
Datum: 02.10.2013
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 8. Senat für Familiensachen
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 8 UF 251/12
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2013:1002.8UF251.12.00

Vorinstanz: Amtsgericht Coesfeld, 12 F 162/12
Schlagworte: Hinweispflicht des Gerichts, Aufhebung und Zurückverweisung
Normen: §§ 117 Abs. 2 FamFG, 139, 538 Abs. 2 ZPO
Leitsätze:
Zur Aufhebung und Zurückverweisung, wenn das erstinstanzliche Gericht seiner Hinweis- und Fragepflicht nicht nachgekommen ist.

Tenor:

Auf die Rechtsmittel beider Beteiligten wird der am 30. Oktober 2012 verkündete Beschluss des Amtsgerichts – Familiengericht – Coesfeld einschließlich des zugrunde- liegenden Verfahrens aufgehoben.

Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, und zwar auch über die außergerichtlichen Kosten des vorliegenden Beschwerdeverfahrens, an das Amtsgericht zurückverwiesen.

Gerichtskosten für das Beschwerdeverfahren werden nicht erhoben.

Die sofortige Wirksamkeit dieser Entscheidung wird angeordnet.

Gründe:

I.

1

2

3

Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist die Verpflichtung der Antragsgegnerin zur Zahlung von Mindestkindesunterhalt ab Juli 2012 für den am ###.###.1999 geborenen Antragsteller. Der Antragsteller ist der Sohn der Antragsgegnerin aus deren 2008 rechtskräftig geschiedener Ehe mit dem gesetzlichen Vertreter des Antragstellers, in dessen Haushalt er seit März 2012 lebt.

Die am ###.###.1974 geborene Antragsgegnerin ist zur Zeit nicht erwerbstätig. Sie ist gelernte Frisörin. Während der Zeiten der Kindererziehung war sie stundenweise in der Gebäudereinigung und bei einem Partyservice tätig. Seit Juli 2012 bezog sie SGB II-Leistungen in Höhe von monatlich 866,37 €. Zum 01.06.2013 erhielt sie eine Anstellung bei einer Firma T GmbH als Teamleitung in Teilzeit zu einem Bruttolohn von 1010 €. Ihr wurde jedoch innerhalb der Probezeit am 15.07.2013 mit sofortiger Wirkung gekündigt. 4

Wegen der weiteren Einzelheiten sowie der erstinstanzlich gestellten Anträge wird auf die Gründe des erstinstanzlichen Beschlusses Bezug genommen. 5

Das Amtsgericht hat die Antragsgegnerin verpflichtet, für den Monat Juli 2012 rückständigen Kindesunterhalt i.H.v. 100 € nebst Zinsen und ab August 2012 monatlichen Kindesunterhalt von 100 € zu zahlen. Die Antragsgegnerin sei als Mutter gegenüber dem Antragsteller unterhaltspflichtig. Auf mangelnde Arbeitsfähigkeit könne sie sich nicht mit Erfolg berufen, da sie diese nicht substantiiert dargelegt habe. Ihrem Sachvortrag lasse sich nicht konkret entnehmen, wie sich die von ihr behauptete Erkrankung einer Depression auf die ausgeübten Tätigkeiten auswirke. Auch sei trotz des Hinweises des Gerichts kein Beweisantritt für die behauptete Arbeitsunfähigkeit erfolgt. Die Antragsgegnerin treffe eine gesteigerte Unterhaltspflicht. Sie müsse sich deshalb fiktive Einkünfte anrechnen lassen, die sie durch eine zumutbare Erwerbstätigkeit in der Gastronomie, in der Gebäudereinigung oder in ihrem erlernten Beruf als Frisörin erzielen könne. Das Gericht schätze das erzielbare anrechenbare Nettoeinkommen auf ca. 1 050 €. Bei einem Selbstbehalt von 950 € verbleibe damit eine Leistungsfähigkeit in Höhe von monatlich 100 €. 6

Gegen diesen Beschluss haben der Antragsteller Beschwerde und die Antragsgegnerin Anschlussbeschwerde eingelegt. 7

Der Antragsteller verfolgt nach Erweiterung der ursprünglich eingelegten beschränkten Beschwerde in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat seine erstinstanzlich gestellten Schlussanträge weiter. Es sei zu unterstellen, dass die Antragsgegnerin bei gehörigen Anstrengungen um den Erhalt einer Vollzeitstelle in der Lage wäre, den Mindestkindesunterhalt aufzubringen. Sie könne in ihrem Ausbildungsberuf als Frisörin auch so viel an Nettoeinkommen erzielen, dass sie davon den Mindestunterhalt sicherstellen könne. Es sei zu berücksichtigen, dass neben dem regulären Gehalt nicht unerhebliche Trinkgelder gezahlt würden. Diese beliefen sich im Mittelwert auf 7,50 € pro Tag, monatlich also mindestens 150 €. Im Übrigen sei es Sache der Antragsgegnerin, den Nachweis zu führen, dass sie kein Einkommen von mehr als 1 050 € erzielen könne. Gegebenenfalls müsse sie am Wochenende eine Nebentätigkeit ausüben oder Überstunden absolvieren. 8

Der Antragsteller beantragt, 9

in Abänderung des angefochtenen Beschlusses die Antragsgegnerin zu verpflichten, an ihn für den Monat Juli 2012 rückständigen Kindesunterhalt i.H.v. 334 € nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hieraus seit dem 26.07.2012 zu zahlen, und die Antragsgegnerin beginnend mit August 2012 zu verpflichten, an ihn spätestens bis zum dritten Werktag eines jeden Monats monatlich im Voraus einen Mindestkindesunterhalt in 10

Höhe von derzeit 334 € zu zahlen sowie die Anschlussbeschwerde der Antragsgegnerin zurückzuweisen.

Ferner beantragt er hilfsweise, 11

die erstinstanzliche Entscheidung aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung das Amtsgericht zurückzuverweisen. 12

Die Antragsgegnerin beantragt, 13

die erstinstanzliche Entscheidung aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung das Amtsgericht zurückzuverweisen sowie 14

die Beschwerde des Antragstellers zurückzuweisen. 15

Hilfsweise beantragt sie, 16

in Abänderung des angefochtenen Beschlusses den Antrag zurückzuweisen. 17

Die Antragsgegnerin hat Anschlussbeschwerde eingelegt mit dem Ziel der vollständigen Antragsabweisung. Sie sei wegen einer Depression arbeitsunfähig. Ihre Gedanken kreisten ständig um das Wohlbefinden des Sohnes, welches einhergehe mit einem Boykottverhalten des Kindesvaters. Die Sorgen um ihren Sohn, die sie im Einzelnen näher darstellt, und die darauf beruhenden Ängste führten zu einem ständigen Stress, der sich körperlich auswirke. Sie sei von innerer Erschöpfung geprägt, fühle sich körperlich und seelisch „abgebrannt“, antriebslos und handlungsunfähig. Hinzu kämen Konzentrations- und Leistungsschwäche. Die Angststörung sei mittlerweile chronisch, werde also von einer Depression begleitet. Die durch die Störungen bedingte Beeinträchtigung führe dazu, dass sie einer Arbeitstätigkeit nicht nachgehen könne. Sie befinde sich in therapeutischer Behandlung, was aber noch nicht zur Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit geführt habe. 18

Der Senat hat den gesetzlichen Vertreter des Antragstellers in der mündlichen Verhandlung persönlich angehört. Wegen der Einzelheiten und des Ergebnisses der Anhörung wird auf den Berichterstatteervermerk Bezug genommen. 19

II. 20

Die Beschwerde ist zulässig und mit dem Hilfsantrag begründet. Die Anschlussbeschwerde ist ebenfalls zulässig und mit dem Hauptantrag begründet. 21

1. 22

Die Sache ist auf den Antrag der Antragsgegnerin und den Hilfsantrag des Antragstellers unter Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und des Verfahrens gemäß § 538 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ZPO entsprechend in Verbindung mit § 117 Abs. 2 S. 1 FamFG an das Gericht des ersten Rechtszuges zurückzuverweisen. Die weitere Verhandlung der Sache ist erforderlich. Das erstinstanzliche Verfahren weist einen wesentlichen Verfahrensmangel auf, weil das erstinstanzliche Gericht seiner Hinweispflicht gemäß § 139 ZPO nicht genügt hat, indem es auf die Notwendigkeit weiteren Vortrags zu den Auswirkungen der behaupteten Erkrankung auf die Erwerbsfähigkeit der Antragstellerin nicht hingewiesen hat. Aufgrund dieses Mangels ist ein umfassendes Sachverständigengutachten einzuholen. 23

Im Einzelnen gilt hierzu folgendes: 24

a)	25
Die Notwendigkeit einer weiteren Verhandlung der Sache ergibt sich daraus, dass eine Entscheidungsreife nicht gegeben war und auch vom Beschwerdegericht im Termin zur mündlichen Verhandlung nicht herbeigeführt werden konnte.	26
b)	27
Ein wesentlicher Verfahrensfehler liegt in der Verletzung der Hinweispflicht durch das erstinstanzliche Gericht begründet.	28
aa)	29
Ob ein Verfahrensfehler vorliegt, ist nach überwiegender Auffassung vom materiellrechtlichen Standpunkt des Erstrichters zu beurteilen (BGH NJW 1993, 2318, 2319; Wulf, in Beck-OK, ZPO, Stand: 15.07.2013, § 538 Rn. 9 mit weiteren Nachweisen). Aufgrund seiner, möglicherweise auch fehlerhaften, materiellrechtlichen Beurteilung muss daher insbesondere die Frage entschieden werden, ob Parteivorbringen unter Verstoß gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör unberücksichtigt blieb oder Hinweise nach § 139 ZPO erteilt werden mussten (BGH sowie Wulf jeweils am angegebenen Ort).	30
bb)	31
Es kann dahingestellt bleiben, ob das Amtsgericht den Vortrag der Antragsgegnerin zur Arbeitsunfähigkeit bzw. Leistungsfähigkeit zutreffend für nicht genügend substantiiert gehalten hat. Denn eine diesbezügliche Fehleinschätzung des Gerichts ist nicht verfahrensfehlerhaft im Sinne von § 538 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ZPO. Vielmehr sind nach ganz herrschender Meinung und auch Rechtsprechung Fragen der Schlüssigkeit und Substantiierung grundsätzlich rein materiellrechtlicher Natur (BGH sowie Wulf jeweils am angegebenen Ort).	32
cc)	33
Legt man dies zu Grunde, erweist sich das erstinstanzliche Verfahren dennoch als fehlerhaft. Im Ergebnis kann dahingestellt bleiben, ob das Ausgangsgericht seiner Hinweispflicht zunächst in ausreichender Weise dadurch nachgekommen ist, dass es im Verhandlungstermin vom 30.10.2012 den Hinweis erteilt hat, dass die Behauptung der Arbeitsunfähigkeit nicht ausreichend substantiiert und auch kein Beweis angetreten sei. Denn jedenfalls hätte es spätestens nach der auf diesen Hinweis abgegebenen Erklärung der Antragsgegnerin eines weiteren Hinweises darauf bedurft, dass der Vortrag der Antragsgegnerin zur fehlenden Leistungsfähigkeit immer noch nicht für ausreichend gehalten wird. Abgesehen davon war auch der Hinweis auf den fehlenden Beweisantritt mit Rücksicht auf die Regelung des § 144 ZPO in dieser Form nicht zutreffend (vgl. dazu weiter unten).	34
(1)	35
Der Senat verkennt nicht, dass eine möglicherweise verfehlte materiellrechtliche Beurteilung auch nicht auf dem Umweg über eine angebliche Hinweis- und Fragepflicht in einen Verfahrensmangel umgedeutet werden darf (BGH NJW 1991, 704). Diese Rechtsprechung betrifft die Frage, ob das Gericht verpflichtet ist, den Parteien Gelegenheit zur Äußerung zu seinem Rechtsstandpunkt zu geben. Eine solche Verpflichtung, die letztlich darauf abzielt, sich von den Parteien eines Besseren belehren zu lassen, ist von der Rechtsprechung verneint worden. Eine derartige Fallkonstellation steht jedoch hier nicht zur Entscheidung.	36

Vielmehr geht es um die Frage, ob das Amtsgericht, von dem Standpunkt aus, dass es den Vortrag der Antragsgegnerseite für nicht ausreichend substantiiert hielt, zu einem entsprechenden Hinweis verpflichtet war, um die Antragsgegnerin zu ergänzendem Vortrag anzuhalten.

(2) 37

Eine solche Verpflichtung bejaht der Senat. 38

(a) 39

Eine Hinweispflicht besteht gemäß § 139 Abs. 2 S. 1 ZPO, wenn ein Gesichtspunkt erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten wird. Dabei spricht eine Vermutung für das Nichterkennen eines nicht ausdrücklich angesprochenen Gesichtspunkts (BGH NJW 1993, 667). Erteilte Hinweise müssen dabei konkret und unmissverständlich sein (Greger, in: Zöller, ZPO, 29. Auflage 2012, § 139 Rn. 12a). 40

(b) 41

Wie das Amtsgericht zutreffend erkannt hat, war es mit Rücksicht auf die Vorschrift des § 139 Abs. 2 S. 1 ZPO verpflichtet, auf die nach seiner Ansicht fehlende Substantiierung der Behauptung zur Arbeitsunfähigkeit hinzuweisen. Dies hat es im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 30.10.2012 auch getan. Allerdings ist zweifelhaft, ob der pauschal gehaltene Hinweis auf diesen Gesichtspunkt ausreichte, und zwar vor dem Hintergrund, dass in dem späteren Beschluss moniert wird, die Antragsgegnerin habe nicht konkret dargelegt, in welcher Weise sich die behauptete Erkrankung auf ihre Arbeitsfähigkeit auswirkt. Auf diesen konkreten Gesichtspunkt bezog sich der erteilte Hinweis nicht. 42

(c) 43

Jedenfalls musste das erstinstanzliche Gericht aber seinen Hinweis entsprechend konkretisieren, nachdem die Antragsgegnerin ihre Erklärung erkennbar nicht umfassend auch auf den Gesichtspunkt der Auswirkung der Erkrankung auf die Arbeitsfähigkeit bezogen, sondern die Erklärung auf die gesundheitliche Seite der Arbeitsunfähigkeit beschränkt hatte. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass das Gericht durch seinen abschließenden Hinweis, die Antragsgegnerin müsse aus unterhaltsrechtlicher Sicht alles tun, um ihre Leistungsfähigkeit wieder herzustellen, suggeriert hat, dass die Antragsgegnerin nunmehr ausreichend zur Leistungsunfähigkeit bzw. Arbeitsunfähigkeit vorgetragen habe. Gibt eine Partei auf den Hinweis des Gerichts eine wiederum nicht ausreichende Erklärung ab, ist ein weiterer Hinweis jedenfalls dann geboten, wenn das Gericht den Eindruck erweckt, der Vortrag reiche nunmehr aus (Greger, in: Zöller § 139 Rn. 14a; BGH NJW-RR 2004, 281, 282). 44

dd) 45

Es handelt sich auch um einen wesentlichen Verfahrensmangel, denn der Mangel ist so erheblich, dass das Verfahren keine ordnungsgemäße Grundlage für eine Instanz beendende Entscheidung sein kann. Hätte das Amtsgericht einen entsprechenden Hinweis erteilt, ist davon auszugehen, dass die Antragsgegnerin, wie jetzt im Beschwerdeverfahren geschehen, ergänzend vorgetragen hätte. Auch ohne ausdrücklichen Beweisantritt hätte dann von Amts wegen (vgl. § 144 ZPO) ein Sachverständigengutachten eingeholt und auf dieser umfassenden Grundlage eine Entscheidung getroffen werden müssen. Abgesehen davon 46

dürfte bereits dem erstinstanzlichen Schriftsatz vom 09.10.2012 zu entnehmen sein, dass auch die Verwertung des Ergebnisses der amtsärztlichen Untersuchung angeregt wird, was sich im Laufe des weiteren Verfahrens ebenfalls angeboten hätte.

c) 47

Aufgrund dieses Mangels ist zudem eine umfangreiche Beweisaufnahme durch das Beschwerdegericht erforderlich. 48

aa) 49

Ob der Mangel eine umfangreiche oder aufwändige Beweisaufnahme erforderlich macht, muss - anders als die Beurteilung, ob ein Verfahrensfehler vorliegt - vom rechtlichen Standpunkt des Beschwerdegerichts entschieden werden (Wulf am angegebenen Ort). 50

bb) 51

Mit ihrem Vortrag im Zusammenhang mit der Anschlussbeschwerde im Schriftsatz vom 18.04.2013 genügt die Antragsgegnerin ihrer Substantiierungslast. Die Antragsgegnerin führt aus, zu welchen konkreten Beeinträchtigungen es aufgrund der Angststörung bzw. der Depression kommt, insbesondere zu Niedergeschlagenheit, Gefühlsleere, Müdigkeit und Antriebsmangel sowie zu Konzentrations- und Leistungsschwäche. Des Weiteren behauptet sie, sie könne aufgrund dieser Beeinträchtigungen einer Arbeitstätigkeit nicht nachgehen. Einer näheren Substantiierung hierzu bedurfte es nicht. Vielmehr gilt der Grundsatz, dass an die Substantiierungslast des Darlegungspflichtigen keine überzogenen Anforderungen gestellt werden dürfen; es genügt die Wiedergabe der Umstände, aus denen sich die gesetzlichen Voraussetzungen der begehrten Rechtsfolge ergeben (Greger, in: Zöller § 138 Rn. 8). 52

cc) 53

Zur Frage der Erwerbsfähigkeit ist danach ein Sachverständigengutachten einzuholen, das sich umfassend mit den Fragen zu beschäftigen hat, welche Erkrankung bei der Antragsgegnerin vorliegt und ob sie mit Rücksicht auf diese Erkrankung einer Arbeitstätigkeit, gegebenenfalls welcher, nachgehen kann. 54

II. 55

Der Senat hält es nicht für sachdienlich, selbst in der Sache zu entscheiden. Aufhebung und Zurückverweisung entsprechen dem durch die beiderseitige Antragstellung dokumentierten Interesse der Beteiligten, den Rechtsstreit über zwei volle Tatsacheninstanzen führen zu können. Vor diesem Hintergrund tritt der Gesichtspunkt der Verteuerung des Rechtsstreits ebenso zurück wie derjenige der Verzögerung der Entscheidung, der angesichts der bisherigen eher kurzen Verfahrensdauer ohnehin nicht nennenswert ins Gewicht fällt. 56

III. 57

1. 58

Die Nichterhebung der Gerichtskosten für die Beschwerdeinstanz beruht auf § 20 Abs. 1 S. 1 FamGKG. Im Übrigen war die Kostenentscheidung der erstinstanzlichen Schlussentscheidung vorzubehalten. 59

60

2.

Die Anordnung der sofortigen Wirksamkeit beruht auf § 116 Abs. 3 S. 2 FamFG und trägt dem Umstand Rechnung, dass aus dem angefochtenen Beschluss, dessen sofortige Wirksamkeit ebenfalls angeordnet worden ist, vollstreckt werden könnte.

61

3.

62

Die Rechtsbeschwerde war nicht zuzulassen. Weder hat die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts.

63