
Datum: 18.11.2011
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 2. Senat für Familiensachen
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: II-2 WF 129/11
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2011:1118.II2WF129.11.00

Vorinstanz: Amtsgericht Essen, 107 F 524/10

Tenor:

Der Antragstellerin wird Verfahrenskostenhilfe unter Beiordnung von Rechtsanwalt C aus I bewilligt, soweit sie beantragt, den Antragsgegner zur Zahlung rückständigen Trennungsunterhalts für die Zeit vom 1.2.2009 bis zum 26.10.2009 in Höhe von 6.835,20 € zu verpflichten.

Die Anordnung von Ratenzahlungen oder einer Einmalzahlung aus dem Vermögen der Antragstellerin bleibt dem Amtsgericht vorbehalten.

Die Gerichtsgebühr nach Nr. 1912 KV-FamGKG wird nicht erhoben.

Gründe

I.

Mit der angefochtenen Entscheidung hat das Familiengericht den Antrag auf Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe mangels hinreichender Erfolgsaussicht (§§ 113 I 1, 2 FamFG, 114 ZPO) zurückgewiesen.

II.

1

2

3

4

Die gem. den §§ 113 I 1, 2 FamFG, 127 II 2, 3 ZPO zulässige sofortige Beschwerde hat in der Sache im tenorierten Umfang Erfolg. Im Übrigen ist ihr keine Erfolgsaussicht beschieden. 5

1) 6

Der Antragstellerin steht gegen den Antragsgegner auf der Grundlage ihres Sachvortrages rechnerisch ein Anspruch auf Zahlung von rückständigem Trennungsunterhalt in der von ihr geltend gemachten Höhe (816 € monatlich) gem. den §§ 1361 I, III, 1613 I BGB zu. 7

a) 8

Die Antragstellerin hat den Antragsgegner mit der außergerichtlichen Aufforderung ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 15.12.2008 zur Auskunftserteilung zum Zwecke der Geltendmachung von Ansprüchen auf Trennungsunterhalt für die Zeit nach Ablauf der zuvor von den Beteiligten getroffenen Unterhaltsvereinbarung am 31.12.2008 in Verzug gesetzt und ihren Anspruch mit außergerichtlichem Schreiben ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 11.3.2009 beziffert. Darauf, ob zum Zeitpunkt des Auskunftsverlangens ein rechtlicher Anspruch der Antragstellerin auf Auskunftserteilung nach den §§ 1361 IV 4, 1605 BGB bestand, vor dem Hintergrund, dass der Antragsgegner Auskunft bereits im März 2008 erteilt hatte (vgl. § 1605 II BGB), kommt es für die in § 1613 I BGB normierten Rechtsfolgen des Verlangens auf Auskunftserteilung nicht an. 9

Der Anspruch ist jedoch begrenzt auf den Zeitpunkt der Rechtskraft der Scheidung am 26.10.2009. Ein darüber hinausgehender Anspruch auf Zahlung von Ehegattenunterhalt steht der Antragstellerin nicht zu, da sie bereits am 27.10.2009 erneut die Ehe mit einem anderen Mann geschlossen hat. 10

b) 11

Für die Berechnung der Höhe des geschuldeten Trennungsunterhalts ist im summarischen Verfahren von einem bereinigten Erwerbseinkommen des Antragsgegners in Höhe von 1.341,80 € und von sonstigen Einkünften (aus Wohnvorteil und Mieteinkünften) in Höhe von 1.200 € monatlich auszugehen. 12

Sein bereinigtes Erwerbseinkommen setzt sich wie folgt zusammen: 13

Nettoeinkommen	2.059,03 €	14
abzgl. Fahrtkosten	- 16,50 €	
abzgl. Gewerkschaft	- 25,73 €	
abzgl. Prämie LBS	- 40,00 €	
gezahlter Unterhalt für das 1. Kind	- 325,00 €	
gezahlter Unterhalt für das 2. Kind	- 310,00 €	
bereinigtes Erwerbseinkommen:	1.341,80 €	

Die Höhe seines – der Überprüfung im Hauptsacheverfahren unterliegenden – Nettoeinkommens ist nachvollziehbar dargestellt auf der Grundlage eines Jahresbruttoeinkommens von 42.130 €. Soweit der Antragsgegner weitere – zwischen den Beteiligten streitige - Abzüge für Verbindlichkeiten (Grundsteuer, Hausgeld, 15

Instandhaltungsrücklage) geltend macht, kann er auf die ihn insoweit treffende Darlegungs- und Beweislast im Hauptsacheverfahren verwiesen werden.

Ob und in welchem Umfang er sich einen objektiven Wohnvorteil für das Wohnen im Eigenheim zurechnen lassen muss, ist ebenfalls im Hauptsacheverfahren zu klären. Insoweit werden die Beteiligten Gelegenheit erhalten, ergänzend zum Baujahr, zum Erhaltungszustand, zur Größe und zur Lage des Grundstücks vorzutragen. Auf der Grundlage des unter Beweis gestellten Sachvortrages der Antragstellerin erscheint es jedenfalls nicht ausgeschlossen, dass aus dem von ihm bewohnten Eigenheim ein objektiver Mietwert in Höhe von 800 € monatlich zu erzielen ist. Auf den mit außergerichtlichem Schreiben vom 29.4.2008 von der Antragstellerin genannten angemessenen Wohnwert wird man nach Ablauf des Trennungsjahres nicht mehr ohne Hinzutreten besonderer Umstände abstellen können (vgl. BGH FamRZ 2008, 963, 965).

Die Höhe der von der Antragstellerin behaupteten Mieteinnahmen aus der im Miteigentum der Beteiligten stehenden Wohnung in F ist vom Antragsgegner bislang nicht nachvollziehbar bestritten worden.

c)

Auf Seiten der Antragstellerin kann im summarischen Verfahren von einem anrechenbaren Erwerbseinkommen in Höhe von 561 € monatlich ausgegangen werden, welches sich wie folgt zusammensetzt:

Nettoeinkommen	380,00 €
abzgl. Fahrtkosten	- 19,00 €
zzgl. Haushaltsleistungen (Lebenspartner)	200,00 €
anrechenbares Einkommen	561,00 €

Konkrete Anhaltspunkte dafür, dass die Antragstellerin zusätzliche Einkünfte aus Erwerbstätigkeit erzielt, sind nicht vorhanden. Die Höhe der von ihr geltend gemachten Fahrtkosten ist bestritten und nicht schlüssig dargelegt. Der Senat hat deren Höhe im summarischen Verfahren daher auf zunächst auf 5% vom Nettoeinkommen (pauschal) begrenzt. Die Höhe der Anrechnung einer fiktiven Vergütung für die Führung des Haushalts ihres damaligen Lebenspartners ist von den Umständen des Einzelfalls und insbesondere vom Umfang der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Lebenspartners abhängig. Sie muss daher der Überprüfung im Hauptsacheverfahren vorbehalten bleiben. Dabei wird auch der Umfang der gewährten Haushaltsleistungen zu überprüfen sein, vor dem Hintergrund, dass die Antragstellerin im maßgeblichen Anspruchszeitraum selbst teilschichtig erwerbstätig gewesen ist.

d)

Unter Berücksichtigung der beiderseitigen Erwerbseinkünfte, der davon abzusetzenden Anreizsiebel (Erwerbstätigenbonus) und der sonstigen Einkünfte des Antragsgegners errechnet sich eine Differenz der beiderseitigen Einkünfte, die nach Durchführung der Halbteilung den von der Antragsgegnerin geltend gemachten Anspruch auf Zahlung von Trennungsunterhalt der Höhe nach rechtfertigt.

16

17

18

19

20

21

22

23

24

Bei der Berechnung der Rückstände ist zu berücksichtigen, dass der Anspruchszeitraum vom 1.2.2009 bis zum 26.10.2009 begrenzt ist und dass für den Monat Februar 2009 bereits 400 € vom Antragsgegner auf den Trennungsunterhalt geleistet worden sind.

2) 25

Der Geltendmachung des Anspruchs auf Trennungsunterhalt steht nicht entgegen, dass die Antragstellerin ihre Ansprüche bereits in einem vorangegangenen Verfahren (15 F 111/10) vor dem Amtsgericht – Familiengericht – Marl vergeblich verfolgt und ihre sofortige Beschwerde gegen den darin ergangenen zurückweisenden Verfahrenskostenhilfebeschluss mit Schriftsatz ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 4.10.2010 zurückgenommen hat. 26

Da Beschlüsse, mit denen der Antrag auf Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe zurückgewiesen wird, keine materielle Rechtskraft erlangen, ist die Antragstellerin mit der Stellung ihres erneuten Antrags auf Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe am 6.12.2010 im vorliegenden Verfahren grundsätzlich nicht ausgeschlossen. Das gilt nur dann nicht, wenn sich die Stellung ihres erneuten Antrags als rechtsmißbräuchlich darstellt, zum Beispiel, weil er mit einer untauglichen Begründung versehen ist und eine Änderung der bisherigen Beurteilung deshalb von vornherein ausgeschlossen erscheint (vgl. BGH FamRZ 2009, 496 f.). Dafür bestehen keine Anhaltspunkte, nachdem ihr die Erfolgsaussichten für die rechnerische Geltendmachung eines Anspruchs auf rückständigen Trennungsunterhalt nicht abgesprochen werden können. 27

3) 28

Der Geltendmachung ihrer Ansprüche auf Trennungsunterhalt steht auch nicht der Einwand der Verwirkung nach den allgemeinen Grundsätzen von Treu und Glauben (§ 242 BGB) entgegen. In der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist zwar anerkannt, dass rückständige Unterhaltsansprüche verwirkt sein können, wenn der Unterhaltsberechtigte sein Recht längere Zeit nicht geltend macht, obwohl er dazu in der Lage ist (sog. Zeitmoment) und der Verpflichtete sich mit Rücksicht auf das gesamte Verhalten des Berechtigten darauf einrichten durfte und eingerichtet hat, dass dieser sein Recht auch in Zukunft nicht geltend machen werde (sog. Umstandsmoment; vgl. BGH FamRZ 2011, 1140, 1141). Das setzt jedoch voraus, dass der Unterhaltsberechtigte über einen längeren Zeitraum, der etwas mehr als ein Jahr zurückliegt, den Unterhaltsschuldner weder zur Auskunftserteilung, noch zur Zahlung aufgefordert hat und auch sonst keine Anstrengungen unternommen hat, die der Vorbereitung oder der Durchsetzung seines Anspruchs dienen (vgl. BGH FamRZ 2010, 1888, 1889 f.). Daran fehlt es. 29

Aus der Gesamtschau des Schriftverkehrs ergibt sich, dass das Verhalten der Antragstellerin vom dem Bemühen getragen war, ihren Anspruch auf Zahlung von Trennungsunterhalt möglichst zeitnah durchzusetzen. Sie hat den Antragsgegner bereits im Monat der Trennung (im April 2008) zur Auskunftserteilung zum Zwecke der Geltendmachung ihrer Ansprüche aufgefordert. Nachdem sich die Beteiligten mit außergerichtlichen Schreiben vom 8.9.2008 und vom 18.9.2008 auf die vorläufige Zahlung von Trennungsunterhalt bis einschließlich Dezember 2008 geeinigt hatten, hat sie den Antragsgegner noch im Dezember 2008 zur erneuten Auskunftserteilung und mit Schreiben vom 11.3.2009 zur Fortzahlung von Trennungsunterhalt begehrten Höhe ab Februar 2009 aufgefordert. Rund 8 Monate später hat sie mit Antragsschrift vom 8.3.2010 im Verfahren vor dem Amtsgericht – Familiengericht – Marl 15 F 111/10 den bis dahin aufgelaufenen Unterhaltsrückstand beziffert. In dem bis zum 4.10.2010 anhängigen Verfahrenskostenhilfeprüfverfahren vor dem Amtsgericht Marl bestand keine Veranlassung für weitere Maßnahmen der Antragstellerin. Nur wenige Tage nach der 30

Beendigung des Verfahrens durch ihre Beschwerderücknahme vom 4.10.2010, hat sie am 6.10.2010 Verfahrenskostenhilfe für das vorliegende Verfahren auf Verpflichtung zur Zahlung von Trennungsunterhalt – mit identischem Inhalt – beantragt. Unter diesen Umständen fehlt es bereits an dem für eine Verwirkung nach § 242 BGB erforderlichen Zeitmoment. Das hat zur Folge, dass der Antragsgegner alleine aufgrund der Rücknahme ihrer Beschwerde im Verfahrenskostenhilfeprüfverfahren vor dem Amtsgericht Marl (15 F 111/10) nicht darauf vertrauen durfte, dass die Antragstellerin ihren Anspruch auf Zahlung von Trennungsunterhalt nicht mehr weiter verfolgt. Soweit er sich darauf beruft, im Vertrauen auf die Nichtgeltendmachung von Trennungsunterhalt im Verfahren vor dem Amtsgericht – Familiengericht – Marl 15 F 223/11 betreffend der Zustimmung zur gemeinsamen steuerlichen Veranlagung im Wege des Vergleichs einen Teil der dort entstandenen Verfahrenskosten übernommen zu haben, ist er einem Motivirrtum unterlegen, der keine Auswirkungen auf das vorliegende Verfahren auf Zahlung von Trennungsunterhalt haben kann.

4) 31

Es kann auch nicht schon im summarischen Verfahren festgestellt werden, dass der Anspruch der Antragstellerin auf Zahlung rückständigen Trennungsunterhalts aus anderen Gründen, etwa wegen der Aufnahme einer außerehelichen Beziehung der Antragstellerin mit einem anderen Mann vor der Trennung oder wegen vom Antragsgegner behaupteter Verletzung von Vermögensinteressen verwirkt ist. 32

Zur Feststellung des Vorliegens der Voraussetzungen der §§ 1361 III, 1579 Nr. 7 BGB fehlt es an einem hinreichenden Sachvortrag des Antragsgegners zur Art und zur Dauer der behaupteten außerehelichen Beziehung der Antragstellerin, ohne welchen nicht beurteilt werden kann, ob es sich um ein schwerwiegendes Fehlverhalten der Antragstellerin handelt oder nicht. Außerdem wird der Antragstellerin im Hauptsacheverfahren Gelegenheit gegeben werden müssen, ihren Sachvortrag zum Fehlverhalten des Antragsgegners zu ergänzen, um den Vorwurf der Einseitigkeit ihres Fehlverhaltens zu entkräften. 33

Hinsichtlich des Sachvortrages des – insoweit darlegungs- und beweispflichtigen – Antragsgegners zur mutwilligen Verletzung schwerwiegender Vermögensinteressen i. S. d. §§ 1361 III, 1579 Nr. 5 BGB durch Kontoabhebungen hat die Antragstellerin nachvollziehbar vorgetragen, zu den einzelnen Abhebungen vom gemeinsamen Konto berechtigt gewesen zu sein. Es ist daher Sache des Antragsgegners seinen Sachvortrag im Hauptsacheverfahren zu ergänzen und – soweit erforderlich – zu belegen. 34

Hinzu kommt, dass § 1579 BGB unterschiedliche Rechtsfolgen zur Frage der Verwirkung zulässt, wobei letztlich nur im Rahmen einer umfassenden Billigkeitsabwägung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls festgestellt werden kann, welche der möglichen Rechtsfolgen in welchem Umfang – auch unter Berücksichtigung der von der Antragsstellerin betreuten minderjährigen gemeinsamen Kinder - angemessen erscheint. Eine solche endgültige Prüfung kann aber nicht schon im summarischen Verfahren vorgenommen werden, in welchem es , lediglich um die Erfolgsaussichten der beabsichtigten Klage geht, um dem wirtschaftlichen Interesse der antragstellenden Partei auf Gewährung von Verfahrenskostenhilfe gerecht zu werden. Sie muss daher grundsätzlich dem Hauptsacheverfahren vorbehalten bleiben. 35

Eine Entscheidung über die außergerichtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens ist nach den §§ 113 I 1, 2 FamFG, 127 IV ZPO nicht veranlasst. 36

Rechtsbehelfsbelehrung:

Diese Entscheidung ist unanfechtbar.

38