

Die Beklagte beantragt, 19

die Berufung zurückzuweisen. 20

Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil. Sie wiederholt und vertieft ihr 21
erstinstanzliches Vorbringen, bestreitet den Zugang des Schreibens vom 17.03.1997 und
meint, das Amtsgericht habe zu Recht eine fortbestehende Erwerbsfähigkeit des Klägers
bejaht. Daneben hält sie etwaige Ansprüche des Klägers weiterhin für verwirkt und verweist
ergänzend auf ihre neuerliche -unbestrittene- Arbeitsunfähigkeit infolge Erkrankung in der
Zeit von Januar 1999 bis einschließlich Aug. 1999 sowie einen anstehenden Kuraufenthalt.

Entscheidungsgründe: 22

Die zulässige Berufung ist unbegründet. 23

Dem Kläger steht gegen die Beklagte kein Anspruch auf Trennungsunterhalt zu, da nicht 24
festgestellt werden kann, daß er nicht in der Lage ist, seinen Lebensunterhalt durch eine
angemessene Erwerbstätigkeit selbst sicherzustellen. Die zwischen den Parteien streitige
Frage einer *Verwirkung* etwaiger Ansprüche gemäß §§ 1361 Abs. 3, 1579 Nr. 6 BGB konnte
danach dahinstehen.

1. 25

Dem Kläger ist ein *fiktives Erwerbseinkommen* in Höhe von monatlich 1.557,00 DM netto 26
zzgl. eines monatlichen Sonderbezuges von 100,00 DM netto zuzurechnen.

a) 27

Der Kläger ist zwar aufgrund seiner bestehenden Erkrankungen gesundheitlich stark 28
angeschlagen, nach den Feststellungen der im Rentenverfahren eingeholten Gutachten
jedoch nach wie vor in der Lage, einer leichten vollschichtigen Erwerbstätigkeit etwa als
Hilfsarbeiter im Bürobereich, als Lagerist, Packer oder Bote nachzugehen. Der Senat
verkennt nicht, daß es bei der heutigen Arbeitsmarktlage sowie unter Berücksichtigung der
Vorbildung des Klägers, seiner angesprochenen gesundheitlichen Beeinträchtigungen und
auch bestehender sprachlicher Defizite schwer sein mag, eine entsprechende Beschäftigung
zu finden. Der Vortrag des Klägers läßt indes nicht erkennen, daß er sich überhaupt ernsthaft
und mit der gebotenen Intensität darum bemüht hat, eine Erwerbstätigkeit zu finden.

Zu berücksichtigen ist insoweit, daß an Art und Umfang der Bemühungen einer Unterhalt 29
beanspruchenden Partei strenge Anforderungen zu stellen sind (vgl. nur BGH NJW 1996,
517; OLG Karlsruhe FamRZ 1998, 560). Im Streitfall muß die Darstellung der Bemühungen in
nachprüfbarer Weise diejenigen Anstrengungen enthalten, die unternommen worden sind.
Die bloße Meldung als arbeitssuchend beim Arbeitsamt genügt nicht. Vielmehr bedarf es
zusätzlicher persönlicher Bemühungen und Bewerbungen durch schriftliche und/oder
persönliche Bewerbungen, Annoncen und Vorsprachen bei möglichen Arbeitgebern, die

zudem bei Bedarf auch über den örtlichen Nahbereich hinaus erstreckt werden müssen. Auch bei einfachen Arbeitsplätzen, wie sie hier dem Kläger zuzumuten sind, ist die regelmäßige Lektüre der einschlägigen örtlichen Tageszeitungen und die Bewerbung auf alle dort angebotenen, in Betracht kommenden Stellen erforderlich (OLG Köln FamRZ 1997, 1104, 1105). Insgesamt ist bestmögliche Privatinitiative mit einem Arbeitsaufwand wie bei einer vollschichtigen Erwerbstätigkeit zu entfalten, wobei der Zeitaufwand allerdings nicht immer der Arbeitszeit bei einer vollschichtigen Erwerbstätigkeit entsprechen muß (OLG Köln, aa0.; OLG Hamm FamRZ 1996, 629; 1996, 1218; 1994, 1115; OLG Naumburg FamRZ 1997, 311). Der Arbeitslose wird seiner Verpflichtung, sich selbst um Arbeit zu bemühen, zudem auch dann nicht gerecht, wenn er sich nur zu bestimmten Zeiten –etwa im Vorfeld anstehender Gerichtstermine- um eine Arbeitsstelle bemüht (OLG Köln, aa0.).

Zwar ist weiterhin anerkannt, daß allein die Feststellung, daß der unterhaltsberechtigten Anspruchsteller sich nicht hinreichend um Arbeit bemüht hat, noch nicht ausreicht, ihm ein fiktives Einkommen zuzurechnen. So sind fehlende oder unzureichende Bemühungen letztlich unschädlich, falls reale Beschäftigungschancen nicht bestanden. Dies darzulegen und im Streitfall zu beweisen, ist jedoch gleichfalls Sache des anspruchstellenden Unterhaltsberechtigten, wobei jeder ernsthafte Zweifel zu seinen Lasten geht. Das Gericht muß allein feststellen, daß bei dem Berechtigten überhaupt eine Arbeitsplatzchance gegeben war (BGH FamRZ 1996, 345, 346; OLG Köln FamRZ 1997, 1104, 1105). An diese Feststellung sind auch in Zeiten hoher Arbeitslosigkeit keine hohen Anforderungen zu stellen, da sich regelmäßig erst nach erfolglosen –intensiven- Bemühungen beurteilen läßt, ob im konkreten Einzelfall eine reale Chance auf dem Arbeitsmarkt bestand bzw. besteht oder nicht (OLG Köln, aa0.).

Im Streitfall führt das Fehlen jeglicher substantiierten Darlegungen des Klägers zu seinen Bemühungen um eine Arbeitsstelle –selbst daß solche überhaupt entfaltet worden sind- nicht nachvollziehbar dargetan- dazu, daß er sich das fiktive Nettoeinkommen zurechnen lassen muß, daß er aus einer ihm zumutbaren vollschichtigen Tätigkeit (s.o.) hätte erzielen können.

b) 32

Das anzurechnende, aus einer dem Kläger zumutbaren Erwerbstätigkeit erzielbare Einkommen schätzt der Senat auf 13,00 DM/Stunde, was bei einer wöchentlichen Arbeitszeit von 38,5 Stunden nach Abzug der Sozialabgaben unter Zugrundelegung der Steuerklasse I nach Maßgabe der geltenden Steuer- und Beitragssätze für das Jahr 1998 zu einem Nettobetrag von ca. 1.557,00 DM führt. Dem liegt folgende Berechnung zugrunde:

- monatliches *Bruttoeinkommen* = 2.168,83 DM (13,00 DM x 38,5 Std. x 52 Wochen : 12 Monate); 34
- monatliches *Nettoeinkommen* = 2.168,83 DM

abzgl. Steuer (Kl. I) - 149,08 DM 35

abzgl. Rentenversicherung - 219,94 DM 36

abzgl. Arbeitslosenversicherung - 70,28 DM 37

abzgl. Pflegeversicherung - 18,42 DM 38

abzgl. Krankenversicherung (7 %) - 153,57 DM 39

1.557,54 DM 40

Ein Sonderbezug (Weihnachts- und Urlaubsgeld) kann mit einem Jahresbetrag von 1.200,00 DM netto angesetzt werden, was zu einem monatlichen (fiktiven) Nettoeinkommen von ca. 1.657,00 DM führt, das dem Kläger zuzurechnen ist. 41

Für das Jahr 1999 errechnet sich bei ansonsten gleichbleibenden Rahmenbedingungen aufgrund gesunkener Belastung der Arbeitnehmer durch niedrigere Steuerlast und Rentenversicherungsbeiträge ein fiktives monatliches Einkommen des Klägers von etwa 1.587,00 DM netto, dem ein monatlicher Sonderbezug von 100,00 DM netto zuzuschlagen ist, so daß sich ein zu berücksichtigendes fiktives Nettoeinkommen des Klägers insgesamt 1.687,00 DM netto ergibt. 42

2. 43

Das für den Unterhalt des Klägers maßgebliche Erwerbseinkommen der Beklagten errechnet sich dagegen wie folgt: 44

a) 45

Im Jahr 1998 erzielte die Beklagte nach den vorgelegten Unterlagen folgendes - anrechenbares- Nettoeinkommen: 46

01/98 incl. Urlaubsgeld (118)	2.446,86	47
02/98 incl. Urlaubsgeld (119)	2.423,35	
03/98 incl. Urlaubsgeld (120)	2.288,68	
04/98 (121)	2.118,52	
05/98 (122)	2.125,24	
06/98 (123)	2.117,68	
07/98 (124)	2.133,10	
08/98 (125)	2.102,05	
09/98 (126)	2.153,50	
10/98 incl. Weihnachtsgeld (187)	2.943,40	
11/98 incl. Urlaubsgeld (186)	2.281,19	
12/98 incl. Urlaubsgeld (185)	2.455,79 DM	
	27.589,36 DM	

Hieraus errechnet sich ein anrechenbares monatliches *Durchschnittseinkommen* der Beklagten von (27.589,36 DM :12 =) 2.299,11 DM netto, von dem in erster Instanz belegte (Bl. 33 f GA) Fahrtkosten zur Erreichung der Arbeitsstätte von monatlich 69,50 DM in Abzug zu bringen sind, so daß ein auch vom Kläger errechnetes Einkommen von monatlich ca. 2.230,00 DM netto verbleibt. 48

b) 49

50

Im Jahr 1999 war die Beklagte seit Januar 1999 arbeitsunfähig erkrankt. Für die ersten 6 Wochen, d.h. bis zum 12.02.1999, erhielt sie Lohnfortzahlung, wobei der Senat mangels abweichenden Vortrags der Beklagten von einer in der Praxis dem Regelfall entsprechenden 100 %-igen Lohnfortzahlung ausgeht. Es ergeben sich danach für diesen Zeitraum keine nennenswerten Unterschiede zum Vorjahr.

Ab 13.02.1999 hat die Beklagte Krankengeld bezogen. Nach dem hierüber erstellten Bescheid der B erfolgten für die Zeit vom 03.09. – 31.08.1999 Zahlungen in einer Gesamthöhe von 10.805,04 DM. Nach Abzug hierin enthaltener Beiträge zur Rentenversicherung (9,75 %), Arbeitslosenversicherung (3,25 %) und Pflegeversicherung (0,85 %) errechnet sich ein Betrag von 9.308,54 DM, was unter Zugrundelegung einer Bezugszeit von 25 Wochen zu einem wöchentlichen Krankengeld von 372,34 DM und monatlichen Bezug von 1.613,48 DM führt.

Entsprechendes gilt für die Zeit des dreiwöchigen Kuraufenthalts der Beklagten vom 2. 11.11.1999, während die Beklagte in der Zeit vom 01.09. – 19.10.1999 nach Wiederaufnahme ihrer Tätigkeit bei der Fa. I ein Einkommen wie im Vorjahr 1998 erzielen haben dürfte.

3.

53

Auf der Grundlage der vorstehend ermittelten –tatsächlichen und fiktiven- Einkünfte der Parteien steht dem Kläger ein Unterhaltsanspruch gegen die Beklagte nicht zu.

Der Unterhaltsbedarf des Klägers ist hier nach der sogenannten *Anrechnungsmethode* zu bemessen. Eine Anwendung der vom Kläger herangezogenen *Differenzmethode* scheidet aus, da die Ehe der Parteien noch nicht geschieden ist und der seit dem 11.02.1994 arbeitslose Kläger zum Zeitpunkt der Trennung am 10.05.1996 bereits seit mehr als 2 Jahren arbeitslos war. Die ihm bedarfsmindern zuzurechnenden fiktiven Einkünfte waren danach nicht eheprägend (vgl. Wendl/Staudigl § 4 Rn. 274 unter Hinweis auf BGH FamRZ 1988, 256).

Bei Anwendung der *Anrechnungsmethode* errechnet sich für das Jahr 1998 ein Bedarf des Klägers von 3/7 des in diesem Jahr durchschnittlich erzielten anrechenbaren Nettoeinkommens der Beklagten von 2.230,00 DM = rund 955,00 DM, der durch das fiktive Einkommen des Klägers gedeckt ist. Für das Jahr 1999 ergeben sich keine grundlegenden Abweichungen; soweit die Beklagte gearbeitet hat oder Lohnfortzahlung erhielt, entsprach ihr Einkommen etwa dem des Vorjahres, in den Zeiten ihrer Arbeitsunfähigkeit bzw. Kur lag es noch deutlich niedriger und überstieg nicht einmal den der Beklagten zuzubilligenden Selbstbehalt von 1.650,00 DM.

4.

57

Ein Anspruch des Klägers auf Zahlung rückständigen Unterhalts für den Monat März besteht ebenfalls nicht, ohne daß es dabei auf eine nähere Erörterung der Einkommensverhältnisse der Parteien in diesem Zeitpunkt bedarf. Voraussetzung eines Unterhaltsanspruchs wäre gemäß § 1361 Abs. 4, 1360 a, 1613 Abs. 1 BGB Verzug der Beklagten -Rechtshängigkeit der am 25.03.1997 erhobenen Klage trat erst später ein, was sich hier nicht feststellen läßt. Den von der Beklagten bestrittenen Zugang des anwaltlichen Mahnschreibens vom 17.03.1997 hat der insoweit darlegungs- und beweispflichtige Kläger weder dargetan noch bewiesen.

59

5.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO.