
Datum: 02.03.2015
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 10. Senat für Familiensachen
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 10 WF 32/15
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2015:0302.10WF32.15.00

Vorinstanz: Amtsgericht Recklinghausen, 42 F 5/15

Tenor:

1.

Das Verfahren wird vom Einzelrichter auf den Senat zur Entscheidung übertragen.

Die Beschwerde des Antragstellers gegen den Beschluss des Amtsgerichts - Familiengericht – Recklinghausen vom 12.01.2015 wird zurückgewiesen.

2.

Der Antrag auf Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe für das Beschwerdeverfahren wird zurückgewiesen.

Gründe:

I.

Antragsteller und Antragsgegnerin sind die getrennt lebenden Eltern des am 00.00.2013 geborenen Kindes Z und aufgrund einer Sorgeerklärung (§ 1626a BGB) vom 25.09.2013 gemeinsam sorgeberechtigt. Das Aufenthaltsbestimmungsrechts wird von der Antragsgegnerin alleine ausgeübt.

Mit Schreiben vom 06.01.2015 hat der Antragsteller den Erlass einer einstweiligen Anordnung beantragt, mit dem Ziel der „Herausgabe der gemeinsamen Tochter ... zur Durchführung des Umgangs“. Gestützt hat er diesen Antrag auf § 1632 Abs. 2 BGB i.d.

1

2

3

4

Das Familiengericht hat dem Antragsteller die dafür beantragte Verfahrenskostenhilfe verweigert, da ein einstweiliges Anordnungsverfahren zum Umgang des Antragstellers mit dem Kind bereits unter dem Aktenzeichen 42 F 215/14 AG Recklinghausen anhängig sei. Gegen diese Entscheidung richtet sich die sofortige Beschwerde des Antragstellers, der das Familiengericht nicht abgeholfen hat. 5

II. 6

Die sofortige Beschwerde ist gemäß §§ 76 Abs. 2 FamFG, 127 Abs. 2 S. 2, 567 Abs. 1 Nr. 1 ZPO zulässig. Nach der Rechtsprechung des Senats ist im Fall der Katalogsachen des § 57 S. 2 FamFG, wozu auch die Herausgabe des Kindes an den anderen Elternteil gehört (Nr. 2), die sofortige Beschwerde gegen Verfahrenskostenhilfeentscheidungen auch dann statthaft, wenn noch keine mündliche Erörterung stattgefunden hat (so auch OLG Frankfurt FamRZ 2014, 676; OLG Bremen FamRZ 2013, 1916 – jeweils m.w.N.). 7

III. 8

Die sofortige Beschwerde ist jedoch unbegründet. Zu Recht hat das Familiengericht dem Antragsteller Verfahrenskostenhilfe mangels hinreichender Erfolgsaussicht der Rechtsverfolgung (§§ 76 Abs. 1 FamFG, 114 ZPO) verweigert. 9

1. 10

Es ist bereits fraglich, ob für das Begehren des Antragstellers ein Rechtsschutzbedürfnis besteht. Denn in der Sache selbst handelt es sich hierbei um nichts anderes als um einen lediglich in ein Herausgabeverlangen gekleideten (erneuten) Antrag auf einstweilige Anordnung zur Regelung des Umgangs. Ein solches Verfahren aber ist, worauf das Familiengericht in dem angefochtenen Beschluss hingewiesen hat, unter dem Aktenzeichen 42 F 215/14 AG Recklinghausen bereits anhängig. 11

2. 12

Dies muss indes nicht weiter vertieft werden, weil jedenfalls die materiell-rechtlichen Voraussetzungen für einen Herausgabeanspruch (§ 1632 Abs. 1 BGB) nicht vorliegen. 13

a. 14

Verlangt ein Elternteil von dem anderen die Herausgabe des Kindes, muss dem Antragsteller das alleinige Aufenthaltsbestimmungsrecht zustehen. Ist dies nicht der Fall, ist das Begehren unberechtigt (vgl. OLG Nürnberg FamRZ 2000, 369; BayObLG München FamRZ 1990, 1379; Erman/Döll, BGB, 14. Aufl., § 1632 Rn. 3). So liegen die Dinge hier. Das alleinige Aufenthaltsbestimmungsrecht wird von der Antragsgegnerin ausgeübt; eine Herausgabe an den Antragsteller nach § 1632 Abs. 1 BGB kommt schon deshalb nicht in Betracht. 15

b. 16

Zudem hält die Antragsgegnerin dem Antragsteller das Kind auch nicht „widerrechtlich“ i.S.d. § 1632 Abs. 1 BGB vor. Widerrechtlich ist das Vorenthalten dann, wenn dem Anspruchsteller zumindest das Aufenthaltsbestimmungsrecht zusteht und der Anspruchsgegner kein Gegenrecht hat, ihm das Kind vorzuenthalten. An beidem fehlt es hier. Zum einen steht – wie erwähnt – dem Antragsteller das Aufenthaltsbestimmungsrecht nicht zu, zum anderen hat 17

das Familiengericht – wie aus dem Verfahren 10 UF 37/15 OLG Hamm bekannt - mit am 22.01.2015 erlassenen Beschluss vom 21.01.2015 im Wege der einstweiligen Anordnung die Umgangskontakte des Antragstellers mit dem Kind bis zur Entscheidung in der Hauptsache gemäß § 1684 Abs. 4 BGB ausgesetzt.	
c.	18
Ohne Erfolg stützt der Antragsteller seinen Herausgabeantrag auf § 1632 Abs. 2 BGB i.d. Fassung vom 01.07.1977. Abgesehen davon, dass bei der hier zu treffenden Entscheidung die aktuelle Fassung des § 1632 BGB anzuwenden ist, besagte § 1632 Abs. 2 BGB a.F. lediglich, dass in den Fällen, in denen ein Elternteil die Herausgabe des Kindes von dem anderen Elternteil verlangt, das Vormundschaftsgericht entscheidet und nicht – wie bis zur Neuregelung durch das GleichberG Art. 1 Z. 22 – das allgemeine Zivilgericht (vgl. Palandt/Diederichsen, BGB, 35. Aufl., § 1632 Anm. 1, 3b). Stets war aber auch nach § 1632 Abs. 1 BGB a.F. das – hier fehlende - „widerrechtliche“ Vorenthalten des Kindes Voraussetzung für einen Anspruch auf Herausgabe.	19
3.	20
Eine Kostenentscheidung ist in Hinblick auf §§ 76 Abs. 1 FamFG, 127 Abs. 4 ZPO entbehrlich.	21
IV.	22
Verfahrenskostenhilfe für die sofortige Beschwerde kann dem Antragsteller schon deshalb nicht bewilligt werden, weil seine Rechtsverfolgung aus den vorgenannten Gründen keine hinreichende Aussicht auf Erfolg hat (§§ 76 Abs. 1 FamFG, 114 ZPO). Zudem darf nach einhelliger Meinung für das Verfahrenskostenhilfeverfahren selbst ohnehin keine Verfahrenskostenhilfe bewilligt werden (BGH FamRZ 2004, 1708 = NJW 2004, 2595; Zöller/Geimer, ZPO, 30. Aufl., § 114 Rn. 3 m.w.N.).	23
Rechtsbehelfsbelehrung:	24
Diese Entscheidung ist unanfechtbar.	25