
Datum: 12.06.2007
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 3. Senat für Familiensachen
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 3 UF 24/07
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2007:0612.3UF24.07.01

Vorinstanz: Amtsgericht Bochum, 61 F 402/05

Tenor:

Auf die Berufung des Beklagten wird das am 14. Dezember 2006 verkündete Urteil des Amtsgerichts - Familiengericht - Bochum unter Zurückweisung des Rechtsmittels im Übrigen abgeändert.

Der Beklagte wird verurteilt,

- für den Zeitraum vom 01.12.2006 bis einschließlich April 2007 an den Kläger einen monatlichen Unterhalt i.H.v. 247,00 € mit der Maßgabe zu zahlen, dass für die Zeit bis einschließlich April 2007 in Höhe von 170,00 € monatlich Zahlungen an das Land Nordrhein-Westfalen, vertreten durch die Stadt B. (UVG-Kasse), geleistet werden sollen;

- für die Zeit ab Mai 2007 an den Kläger einen monatlichen Unterhalt i.H.v. 140,00 € mit der Maßgabe zu zahlen, dass für den Monat Mai 2007 die Zahlung an das Land Nordrhein-Westfalen, vertreten durch die Stadt B. (UVG-Kasse), geleistet werden soll.

Die weitergehende Klage wird abgewiesen.

Die Kosten Rechtsstreits tragen der Kläger zu 24% und der Beklagte zu 76%.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 2.964,00 € festgesetzt.

Gründe:	1
(abgekürzt gem. § 540 Abs. 1 ZPO)	2
I.	3
Der am 16.04.1996 geborene Kläger entstammt der am 10.10.1995 geschlossenen Ehe des Beklagten mit der gesetzlichen Vertreterin des Klägers.	4
Neben dem Kläger lebten in der Familie der am 14.05.1991 geborene weitere Sohn der gesetzlichen Vertreterin P. und der am 02.12.1993 geborene Sohn des Beklagten K., dessen Mutter bei der Geburt verstorben ist. Seit der Trennung der Eheleute am 02.01.2004 leben die Kinder bei der gesetzlichen Vertreterin des Klägers.	5
Die Ehe des Beklagten mit der gesetzlichen Vertreterin des Klägers ist durch rechtskräftiges Urteil des Amtsgerichts - Familiengericht – B. vom 07.03.2006 im Verfahren 61 F 274/05 geschieden worden.	6
Der Beklagte hat den Beruf des Drehers erlernt. Bis April 2004 war er als Rollladenmonteurhelfer tätig. Die gleiche Tätigkeit übte er noch in der Zeit vom 15.10.2006 bis 03.11.2006 aus, allerdings ist dieses Arbeitsverhältnis in der Probezeit gekündigt worden. Im streitigen Unterhaltszeitraum ist der Beklagte durchgängig arbeitslos.	7
Der Kläger hat die Ansicht vertreten, der Beklagte sei aufgrund seiner beruflichen Qualifikation in der Lage, den Mindestunterhalt für ihn sicherzustellen.	8
Der Kläger hat zunächst laufenden Unterhalt ab Oktober 2005 und einen Unterhaltsrückstand in Höhe von 1.223,00 € für den Zeitraum von Mai bis September 2005 vom Beklagten begehrt. Im Rahmen der mündlichen Verhandlung hat er dann den Antrag gestellt,	9
den Beklagten zu verurteilen, an ihn ab dem 01.12.2006 monatlich 247,00 € Unterhalt zu zahlen.	10
Der Beklagte hat beantragt,	11
die Klage abzuweisen.	12
Er hat die Ansicht vertreten, nicht leistungsfähig zu sein. Hierzu hat er behauptet, auf Grund seiner Knieprobleme in seinem Beruf nicht mehr arbeiten zu können. Schwere Arbeiten könnten von ihm nicht verrichtet werden. Außerdem habe er sich umfassend, allerdings ohne Erfolg, um eine Arbeit bemüht.	13
Das Familiengericht hat nach Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens des Dr. W. der Klage vollumfänglich stattgegeben. Dabei hat es den Beklagten fiktiv veranlagt und ein erzielbares Nettoeinkommen in Höhe von 1.200,00 € zu Grunde gelegt. Die belegten Erwerbsbemühungen hat es als nicht ausreichend angesehen.	14

Hiergegen richtet sich die Berufung des Beklagten, der sich weiterhin auf Leistungsunfähigkeit auf Grund seiner chronischen Reizkniebeschwerden beruft und Klageabweisung begehrt. Hierzu behauptet er, in seinem erlernten und seinem ausgeübten Beruf nicht mehr arbeiten zu können. Durch die allein noch von ihm ausübba- ren branchenfremden Arbeiten bzw. einfache Handlanger- und Hilfsarbeitertätigkeiten ohne körperliche Anstrengung könne er nur ein Nettoeinkommen i.H.v. 650,00 € bis ca. 800,00 € erzielen. Zudem sei er seit Oktober 2006 ununterbrochen krankgeschrieben bzw. arbeitsunfähig gewesen sei.	15
Der Beklagte beantragt,	16
das Urteil des Amtsgerichts B. vom 14.12.2006 abzuändern und die Klage abzuweisen.	17
Der Kläger beantragt,	18
die Berufung mit der Maßgabe zurückzuweisen, dass für die Zeit bis einschließlich Mai 2007 in Höhe von 170,00 € monatlich Zahlung an das Land Nordrhein-Westfalen, vertreten durch die Stadt B. (UVG-Kasse) geleistet werden soll.	19
Er verteidigt die erstinstanzliche Entscheidung unter Wiederholung und Vertiefung seines bisherigen Vorbringens. Insbesondere bestreitet er die behauptete Arbeitsunfähigkeit unter Hinweis auf das Gutachten W. Auch leide der Beklagte nicht unter chronischen Reizbeschwerden, wie sich aus seinen Erklärungen gegenüber Dr. W. ergebe. Es bestehe zudem keine Arbeitsunfähigkeit seit Oktober 2006, weil der Beklagte selbst im Termin am 23.11.2006 erklärt habe, vom 15.10. bis 03.11.2006 für die Fa. P. Fenster montiert zu haben. Zudem bestehe Anlass zu der Vermutung, der Beklagte arbeite schwarz als Rolladenmonteurhelfer.	20
II.	21
Die zulässige Berufung hat in der Sache nur für die Zeit ab Mai 2007 teilweise Erfolg.	22
Dem Kläger steht in Höhe des titulierten Betrages ein Unterhaltsanspruch gegen den Beklagten gem. §§ 1601 ff. BGB zu, da die Voraussetzungen des Anspruchs dem Grunde nach zwischen den Parteien unstrittig sind und der Beklagte als leistungsfähig bzw. ab Mai 2007 als teilweise leistungsfähig zu behandeln ist.	23
1.	24
Soweit der Kläger aufgrund der bezogenen Leistungen nach dem Unterhaltsvorschussgesetz gem. § 7 UVG wegen des dort angeordneten gesetzlichen Anspruchsübergangs nicht aktivlegitimiert ist, hat er dem durch die erfolgte Anpassung des Berufungsantrages Rechnung getragen.	25
2.	26
Konkret ist eine Leistungsfähigkeit des Beklagten, der ALG II-Leistungen erhält, nicht gegeben.	27
Der Beklagte, der für die von ihm behauptete Leistungsunfähigkeit aufgrund seiner gesteigerten Unterhaltungspflicht gem. § 1603 BGB darlegungs- und beweispflichtig ist (vgl. nur BGH FamRZ 1986, 244, 246; 2000, 1358, 1359; OLG Hamm FamRZ 2002, 1427 f.), hat - entgegen seiner Ansicht - konkrete Erwerbsbemühungen weder nach Quantität noch nach	28

Qualität ausreichend belegt, weshalb mit dem Familiengericht eine Unterhaltsberechnung auf Grund fiktiver Leistungsfähigkeit vorzunehmen ist. Denn die vom Beklagten aufgelisteten angeblichen Bewerbungsbemühungen, insgesamt 17 an der Zahl, sind unter Zugrundelegung der höchst- und obergerichtlichen Rechtsprechung (vgl. dazu BGH FamRZ 2000m 1358, 1359; OLG Naumburg FamRZ 2003, 1022, 1023; OLG Koblenz FamRZ 2000, 313 f.; OLG Jena NJW-RR 2004, 76, 77) bereits zahlenmäßig nicht ausreichend. Zudem handelt es sich um undifferenzierte Bewerbungen - die ebenfalls nicht ausreichend sind (vgl. OLG Naumburg OLGR 2005, 138) – und denen nicht zu entnehmen ist, ob sie auf tatsächliche Stellenangebote erfolgt sind oder ob es sich um sog. Blindbewerbungen gehandelt hat.

3. 29

Im Rahmen der Feststellung der fiktiven Leistungsfähigkeit ist auf die vom Beklagten zumutbarerweise erzielbaren Einkünfte abzustellen (vgl. OLG Hamm FamRZ 1998, 982). 30

a) 31

Die Zumutbarkeit fiktiv erzielbarer Einkünfte ist dabei insbesondere unter Berücksichtigung der körperlichen Beeinträchtigungen des Beklagten zu beurteilen, die sich aus dem Gutachten des Sachverständigen Dr. W. vom 04.10.2006 ergeben. Danach bestehen beim Beklagten beidseitig chronische Reizkniebeschwerden, die weder zu einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit im krankensicherungsrechtlichen Sinn, noch zu einer erheblich eingeschränkten Erwerbsfähigkeit im rentenversicherungsrechtlichen Sinn führen. Dem Beklagten ist es nach den Feststellungen des Sachverständigen zumutbar, auf Dauer vollschichtig Erwerbstätigkeiten, die in entspannter, selbstgewählter Sitzhaltung erfolgen, ohne dass bei dieser Sitzhaltung mit den Füßen Pedale oder Stellhebel bedient werden müssen, zu verrichten. Beispielsweise sind damit folgende Tätigkeitsfelder möglich: Packer, Sortierer und Montierer kleiner Teile im Sitzen, Lagerist und oder Materialausgeber, Pförtner, Telefonist, Aufsichtsperson in der Videoüberwachung von Industrieeinrichtungen, motorisierter Bote oder Bürotätigkeiten. 32

Dieser Einschätzung folgt der Senat aufgrund des insgesamt überzeugenden und in sich schlüssigen Gutachtens des Sachverständigen Dr. W. Die Feststellungen des Sachverständigen werden im Ergebnis vom Beklagten auch in der Berufungsinstanz nicht mehr in Zweifel gezogen, da der Beklagte sich nunmehr auf einen akuten Bandscheibenvorfall vom 30.10.2006 beruft. 33

b) 34

Entgegen der Ansicht des Beklagten ändert der bei ihm ausweislich der vorgelegten ärztlichen Atteste eingetretene akute Bandscheibenvorfall im Lendenwirbelbereich vom 30.10.2006, der vom Sachverständigen Dr. W. nicht berücksichtigt werden konnte, nichts an der fiktiven Annahme eines Erwerbseinkommens aus den vom Sachverständigen Dr. W. aufgeführten Arbeitsfeldern. Insbesondere ist aufgrund des Bandscheibenvorfalles nicht von einer Leistungsunfähigkeit auszugehen. Dies beruht auf folgenden Überlegungen: 35

Da der Beklagte ausreichende Erwerbsbemühungen seit Beginn seiner Arbeitslosigkeit im Mai 2004 nicht dargelegt hat, was zu seinen Lasten geht, muss der Senat unterstellen, dass der Beklagte bei Entfaltung der gebotenen Bemühungen und nach Aufforderung zur Unterhaltszahlung jedenfalls ab Ende 2005 eine Arbeit in dem von Dr. W. dargestellten Arbeitsbereichen gefunden hätte. In diesem Fall hätte er aber nach dem Bandscheibenvorfall vom 30.10.2006 zunächst Lohnfortzahlung gem. §§ 1, 3 ff. LFZG für 6 Wochen erhalten und 36

danach Krankengeld gem. §§ 44 ff. SGB V in Höhe von 70% des regelmäßig erzielten Arbeitsentgelts (§ 47 I 1 SGB V) für längstens 78 Wochen (§ 48 I SGB V) bezogen, insgesamt also rund 1 Jahr und 8 Monate, so dass der fiktive Krankengeldbezug im vorliegenden Unterhaltszeitraum noch nicht beendet und eine Leistungsfähigkeit grundsätzlich gegeben wäre.

c) 37

Unter Auswertung von Tarifabschlüssen für die Berufsbilder "Packer im Einzel- bzw. Groß- und Außenhandel" sowie "Lagerarbeiter", die nach Tarifvertrag Stundenlöhne von brutto 10,70 € bis 10,96 € bzw. ein Monatsgehalt i.H.v. 1.769,00 € erzielen, schätzt der Senat den vom Beklagten erzielbaren Stundenlohn auf brutto rd. 10,50 €. Dabei ist der Senat zugunsten des Beklagten von dem untersten tariflich vorgesehenen Stundensatz ausgegangen. 38

Unter Zugrundelegung einer 40 Stunden Woche, den Beklagten trifft gem. § 1603 BGB eine gesteigerte Unterhaltspflicht, ergibt sich folgende Berechnung des fiktiven monatlichen Nettoeinkommens bei Steuerklasse I, 1 Kinderfreibetrag: 39

Stundenlohn: 10,50 € 40

Stundenzahl: 173,9 41

insgesamt: 1.825,95 € 42

Lohnsteuer: -213,58 € 43

Solidaritätszuschlag -1,86 € 44

Kirchensteuer -8,12 € 45

Rentenversicherung -178,03 € 46

Arbeitslosenversicherung -59,34 € 47

Krankenversicherung AN-Anteil -137,86 € 48

Pflegeversicherung AN-Anteil -15,52 € 49

_____ 50

Nettolohn: 1.211,64 € 51

Im Falle der Zahlung von Krankengeld stellt sich das fiktive Einkommen auf 70% des Regelentgelts i.S.d. § 47 Abs. 2 SGB V, wobei allerdings die Grenze des § 47 Abs. 1 S. 2 SGB V nicht überschritten werden darf. Aus der gesetzlichen Regelung ergibt sich folgende Berechnung des dem Beklagten fiktiv zustehenden Krankengeldes: 52

Wöchentliches Arbeitsentgelt	420,00 €	53
tägliches Arbeitsentgelt	60,00 €	
kalendertägliches Krankengeld	42,00 €	
Nettoarbeitsentgeltsgrenze		

Nettoarbeitsentgelt	1.211,64 €
kalendertäglich	40,39 €
90% Grenze	36,35 €
Krankengeld monatlich	1.090,48 €

- d) 54
- Im Rahmen der Unterhaltsberechnung ist vorliegend zu berücksichtigen, dass der Beklagte nicht nur Vater des Klägers ist, sondern auch seines Sohnes K. Dessen Bedarf richtet sich nach der 1. Einkommensgruppe, 3. Altersstufe der Düsseldorfer Tabelle, Stand 01. Juli 2005 und beträgt grundsätzlich 291,00 €. 55
- Allerdings ist zu berücksichtigen, dass der Beklagte wegen des Vorversterbens der Mutter von K. auch für dessen Betreuungsunterhalt aufkommen muss, weshalb im Ergebnis der Unterhaltsbedarf auf 582,00 € 56
- zu verdoppeln ist (vgl. BGH NJW 2006, 3421, 3423). 57
- Auf diesen Bedarf ist nach der Rechtsprechung des BGH (NJW 2006, 3421, 3423) die Halbwaisenrente i.H.v. 183,00 € 58
- und grundsätzlich das gesamte Kindergeld i.H.v. 154,00 € 59
- bedarfsdeckend in Abzug zu bringen. 60
- Denn der Anspruch auf Verwandtenunterhalt setzt nach § 1602 I BGB die Unterhaltsbedürftigkeit des Berechtigten voraus. Dieser Grundsatz ist für minderjährige unverheiratete Kinder durch § 1602 II BGB dahin eingeschränkt, dass sie den Stamm ihres Vermögens nicht anzugreifen brauchen. Eigenes Einkommen des Kindes mindert jedoch dessen Unterhaltsbedürftigkeit und damit auch seinen Unterhaltsanspruch. Das gilt grundsätzlich für Einkommen jeder Art, einschließlich der nicht subsidiären Sozialleistungen. Entsprechend ist eine dem Unterhaltsgläubiger zustehende Halbwaisenrente in vollem Umfang auf den gesamten Unterhaltsbedarf anzurechnen (BGH, a.a.O.; FamRZ 1980, 1109, 1111; Wendl/Staudigl-Dose, Unterhaltsrecht, 6. Aufl. 2004, § 1 Rdnr. 440). 61
- Daneben ist auf den vollen Unterhaltsbedarf grundsätzlich auch das gesamte Kindergeld anrechenbar. Denn das Kindergeld wird als öffentliche Sozialleistung gewährt, um den Eltern die Unterhaltslast gegenüber ihren Kindern zu erleichtern. Ist nach dem Tode eines Elternteils der andere in vollem Umfang unterhaltspflichtig, dient das Kindergeld folglich allein seiner Entlastung, so dass es dann grundsätzlich in vollem Umfang auf den geschuldeten gesamten Unterhaltsbedarf anzurechnen ist (BGH a.a.O.). Vorliegend ist aber zu berücksichtigen, dass der Beklagte nicht in der Lage ist, Unterhalt in Höhe von 135 Prozent des Regelbetrages nach der Regelbetrag-Verordnung zu leisten, weshalb gem. § 1612 b Abs. 5 BGB eine Anrechnung des Kindergeldes zu unterbleiben hat. Dies gilt allerdings nicht hinsichtlich des Betreuungsunterhalts der verstorbenen Kindesmutter, da insoweit die gesetzliche Vertreterin des Klägers als dritte Person die Betreuungsleistung erbringt und insoweit auch den Kindergeldanteil quasi als Entgelt erhält, weshalb es vorliegend gerechtfertigt erscheint, das hälftige Kindergeld mit 77,00 € auf 62
- den monetarisierten Betreuungsbedarf in Anrechnung zu bringen. 63

Auf den Fall bezogen bedeutet dies, dass der Unterhaltsbedarf des Sohnes K. durch die Waisenrente und die Kindergeldzahlung nur teilweise gedeckt ist und ein offener Bedarf von noch 322,00 €

verbleibt.

Da der Beklagte nach eigenen Angaben bis zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat nicht auf Zahlung von Unterhalt für K. in Anspruch genommen worden ist, ist der Unterhaltsanspruch von K. im Rahmen einer Berechnung erst ab Mai 2007 zu berücksichtigen, da der Beklagte noch mit Wirkung auf den Monatsanfang insoweit hinsichtlich des Unterhalts für K. in Verzug gesetzt werden konnte.

Unter Zugrundelegung der vorstehenden Ausführungen errechnen sich folgende Beträge, über die der Beklagte fiktiv verfügen muss, um den begehrten Unterhalt zahlen zu können, wobei die Zeiträume bis April 2007 und ab Mai 2007 zu unterscheiden sind:

Zeitraum bis April 2007

	Erforderliches bereinigtes fiktives Einkommen bzw. bei Lohnfortzahlung	Erforderliches fiktives Einkommen bei Krankengeldbezug
Selbstbehalt:	890,00 €	770,00 €
MindesttabellenKU für		
K., 3. AS	Kein Unterhaltsanspruch	Kein Unterhaltsanspruch
Kläger, 2. AS	247,00 €	247,00 €
fiktive FaKo	40,00 €	0,00 €
erforderliches Nettoeinkommen:	1.177,00 €	1.017,00 €

Da dem Beklagten sowohl bei voller Erwerbstätigkeit als auch bei Krankengeldbezug fiktiv ein höherer Betrag zuzurechnen ist, hat das Familiengericht im Ergebnis zu Recht eine ausreichende fiktive Leistungsfähigkeit bejaht.

Zeitraum ab Mai 2007

	Erforderliches fiktives Einkommen bei Krankengeldbezug
Selbstbehalt:	770,00 €
MindesttabellenKU für	
K., 3. AS	322,00 €
Kläger, 2. AS	247,00 €
fiktive FaKo	0,00 €
erforderliches Nettoeinkommen:	1.339,00 €

Das fiktive Einkommen des Beklagten reicht nicht zur Deckung des Unterhaltsbedarfs beider Kinder aus, weshalb eine Mangelfallberechnung vorzunehmen ist. Es ergibt sich für beide Kinder ein Gesamtbedarf i.H.v.

(322,00 € + 247,00 €) 569,00 €. 74

Die Verteilungsmasse beläuft sich auf (1.090,48 € - 770,00 €) 320,48 €, 75

so dass sich eine Quote i.H.v. 56,3 % 76

ergibt und sich der Unterhaltsanspruch für den Kläger auf gerundet 140,00 € 77

stellt. 78

Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus §§ 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO. 79