
Datum: 14.08.2009
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 13. Senat für Familiensachen
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 13 UF 83/09
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2009:0814.13UF83.09.00

Vorinstanz: Amtsgericht Münster, 46 F 354/08

Tenor:

Auf die Berufung des Beklagten wird das am 12. März 2009 verkündete Urteil des Amtsgerichts - Familiengericht - Münster abgeändert.

Das Versäumnisurteil des Amtsgerichts Münster vom 21. August 2008 wird aufgehoben.

Die Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits hat die Klägerin zu tragen.

Ausgenommen hiervon sind die Kosten der Säumnis, die dem Beklagten zur Last fallen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

GRÜNDE:

I	1
	2
1.	3
	4

Die Klägerin nimmt den Beklagten, ihren getrennt lebenden Ehemann, auf Zahlung von Kindesunterhalt für die beiden gemeinsamen Kinder X, geboren am 12. August 1997, und X1, geboren am 6. November 1999, in Anspruch.

Wegen des in erster Instanz vorgetragenen Sachverhalts und wegen der in erster Instanz gestellten Anträge wird Bezug genommen auf den Tatbestand des Urteils des Familiengerichts (Bl. 152 f GA), § 540 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ZPO. Das Familiengericht hat mit der aus dem angegriffenen Urteil ersichtlichen Begründung (vgl. i.e. Bl. 153 – 155 GA) unter Aufhebung des Versäumnisurteils und unter Abweisung der Klage im Übrigen den Beklagten verurteilt, für jedes der beiden Kinder ab April 2007 einen monatlichen Unterhalt in Höhe von jeweils 100,- € zu zahlen. 5

2. 6

Der Beklagte verfolgt mit der Berufung seinen Antrag auf vollständige Klageabweisung weiter. Zur Begründung führt er neben einer pauschalen Bezugnahme auf sein erstinstanzliches Vorbringen (Bl. 168 GA) im Wesentlichen aus (vgl. i.e. Bl. 166 – 168, 222 - 224 GA): 7

Er sei aufgrund mehrerer Bandscheibenvorfälle schwer erkrankt und seit 2007 drei Mal operiert worden. Er sei arbeitsunfähig, weil er bei jeder Bewegung unter ständigen Schmerzen leide. Er habe keine Ausbildung und sei mit mittlerweile 43 Jahren nicht vermittelbar. Mangels Erwerbschancen könne ihm kein fiktives Erwerbseinkommen zugerechnet werden. 8

Eine Reduzierung des Selbstbehalts könne mangels Leistungsfähigkeit seiner Lebensgefährtin nicht erfolgen, da diese nur eine monatliche Rente von 522,- € erhalte. Der Hinweis der Klägerin auf angeblich ersparte Wohnkosten sei "schleierhaft". Ihm stehe lediglich die Regelleistung nach dem SGB II zur Verfügung, die wegen der Bedarfsgemeinschaft auf 316,- € reduziert worden sei. 9

3. 10

Der Beklagte beantragt, 11

unter Abänderung des am 12.03.2009 verkündeten Urteils des Amtsgerichts Münster das Versäumnisurteil vom 21. August 2008 insgesamt aufzuheben und die Klage insgesamt abzuweisen. 12

Die Klägerin beantragt, 13

die Berufung zurückzuweisen. 14

4. 15

Die Klägerin nimmt zur Begründung des Antrags auf Zurückweisung der Berufung pauschal auf ihr erstinstanzliches Vorbringen Bezug (Bl. GA) und trägt ansonsten im Wesentlichen vor (vgl. i.e. Bl. 174 - 176 GA): 16

Es werde bestritten, dass dem Beklagten aufgrund seines Gesundheitszustandes eine Erwerbstätigkeit nicht möglich sei. Das Vorbringen reiche nicht aus. Es könne auch nicht von dem Fehlen einer reellen Beschäftigungschance ausgegangen werden, weil er keine Nachweise über Erwerbsbemühungen vorgelegt habe. Es müsse daher bei der Zurechnung 17

eines fiktiven Einkommens in Höhe von 1.000,- € bleiben.

Die vom FamG vorgenommene Herabsetzung des Selbstbehalts sei angemessen. Eine gemeinsame Haushaltsführung führe zu Synergieeffekten. Ausweislich des Bescheides über Leistungen nach dem SGB II liege allein bei den Wohnkosten eine Ersparnis von 160,- €. 18

5. 19

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachvortrages und der Rechtsansichten der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf die aus dem Berichterstattevermerk ersichtlichen Angaben im Senatstermin Bezug genommen. 20

II 21

Die Berufung des Beklagten hat in der Sache in vollem Umfang Erfolg und führt zur Aufhebung des Versäumnisurteils des Familiengerichts vom 21. August 2008 und zur vollständigen Abweisung der Klage. 22

1. 23

Für die Monate von April bis September 2007 besteht kein Anspruch auf Kindesunterhalt, weil die Voraussetzungen des § 1613 Abs.1 S.1 BGB nicht vorliegen. 24

Das vorgerichtliche Schreiben der früheren Bevollmächtigten der Klägerin vom 20. April 2007 (Bl. 5 – 7 GA) hat den Beklagten nicht in Verzug gesetzt und enthält auch keine Aufforderung zur Auskunftserteilung im Sinne des § 1613 Abs.1 S.1 BGB. 25

a) 26

Es handelt es sich nicht um eine verzugsbegründende Mahnung im Sinne des § 286 BGB. 27
Eine Mahnung muss eine eindeutige Aufforderung zur Leistung enthalten (vgl. nur Palandt/Grüneberg, BGB, 68. Auflage, § 286 Rn. 17). In dem Schriftsatz vom 20. April 2007 heißt es u.a.: "Des Weiteren sind Sie aufgrund der Trennung nun verpflichtet, sowohl Kindes- als auch Trennungsunterhalt zu leisten. Frau D hat hier mitgeteilt, dass Sie derzeit einer geringfügigen Beschäftigung als Taxifahrer nachgehen und im Übrigen die Familie ergänzend Sozialhilfe erhalten hat. Ihren Kindern gegenüber obliegen Sie einer gesteigerten Erwerbsobliegenheit. Ich darf Sie daher bitten, mir nachzuweisen, dass Sie sich inständig um Arbeit bemühen, um so den Lebensunterhalt für Ihre Kinder in Zukunft sicherstellen zu können. Ich erwarte insoweit von Ihnen Erwerbsbemühungen, sodass Sie nicht mehr nur einem 400 €-Job nachgehen, sondern mehr verdienen". Damit gibt die Klägerin zu erkennen, dass sie über die tatsächliche Einkommenssituation des Beklagten informiert war, und wusste, dass er tatsächlich nicht leistungsfähig ist. Die Aufforderung, in Zukunft Erwerbsbemühungen zu entfalten, ist nicht der konkreten Aufforderung zur Erbringung von Kindesunterhalt gleichzusetzen.

b) 28

Es handelt sich auch nicht um eine Aufforderung zur Erteilung der Auskunft über Einkommen bzw. Vermögen im Sinne des § 1613 Abs.1 BGB. 29

Vielmehr handelt es sich um einen Hinweis auf die gesteigerte Erwerbsobliegenheit des § 1603 BGB verbunden mit der Aufforderung, insoweit entsprechende Bemühungen zu entfalten und diese zu belegen. Eine solche Aufforderung hat nicht die Wirkung des § 1613 30

Abs.1 S.1 BGB. Denn die Wirkung der sogenannten Stufenmahnung, die im Jahre 1998 in die Regelung des § 1613 BGB übernommen worden ist, beruht darauf, dass der Unterhaltsberechtigte ohne die begehrte Auskunft nicht in der Lage ist, einen Unterhaltsanspruch zu beziffern. Ein Unterhaltsberechtigter, dem lediglich die Kenntnis über etwaige Erwerbsbemühungen des Unterhaltsverpflichteten fehlt, kann aber seinen Unterhaltsanspruch beziffern.

2. 31

Für die Zeit ab Oktober 2007 liegen zwar die Voraussetzungen des § 1613 Abs.1 S.1 BGB aufgrund des vorgerichtlichen Schriftsatzes der jetzigen Prozessbevollmächtigten vom 5. Oktober 2007 vor. 32

Ein Anspruch auf Zahlung von Kindesunterhalt aus § 1601 BGB scheitert aber an der fehlenden Leitungsfähigkeit des Beklagten. 33

a) 34

Selbst wenn man den Beklagten in gesundheitlicher Hinsicht für uneingeschränkt erwerbsfähig halten würde (vgl. dazu aber nachfolgend b bb) und wenn man für ihn wegen Verletzung seiner Erwerbsobliegenheit als Unterhaltspflichtiger fiktiv ein Einkommen aus vollschichtiger Erwerbstätigkeit ansetzen würde, ist der Beklagte unter Berücksichtigung des ihm zustehenden notwendigen Selbstbehalts von 900,- € monatlich nicht leistungsfähig. 35

aa) 36

Denn für den Beklagten kann nur ein Erwerbseinkommen angesetzt werden, das für ihn angesichts seiner Ausbildungs- und Erwerbsbiographie realistisch ist. Es ist nicht realistisch, für den Beklagten auch bei unterstellten zureichenden Erwerbsbemühungen ein monatliches Nettoeinkommen von mehr als 900,- € anzunehmen. 37

Der Beklagte hat nach dem Hauptschulabschluss keinen Beruf erlernt. Er hat lediglich Aushilfstätigkeiten im Textilbereich zum Be- und Entladen von Containern ausgeübt und war als Taxifahrer bzw. LKW-Fahrer tätig. Schon in den letzten Jahren des Zusammenlebens der Parteien ist er keiner geregelten Erwerbstätigkeit mehr nachgegangen, sondern war neben dem Bezug von Sozialleistungen lediglich aushilfsweise als Taxifahrer tätig. 38

Unter Berücksichtigung dieser Umstände stünde dem Beklagten realistischerweise allenfalls eine Tätigkeit in einer Zeitarbeitsfirma offen. Nach den Erfahrungen des Senats kann ein Ungelernter, der bereits längerer Zeit keiner Erwerbstätigkeit nachgegangen ist, selbst unter günstigsten Umständen einen Bruttostundenlohn von maximal 7,50 € erzielen. Bei einer vollschichtigen Erwerbstätigkeit mit 173,9 Stunden im Monat ergibt das zwar einen monatlichen Bruttolohn von 1.304,25 €, was netto bei Steuerklasse I und 1 Kinderfreibetrag einem Betrag von 961,88 € entspricht. Da jedoch Zeitarbeitsfirmen – sofern sie heutzutage bei Neueinstellungen überhaupt noch Vollzeitstellen anbieten - grundsätzlich nicht die volle erbrachte Stundenzahl vergüten, sondern anteilige Zeitkonten führen, besteht für den Beklagten keine Möglichkeit, tatsächlich für einen Nettolohn von mehr als 900,- € tätig sein zu können. 39

bb) 40

Mit einem solchen – fiktiven – Einkommen ist der Beklagte nicht leistungsfähig, da ihm gegenüber seinen minderjährigen Kindern ein notwendiger Selbstbehalt von 900,- € zusteht. 41

Eine Herabsetzung des Selbstbehalts kommt nicht in Betracht.

Der Umstand, dass der Beklagte seit August 2008 (vgl. Bl. 42 GA) mit seiner Lebensgefährtin zusammen lebt, rechtfertigt keine Herabsetzung des Selbstbehalts. Der Senat nimmt in ständiger Rechtsprechung im Falle des Zusammenlebens des Unterhaltspflichtigen mit einem Partner nur dann eine Herabsetzung des Selbstbehalts vor, wenn und soweit beide Partner ausreichend leistungsfähig sind. Denn nur bei entsprechender Leistungsfähigkeit kommen im Ergebnis Einspareffekte zustande. Das ist vorliegend nicht der Fall. Der Beklagte kann nicht mehr verdienen als den notwendigen Selbstbehalt; seine Lebensgefährtin bezieht eine monatliche Rente von gut 550,- €. Sie liegt damit noch unter dem Mindestbedarf einer mit dem Unterhaltspflichtigen verheirateten Person von 560,- € gemäß HLL 21.5. 42

b) 43

Zu einer zumindest geringfügigen Leistungsfähigkeit kann man im vorliegenden Fall auch dann nicht gelangen, wenn man den Beklagten für verpflichtet erachtet, neben dem Bezug von Leistungen nach dem SGB II seine Zuverdienstmöglichkeiten nach §§ 11, 30 SGB II durch das Ausüben einer geringfügigen Tätigkeit auszuschöpfen. 44

aa) 45

In den Monaten Oktober bis Dezember 2007 war der Beklagte sogar in erheblich größerem Umfang als dem eines 400,- € - Jobs erwerbstätig. Er hat aber ausweislich der vorliegenden Verdienstabrechnungen in dieser Zeit kein Einkommen erzielt, das ihn zur Erbringung von Kindesunterhaltsleistungen befähigt, sondern durchschnittlich deutlich weniger als den notwendigen Selbstbehalt. 46

bb) 47

Seit Januar 2008 ist der Beklagte ausweislich der vorliegenden Unterlagen wegen seiner Rückenbeschwerden arbeitsunfähig erkrankt. 48

Er hat sich im Januar 2008 im Rahmen eines stationären Krankenhausaufenthalts einer Bandscheibenoperation unterziehen müssen. Im Februar 2009 ist er erneut operiert worden; anschließend erfolgte eine stationäre Rehabilitationsmaßnahme bis zum 7. April 2009; bei der Entlassung dort ging man von einer Arbeitsunfähigkeit für weitere vier bis sechs Wochen aus (Bl. 202 GA). Für die Monate September 2008 und Januar 2009 liegen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen als Folgebescheinigungen vor. Soweit die vorliegenden Unterlagen die Zeit von Februar bis Juli 2008, Oktober und November 2008 sowie ab ca. Anfang Juni 2009 nicht ausdrücklich abdecken, ergeben die vorliegenden Stellungnahmen des behandelnden Arztes Dr. T, dass der Beklagte nicht arbeitsfähig war und ist, auch nicht in geringfügigem Umfang von wenigen Stunden. Die ausführliche Stellungnahme vom 22. Juni 2009 (Bl. 192 f GA) ist von der Klägerseite nicht dezidiert bestritten worden. Das stark leidensbetonte Auftreten des Beklagten im Senatstermin und seine überaus steifen und eingeschränkten Bewegungen, sowie seine Sprechweise haben die Richtigkeit der Stellungnahme des behandelnden Arztes gezeigt; der Einholung eines Sachverständigengutachtens bedarf es daher nicht. 49

3. 50

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 91 Abs.1 S.1, 344 ZPO. 51

