
Datum: 27.03.2012
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 2. Senat für Familiensachen
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: II-2 WF 213/11
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2012:0327.II2WF213.11.00

Vorinstanz: Amtsgericht Detmold, 32 F 426/10

Tenor:

Auf die sofortige Beschwerde der Antragstellerin vom 07.07.2011 wird der Be-schluss des Amtsgerichts – Familiengericht - Detmold vom 27.06.2011 abge-ändert.

Der Antragstellerin wird ratenfreie Verfahrenskostenhilfe unter Beiordnung von

Herrn Rechtsanwalt X aus C2 bewilligt.

Gründe: 1

I. 2

Die Beteiligten sind die geschiedenen Kindeseltern des Kindes B. 3

Im Verfahren 21 F 168/09, Amtsgericht Bottrop, einigten sich die Beteiligten darauf, dass das Kind B in die seinerzeitige Wohnung des Antragsgegners und dessen Lebenspartnerin zog. Der Antragsgegner befindet sich derzeit in Strafhaft in Viterbo/Italien. Das Kind B verblieb zunächst weiterhin in der Wohnung des Antragsgegners. Derzeit hält sich das Kind B bei der Frau T in E auf. 4

Im Jahre 2010 versuchte die Antragstellerin erfolglos, das alleinige Sorgerecht hinsichtlich der gemeinsamen Tochter D übertragen zu erhalten. Das Amtsgericht Bottrop, 21 F 119/10, wies die für ihren Sorgerechtsantrag vom 30.08.2010 nachgesuchte Verfahrenskostenhilfe 5

mangels hinreichender Erfolgsaussicht zurück. Die hiergegen eingelegte sofortige Beschwerde wurde seitens des Senats durch Beschluss vom 30.11.2010 - II-2 WF 272/10 – mangels Erfolgsaussicht zurückgewiesen. Der Senat führte zur Begründung aus, dass ein kostenbewusster Beteiligter nicht auf eigene Kosten ein Verfahren nach § 1671 BGB einleitete, sondern jedenfalls zunächst auf die Feststellung des Ruhens der elterlichen Sorge nach § 1674 Abs. 1 BGB antrüge.

Die Antragstellerin hat behauptet, dass der Antragsgegner einen auch mit dem Kind B durchgeführten Urlaub zu Drogengeschäften genutzt habe. Sie hat gemeint, dass eine Übertragung des Sorgerechts alleine auf sie wegen des Alters des Kindes B untunlich sei. Insofern sei ausreichend, dass das Sorgerecht des Antragsgegners, der dieses aus tatsächlichen Gründen nicht ausüben könne, ruhend gestellt werde. Dies entspreche auch dem Wunsch des Kindes B.

6

Sie hat unter dem 03.09.2010 die Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe für den beabsichtigten Antrag auf Anordnung des Ruhens des Sorgerechts des Antragsgegners für das Kind B begehrt.

7

Der Antragsgegner hat behauptet, er wolle das Sorgerecht nicht verlieren; er stimme jedoch einem Ruhen seines Sorgerechts zu.

8

Das Amtsgericht hat mit Beschluss vom 23.12.2010 festgestellt, dass die elterliche Sorge des Antragsgegners ruhe und die elterliche Sorge alleine von der Antragstellerin ausgeübt werde. Zugleich hob es die Verfahrenskosten gegeneinander auf. Mit Verfügung vom 23.12.2010 wies das Amtsgericht die Antragstellerin darauf hin, dass es beabsichtige, den Verfahrenskostenhilfeantrag wegen Mutwilligkeit zurückzuweisen. Der Antrag auf Ruhen der elterlichen Sorge hätte bei Gericht zu Protokoll erklärt werden können. Auch hätte das Jugendamt als Beratungsstelle in Anspruch genommen werden können. Mithin sei kein Grund für eine anwaltliche Vertretung erkennbar. Mit weiterem Beschluss vom 27.06.2011 wies das Amtsgericht den Antrag auf Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe unter Wiederholung des Inhalts der vorgenannten Verfügung als Begründung zurück.

9

Gegen diesen Beschluss wendet sich die Antragstellerin mit ihrer sofortigen Beschwerde. Sie rügt, das Amtsgericht habe verkannt, dass sie, die Antragstellerin, im Zeitpunkt der Antragstellung keinen Kontakt zum Antragsgegner gehabt habe und sie einen derartigen Kontakt auch nicht habe herstellen können, da die Lebenspartnerin des Antragsgegners ausdrücklich angewiesen gewesen sei, keinerlei Auskünfte über dessen Aufenthaltsort, auch dem Jugendamt gegenüber, preiszugeben. Dass die Sach- und Rechtslage schwierig gewesen sei, zeige sich auch daran, dass es zehn Monate gedauert habe, bis über ihren Verfahrenskostenhilfeantrag entschieden worden sei. Überdies habe sie am 24.01.2011 beim Amtsgericht Bottrop – ohne anwaltlichen Beistand – einen Antrag auf Ruhendstellung des Sorgerechts des Antragsgegners hinsichtlich der bei ihr lebenden gemeinsamen Tochter D gestellt. Dort sei ihr aber mit Hinweis vom 21.07.2011 erklärt worden, dass ausreichende Gründe für ein Ruhefeststellen nicht dargetan seien; die Tatsache der Auslandsinhaftierung und behaupteten schwierigen Gestaltung stelle kein tatsächliches Ausübungshindernis dar. Auch sei zu beachten, dass der Senat im Beschluss vom 30.11.2010 - II-2 WF 272/10 – ausgeführt habe, dass das Amtsgericht im Verfahren zur Ruhendstellung des Sorgerechts hinsichtlich der Tochter D zu erkennen gegeben habe, einem entsprechenden Antrag stattgeben zu wollen. Das gleiche Amtsgericht habe indes angekündigt, diesen Antrag zurückweisen zu wollen. Damit aber sei erkennbar, dass die Sache eben nicht so einfach und unproblematisch sei.

10

Zu vermuten sei, dass die Zurückweisung der Verfahrenskostenhilfe die "Retourkutsche" dafür sei, dass sie wiederholt – auch pointiert – an die Entscheidung über ihren Bewilligungsantrag hingewiesen habe.

Der Bezirksrevisor beim Landgericht Detmold hat die Ansicht vertreten, dass die Inanspruchnahme der Hilfe des Jugendamtes nicht unzumutbar gewesen sei. Die "deklaratorisch" zu treffende Feststellung nach § 1674 BGB sei weder rechtlich noch tatsächlich schwierig. Daher komme die Annahme von Mutwilligkeit in Betracht. Zudem sei eine anwaltliche Beiordnung keinesfalls erforderlich. Der Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin hätte die juristisch unerfahrene Antragstellerin auf die Entscheidungskompetenz der zuständigen Stellen hinweisen können. 12

Das Amtsgericht hat mit Beschluss vom 25.08.2011 der sofortigen Beschwerde aus den seitens des Bezirksrevisors genannten Gründen nicht abgeholfen und die Sache dem Senat zur Entscheidung vorgelegt. 13

II. 14

Die gemäß den §§ 76 Abs. 1 FamFG, 127 Abs. 2 Satz 2, Satz 3 ZPO zulässige sofortige Beschwerde hat in der Sache Erfolg. 15

Die Voraussetzungen für die Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe liegen vor. 16

Gemäß § 76 Abs. 1 FamFG in Verbindung mit § 114 ZPO kann einem Beteiligten nur dann Verfahrenskostenhilfe bewilligt werden, wenn die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet. Dies ist vorliegend der Fall, zumal das Amtsgericht antragsgemäß entschieden hat. Darüber hinaus darf die Rechtsverfolgung nicht mutwillig sein. Eine Rechtsverfolgung ist dann mutwillig, wenn ein verständiger, nicht hilfsbedürftiger Beteiligter seine Rechte nicht in gleicher Weise verfolgte (vgl. Senat, Beschluss vom 06.12.2011 – II-2 WF 98/11). Unter Zugrundlegung dieses Maßstabs ist der Antrag nicht mutwillig. 17

1. 18

Anders als etwa die allein deklaratorisch wirkende Feststellung des Ruhens der elterlichen Sorge bei rechtlichem Hindernis nach § 1673 Abs. 1 BGB (vgl. OLG Rostock, Beschluss vom 30.11.2007 – 10 WF 204/07 – FamRZ 2008, 1090), tritt bei einer tatsächlichen Verhinderung erst mit der gerichtlichen Feststellung der Verhinderung das Ruhen der elterlichen Sorge nach § 1674 Abs. 1 BGB ein. Diese Feststellung dient der Rechtsklarheit, indem sie in den Fällen länger dauernder Verhinderung ein Ruhen des Sorgerechts kraft familiengerichtlicher Feststellung ermöglicht, wodurch der Rechtsverkehr im Hinblick auf die Anwendung des § 1678 BGB von den Unsicherheiten befreit wird, die mit dem Tatbestandsmerkmal der tatsächlichen Verhinderung verbunden sind. 19

Das Merkmal der "tatsächlichen Verhinderung" kann aber mit erheblichen Unsicherheiten behaftet sein, sowohl hinsichtlich der tatsächlichen Grundlagen wie auch der rechtlichen Würdigung. 20

Ein tatsächliches Ausübungshindernis ist nur dann anzunehmen, wenn der wesentliche Teil der Sorgerechtsverantwortung nicht mehr von dem Elternteil selbst ausgeübt werden kann. Hieraus folgt, dass eine bloße physische Abwesenheit nicht ausreicht, wenn der vermeintlich verhinderte Elternteil, etwa durch den anderen Elternteil oder Hilfskräfte, das Kind versorgt 21

weiß und auch aus der Ferne Einfluss auf die Ausübung der elterlichen Sorge nehmen kann (vgl. BGH, Beschluss vom 06.10.2004 – XII ZB 80/04 – FamRZ 2005, 29). Die mit der Auslandsinhaftierung des Antragsgegners verbundenen Behinderungen in der Ausübung des Sorgerechts erlauben damit für sich isoliert betrachtet noch nicht die Annahme einer tatsächlichen Verhinderung (vgl. OLG Hamm, Beschluss vom 13.02.1996 - 15 W 434/95 - FamRZ 1996, 1029; OLG Naumburg, Beschluss vom 17.02.2003 - 8 UF 189/02 - FamRZ 2003, 1947; OLG Frankfurt, Beschluss vom 17.09.2011 - 5 WF 137/01 - OLGR 2002, 6; vgl. auch zur Untersuchungshaft OLG Köln, Beschluss vom 01.06.1977 - 16 Wx 51/77, 16 Wx 60/77 - FamRZ 1978, 623). Insofern kann die Inhaftierung des Antragsgegners in Italien, die immerhin scheinbar mindestens seit 2009 fortbesteht, geeignet sein, die tatsächliche Verhinderung an der Ausübung der Personensorge zu begründen. Zwingend ist dies nicht. Hinzukommen muss, dass aufgrund der Verbüßung der Straftat die Kommunikationsmöglichkeiten, die unabdingbare Voraussetzung für die Möglichkeit der Ausübung des elterlichen Sorgerechts sind, nicht in ausreichendem Maße gegeben sind (vgl. OLG Brandenburg, Beschluss vom 21.05.2008 - 9 UF 53/08 - FamRZ 2009, 237).

Dass diese Umstände im Zeitpunkt der Antragstellung derart offensichtlich vorgelegen hätten, dass ein vernünftig und wirtschaftlich denkender Rechtssuchender ohne anwaltliche Hilfe den Antrag unmittelbar beim Amtsgericht gestellt hätte, ist nicht erkennbar. Zwar war der Antragstellerin der Umstand der Inhaftierung des Antragsgegners und dessen Anschrift bereits im Zeitpunkt der Antragstellung bekannt. Auch, dass es sich um eine langjährige Haftstrafe handeln soll, sei ihr nach eigenem Vortrag bekannt gewesen. Ob allerdings ausreichende Kommunikationsmöglichkeiten des Antragsgegners gegeben waren, konnte sie hingegen nur mutmaßen. Damit aber war unklar, ob derartige Möglichkeiten tatsächlich gegeben waren und – bejahendenfalls – eine hinreichende Gewähr für die Ausübung der elterlichen Sorge boten. Überdies hat der Antragsgegner zwar eine planmäßige Inhaftierung bis 2014 behauptet; gleichzeitig hat er aber darauf verwiesen, dass er auch wegen guter Führung und aus ausländerrechtlichen Gründen deutlich früher entlassen würde. Damit aber war zudem zweifelhaft, ob im Zeitpunkt der Antragstellung eine noch weiterhin dauernde und damit längere Verhinderung angenommen werden konnte. Bei längerer Inhaftierung wird mangels konkreter Kenntnis der Lebensbedingungen des Kindes eine verantwortliche Sorgeausübung regelmäßig nicht mehr möglich sein. Ab wann dies der Fall sein kann, wird in der Rechtsprechung nicht einheitlich beurteilt (vgl. OLG Dresden, Beschluss vom 27.02.2003 - 10 UF 760/02 - FamRZ 2003, 1038: Freiheitsstrafe von mindestens 2 Jahren und 2 Monaten; vgl. aber OLG Naumburg, Beschluss vom 17.02.2003 - 8 UF 189/02 - FamRZ 2003, 1947).

2. 23

Soweit das Amtsgericht darauf abgestellt hat, dass die Antragstellerin nicht zuvor die Hilfe des Jugendamtes in Anspruch genommen habe, ist zu beachten, dass die Inanspruchnahme außergerichtlicher Beratung durch das Jugendamt grundsätzlich nicht Voraussetzung für das Entstehen des Rechtsschutzinteresses für ein gerichtliches Verfahren ist (vgl. Senat, Beschluss vom 18.12.2003 - 2 WF 420/03 - FamRZ 2004, 1116; OLG Hamm, Beschluss vom 03.03.2011 - NJW-RR 2011, 1577, jeweils zum Umgangsverfahren). Dies wäre unter Umständen anders zu bewerten, wenn das Jugendamt offensichtlich etwaig bessere Erkenntnismöglichkeiten hinsichtlich der Möglichkeiten des Antragsgegners zur tatsächlichen Ausübung der elterlichen Sorge gehabt hätte, weil dann die Erfolgsaussicht eines etwaigen Antrags auf Feststellung des Ruhens der elterlichen Sorge besser hätte eingeschätzt werden können, oder das Jugendamt offenkundig weitere Aufklärung hinsichtlich der Haftumstände hätte betreiben können. Beides ist indes nicht erkennbar. Damit aber verbleibt es dabei, dass

24

die Inanspruchnahme außergerichtlicher Beratung durch das Jugendamt nicht Voraussetzung für das Entstehen des Rechtsschutzinteresses für ein gerichtliches Verfahren ist. Auch wenn – wie der Bezirksrevisor beim Landgericht Detmold ausführt – ein Rechtsanspruch auf Beratung durch das Jugendamt in § 18 SGB VIII normiert ist, haben die Eltern nach wie vor das Recht, unmittelbar um gerichtliche Hilfe nachzusuchen (vgl. Senat, Beschluss vom 18.12.2003 – 2 WF 420/03 – FamRZ 2004, 1116, zum Umgangsverfahren).

III.

25

Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst, §§ 127 Abs. 4 ZPO, 73 Abs. 1 bzw. 113 Abs. 1 Satz 2 FamFG. 26