
Datum: 19.02.2019
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 9. Senat für Familiensachen
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 9 WF 21/19
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2019:0219.9WF21.19.00

Vorinstanz: Amtsgericht Lemgo, 8 F 335/15

Tenor:

Auf die sofortige Beschwerde des Antragstellers vom 09.01.2019 wird der Beschluss des Amtsgerichts – Familiengericht – Lemgo vom 03.01.2019 abgeändert.

Das Ablehnungsgesuch des Antragstellers und Beschwerdeführers gegen den Richter am Amtsgericht T wird für begründet erklärt.

Gründe: 1

I. 2

Die Beteiligten streiten im vorliegenden Verfahren um Ehegattenunterhalt. 3

Mit Beschluss vom 27.02.2018 ordnete der Amtsrichter zur der Frage, „welches durchschnittliche unterhaltsrechtlich relevante Einkommen der Antragsteller aus seiner selbständigen Tätigkeit bei der Firma C seit Mai 2016 erzielt hat und voraussichtlich in Zukunft erzielen wird“ die Einholung eines Sachverständigengutachtens an und ermächtigte den Gutachter zugleich, „weitere noch erforderliche Unterlagen direkt bei den Beteiligten anzufordern“. 4

In den folgenden Monaten forderte der Sachverständige entsprechend dieser Ermächtigung vom Antragsteller diverse Unterlagen an. 5

Mit Schreiben vom 26.10.2018 teilte er dem Amtsrichter sodann mit, dass die von ihm erbetenen Unterlagen nur zum Teil vorlägen, wies auf diverse Diskrepanzen zwischen den vorgelegten Unterlagen und den Mitteilungen des Antragstellers hin (betreffend Kranken- und 6

Pflegeversicherungsbeiträge, gezahlter bzw. erstatteter Einkommenssteuer, Zins- und Tilgungsleistungen) und bat um nähere Anweisung, wie weiter verfahren werden solle. Dem kam der Amtsrichter mit Beschluss vom 02.11.2018 nach, mit dem der Antragsteller aufgefordert wurde, „zu den Ausführungen des Sachverständigen Stellung zu nehmen und die geforderten übersenden“. Darüber hinaus hieß es: „Zur Berücksichtigungsfähigkeit der Verbindlichkeiten geht das Gericht von Nr. 10.4.1 der Leitlinien des OLG Hamm aus zur Berücksichtigungsfähigkeit“.

Die Antragsgegnerin nahm das vorgenannte Schreiben des Sachverständigen zum Anlass, die Kranken- und Pflegeversicherungsbeiträge als überhöht und damit nicht berücksichtigungsfähig zu monieren. Weitere Korrekturen seien nicht nur bei den Abschreibungen/Rückstellungen geboten – es müssten auch die gezahlten Gehälter an nahe Verwandte und die dadurch bedingte tatsächliche Gewinnminimierung hinterfragt werden. Das unterhaltsrelevante Einkommen sei folglich nicht an den Ist-Zahlen zu orientieren, sondern bedürfe diverser Korrekturen. Ähnliches gelte für Zins- und Tilgungsleistungen für eine Immobilie – wie bereits mehrfach ausgeführt und unter Beweis gestellt seien die entsprechenden Lasten nicht berücksichtigungsfähig. 7

Der Sachverständige wandte sich anknüpfend an dieses Schreiben unter dem 12.11.2018 erneut an das Amtsgericht und teilte Folgendes mit: 8

„.....Anhand dieses Schreiben wurde ersichtlich, dass der älteste Sohn der Parteien im Unternehmen des Herrn C mitgearbeitet habe. Die diesem gezahlte Vergütung sei gemäß den Ausführungen der Rechtsanwälte N pp. nicht angemessen gewesen. Sofern die Parteien nahestehende Personen in den Jahren 2015 – 2018 im Unternehmen des Herrn C mitgearbeitet haben, bitten wir von den Parteien folgende Auskünfte beizuziehen: 9

? Welche Tätigkeiten wurden von diesen Personen erbracht ? 10

? Welchen Ausbildungsstand wiesen diese Personen aus ? 11

? Wie hoch war die wöchentliche Arbeitszeit dieser Personen ? 12

? Welche Vergütung erhielten diese Personen ? 13

..... 14

..... 15

Des Weiteren ist darauf hinzuweisen, dass die mit Schreiben vom 26.10.2018 erbetenen Unterlagen und Auskünfte bisher nicht vorgelegt wurden.“ 16

Der Amtsrichter gab dem Antragsteller mit Beschluss vom 19.11.2018 auf, „bis zum 17.12.2018 die Fragen aus dem Schreiben der BEGUTA vom 12.11.2018 zu beantworten und die geforderten Unterlagen vorzulegen“. 17

Einen Tag später, nämlich am 20.11.2018, verfügte er die Übersendung eines Schriftsatzes des Antragstellers vom 14.11.2018 u.a. an den Sachverständigen. In diesem Schriftsatz nimmt der Antragsteller u.a. zu der von der Antragsgegnerin behaupteten „auffälligen Gehaltsentwicklung“ Stellung und verweist nicht nur darauf, dass es allein in seiner unternehmerischen Verantwortung läge, welche Löhne er für welchen Mitarbeiter zahle, sondern auch, dass keinerlei Lohnanpassung extra bzw. aus Anlass der Trennung von der Antragsgegnerin vorgenommen worden seien. 18

- Nachdem der Antragsteller mit Schriftsatz vom 20.11.2018 die Übersendung der vom Sachverständigen angeforderten Unterlagen an diesen angezeigt hatte, hat er mit weiterem Schriftsatz vom 05.12.2018 den Amtsrichter sodann als befangen abgelehnt. Zur Begründung heißt es, der Amtsrichter habe sich „ungeachtet der im Rahmen einer Familienstreitsache geltenden prozessualen Regeln“ durch das auf einen Schriftsatz der Gegenseite Bezug nehmende Schreiben des Sachverständigen veranlasst gesehen, per Beschluss aber ohne dem Antragsteller rechtliches Gehör zu geben und daher einseitig und damit den Boden der Neutralität in diesem Verfahren verlassend den Antragsteller aufzufordern, über die Gehälter seiner Mitarbeiter, insbesondere auch seiner Söhne Auskunft zu geben. Hinzu komme, dass durch die – aufgrund einer von der Gegenseite ins Blaue hinein aufgestellten Behauptung – vom Amtsrichter angeforderte Auskunft ersichtlich auch schützenswerte Rechte Dritter (Datenschutz / Geheimhaltungsinteresse) verletzt würden. Insgesamt habe der Amtsrichter mit seinem Beschluss vom 19.11.2018 damit den Boden der Neutralität verlassen und den Eindruck der Parteilichkeit erweckt. Dies gelte umso mehr, als der zuständige Amtsrichter sich bereits im Vorfeld negativ über den Antragsteller geäußert und eine Steuerstrafanzeige gegen diesen erhoben habe. 19
- In seiner dienstlichen Äußerung vom 10.12.2018 hat der Amtsrichter ausgeführt, „dass es um die unterhaltsrechtliche Abzugsfähigkeit der Verbindlichkeiten von Personal bei der Gewinnermittlung gehe. Die Auskunft über Vergütung, Arbeitszeit, Ausbildungsstand und Tätigkeiten sei daher für die Erstellung des Gutachtens erforderlich. Herr C könne die Auskunft selbst erteilen. Mit den Söhnen habe dies nichts zu tun. 20
- Die Berechtigung zur Erhebung, Verwertung und Weitergabe von Daten ergebe sich aus dem FamFG, soweit es für die Berechnung des Unterhalts erforderlich sei.“. 21
- Mit Beschluss vom 03.01.2019 hat das Amtsgericht das Ablehnungsgesuch des Antragstellers zurückgewiesen. Es lägen keine Gründe vor, die geeignet seien, Misstrauen gegen die Unparteilichkeit des Richters zu rechtfertigen. 22
- Insoweit könne dahinstehen, ob – entsprechend der Rüge des Antragstellers – der Auflagenbeschluss vom 19.11.2018 verfahrensfehlerhaft gewesen sei. Denn ein „reiner“ Verfahrensfehler, wie er jedem Richter unterlaufen könne, gebe keinen Anlass zu Zweifeln an der Unvoreingenommenheit des Richters. Dies sei erst anders, wenn das prozessuale Vorgehen des abgelehnten Richters einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage entbehre, etwa in der Weise, dass er die seiner Tätigkeit gesetzten Schranken missachte und/oder in der Verfassung wurzelnde elementare Regeln zum Schutz der Grundrechte verletze, oder wenn sich auf Grund einer irrigen Auffassung des Richters für einen Beteiligten der Eindruck einer sachwidrigen, auf Voreingenommenheit beruhenden, zu seinem Nachteil auswirkenden Behandlung aufdränge. 23
- Vorliegend sei ein derartiger Ausnahmefall aber nicht gegeben: wie aus dem Schreiben des Sachverständigen vom 12.11.2018 ersichtlich, seien die angeforderten Unterlagen erforderlich, um das Einkommen des selbständig erwerbstätigen Antragstellers zuverlässig zu ermitteln. Der abgelehnte Richter habe gerade nicht ungeprüft den Vortrag der Antragsgegnerin zum Anlass genommen, dem Antragsteller Auflagen zu erteilen, sondern erst aufgrund der Mitteilung des Sachverständigen, dass diese Angaben für die Beweiserhebung erforderlich seien. 24
- Gegen diesen Beschluss wendet sich der Antragsteller mit seiner sofortigen Beschwerde vom 09.01.2019, mit der explizit daran festhält, dass der abgelehnte Richter in einer Familienstreitsache, bei der die Parteimaxime gelte, seine Befugnisse überschritten habe, als 25

er aus Sicht des Antragstellers einseitig und ausschließlich für die Gegnerin versucht habe, Informationen (noch dazu über Dritte) zu erfragen, so dass der Amtsrichter letztlich amtsermittelnd tätig geworden sei. Hierdurch verlasse der Richter seine Neutralitätspflicht und begründe den Anschein einer Voreingenommenheit. Hieran ändere das Schreiben des Sachverständigen vom 12.11.2018 nichts. Denn es sei weder Aufgabe des Sachverständigen noch des Gerichts die von einem Beteiligten zur Stützung seines Sachvortrags erforderlichen Unterlagen zu beschaffen. Darüber hinaus könne dem Antragsteller keinesfalls aufgegeben werden, unter Verletzung von Normen des Datenschutzes Informationen Dritter preiszugeben.

Das Amtsgericht hat der Beschwerde des Antragstellers nicht abgeholfen und die Sache dem Senat zur Entscheidung vorgelegt. Es bleibe dabei, dass die Anforderung weiterer Informationen zum Zwecke der sachgerechten Erstellung des Sachverständigengutachtens und nicht einseitig auf Anregung der Antragsgegnerin oder gar unter Verstoß gegen die Parteimaxime erfolgt sei. 26

II. 27

Die gemäß § 113 Abs. 1 FamFG i.V.m. §§ 46 Abs. 2, 567 ff ZPO statthafte und auch im Übrigen zulässige sofortige Beschwerde des Antragstellers hat Erfolg. 28

Gemäß § 42 Abs. 1 ZPO kann ein Richter wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt werden, wenn ein Grund vorliegt, der geeignet ist, Misstrauen gegen die Unparteilichkeit eines Richters zu rechtfertigen. Maßgebend ist hierbei nicht, ob der abgelehnte Richter wirklich befangen ist, oder ob er sich selbst für befangen hält, sondern allein, ob vom Standpunkt des Ablehnenden aus bei vernünftiger Betrachtung genügend objektive Gründe vorliegen, die die Befürchtung wecken können, der Richter stehe dem Rechtsstreit nicht mehr unvoreingenommen und damit nicht unparteiisch gegenüber (vgl. BVerfGE 73,330 ff., 82,30 ff.; BGHZ 77,70 ff.; BGH, NJW-RR 2003, 1220 ff.). 29

Es kommt mithin darauf an, ob die von dem Beschwerdeführer vorgetragene(n) Tatsachen nach der Meinung einer ruhig und vernünftig denkenden Partei geeignet erscheinen, berechnete Zweifel an der auch unter dem verfassungsrechtlichen Gebot des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG zu fordernden zweifelsfreien, auch nur den Anschein einer Voreingenommenheit ausschließenden Unparteilichkeit und Neutralität des Richters am Amtsgericht T zu begründen. 30

Gemessen an diesen Grundsätzen liegen bei zusammenfassender Würdigung (vgl. Zöller-Vollkommer, 32. Aufl. 2018, § 42 Rn. 9) im vorliegenden Fall Umstände vor, die im Sinne des §§ 42 Abs. 2 ZPO geeignet sind, Misstrauen gegen die Unparteilichkeit des abgelehnten Richters zu rechtfertigen. 31

Zwar verweisen die amtsgerichtlichen Entscheidungen zutreffend darauf, dass Verfahrens- oder Rechtsanwendungsfehler in aller Regel keine Ablehnung des Richters rechtfertigen; das Ablehnungsverfahren dient nicht der Fehlerkontrolle in diesem Sinne, diese ist dem Rechtszug der Hauptsache vorbehalten (vgl. OLG Frankfurt, NJW 2004, 621 ff; KG, NJW 2004, 2104 f; OLG Saarbrücken, OLGR 2008, 355 f). 32

Etwas anderes gilt aber dann, wenn die Gestaltung des Verfahrens oder die Entscheidungen des Richters sich so weit von den anerkannten rechtlichen - insbesondere verfassungsrechtlichen - Grundsätzen entfernen, dass sie aus Sicht der Partei nicht mehr verständlich und offensichtlich unhaltbar erscheinen und dadurch den Eindruck einer 33

willkürlichen oder doch jedenfalls sachfremden Einstellung des Richters erwecken (vgl. OLG Hamm, FamRZ 2018, 551; OLG Köln, ErbR 2015, 38 ff; KG, NJW-RR 2006, 1577, 1578; NJW 2004, 2104, 2105; OLG Saarbrücken OLGR 2008, 355, 356; OLG Oldenburg MDR 2008, 527).

Gemessen an diesen Maßstäben liegen hier greifbare Anhaltspunkte dafür vor, die von dem objektivierenden Standpunkt des Antragstellers aus zu Zweifeln an der Unvoreingenommenheit des abgelehnten Richter Anlass geben könnten. 34

Ungeachtet dessen, dass bereits die Einholung eines Sachverständigengutachtens zur „Höhe des unterhaltsrechtlich relevanten Einkommens“ eine unrichtige Sachbehandlung und einen offen zutage tretenden schweren Verfahrensverstoß beinhaltet (vgl. OLG Naumburg, Beschluss vom 29.12.2009 – 4 WF 59/09 – juris) stellt sich jedenfalls die an den Antragsteller gerichtete Auflage, die im Schreiben des Sachverständigen vom 12.11.2018 aufgeworfenen Fragen nach den näheren Einzelheiten der Berufsausbildung, Tätigkeitsfeldern und Vergütungen der im Unternehmen des Antragstellers beschäftigten, ihm nahestehenden Personen zu beantworten, als grob verfahrensfehlerhaft dar. 35

Denn – wie bereits aus den einleitenden Ausführungen des vorgenannten Schreibens ersichtlich („*seitens der Rechtsanwälte N pp. Anhand dieses Schreibens wurde ersichtlich, dass die diesem gezahlte Vergütung sei gemäß den Ausführungen der Rechtsanwälte N pp. nicht angemessen gewesen.....*“) – vorliegend haben der Sachverständige und damit letztlich ihm folgend auch der abgelehnte Richter eine Behauptung der Antragsgegnerin zum Anlass genommen, um vom Antragsteller weitergehende Informationen einzufordern. 36

Eine der Auflagenerteilung vorangehende Prüfung der Notwendigkeit dieser Informationen zur Ermittlung des unterhaltsrechtlich relevanten Einkommens des Antragstellers durch den Richter lässt sich insoweit – entgegen den Ausführungen im Beschluss des Amtsgerichts vom 03.01.2019 - gerade nicht erkennen. 37

Weder hat der abgelehnte Richter den Schriftsatz der Antragsgegnerin vor seiner Beschlussfassung dem Antragsteller zur Gewährung rechtlichen Gehörs und Stellungnahme zugeleitet noch hat er – entsprechend seiner Anweisungs- und Leitungsbefugnis gegenüber dem Sachverständigen (§ 404 a ZPO) – erklärt, dass und warum aus rechtlicher Sicht die angeforderten Informationen benötigt werden. 38

Eine entsprechende Erläuterung und rechtliche Bewertung, die ureigene Sache des Gerichts ist und nicht auf den Sachverständigen delegiert werden kann, enthält vielmehr erstmals die dienstliche Äußerung vom 10.12.2018 in der es heißt, die Auskünfte würden benötigt, da es um die unterhaltsrechtliche Abzugsfähigkeit der Verbindlichkeiten von Personal bei der Gewinnermittlung gehe. 39

Damit hat sich der Richter so sehr von der normalerweise geübten Verfahrensweise entfernt, dass sich der Eindruck einer sachwidrigen, auf Voreingenommenheit beruhenden Benachteiligung einer Partei geradezu aufdrängt. 40

Denn die rechtliche Bewertung der aus den Unterlagen des Antragstellers ersichtlichen Angaben im Hinblick auf die Höhe seines Einkommens (und damit auf die Höhe des der Antragsgegnerin zustehenden Unterhaltes) ist alleinige Aufgabe des Gerichts. Dieses hat zu bestimmen, welche Tatsachen der Sachverständige seiner Bewertung zugrunde legen soll. 41

Das Gericht ist insoweit entsprechend seiner Hinweispflicht nach § 139 ZPO nicht nur zu einer umfassenden Erörterung des Rechtsstreits in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht verpflichtet; es hat zudem im Bereich der vorliegenden, dem Beibringungsgrundsatz unterworfenen Familienstreitsache jeglichen Anschein einer amtswegigen, das Vorbringen nur eines Beteiligten berücksichtigenden Ermittlung zu vermeiden und darf nicht der einseitigen Darstellung eines Beteiligten folgen.

Gerade diesen Anschein hat der abgelehnte Richter aber mit seinem Beschluss vom 19.11.2018 erweckt. Indem er – ohne den Antragsteller zu einer Stellungnahme aufzufordern und ohne sich mit dessen schriftsätzlicher Argumentation, die von ihm an seine Mitarbeiter gezahlten Löhne unterlägen unternehmerischer Freiheit, hinzu komme, dass insbesondere die an seine Söhne ausbezahlten Gehälter seit Trennung der Beteiligten keinerlei Veränderung erfahren hätten, in einer für die Beteiligten erkennbaren Art und Weise auseinanderzusetzen – auf das Vorbringen der Antragsgegnerin unbesehen sogleich eine weitere Aufklärung angeordnet hat, lies die darin liegende Verletzung rechtlichen Gehörs den Anschein fehlender Unvoreingenommenheit entstehen. 43

Gerade wenn wie hier eine Angelegenheit hoch umstritten ist, ist es für den Richter in besonderem Maße geboten, das Verfahren fair zu gestalten und die Einhaltung von Verfahrensvorschriften genau zu beachten, insbesondere dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs zu entsprechen, um den Eindruck zu vermeiden, einen der Beteiligten verfahrensmäßig zu begünstigen. 44

Ob der Richter am Amtsgericht T tatsächlich befangen ist, ist unerheblich. Es kommt allein darauf an, dass sich aus der Sicht des Beschwerdeführers plausibel der Eindruck aufgedrängt hat, der Richter sei voreingenommen. Davon ist aus den vorgenannten Gründen auszugehen. 45

Besteht aber aus der Sicht einer objektiv und vernünftig urteilenden Partei jedenfalls die Besorgnis, der abgelehnte Richter habe eine unsachliche innere Einstellung und stehe dem Beschwerdeführer nicht mehr unbefangen gegenüber, kommt es nicht darauf an, ob die weiteren Vorwürfe richterlicher Pflichtverletzungen, die der Beschwerdeführer erhebt, insbesondere der Vorwurf einer Missachtung datenschutzrechtlicher Vorgaben, ebenfalls eine Besorgnis der Befangenheit zu rechtfertigen vermögen. 46

Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst, weil die entstandenen Kosten solche des Verfahrens sind (vgl. Zöller-Vollkommer, 32. Aufl. 2018, § 46 Rn. 20). 47