
Datum: 13.12.2004
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 14. Zivilsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 14 WF 175/04
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2004:1213.14WF175.04.00

Vorinstanz: Amtsgericht Euskirchen, 18 F 93/03

Tenor:

Auf die Beschwerde des Beklagten wird der Prozesskostenhilfe verweigernde Beschluss des Amtsgerichts - Familiengericht - Euskirchen vom 22. Juni 2004 - 18 F 93/03 - teilweise abgeändert.

Dem Beklagten wird ratenfreie Prozesskostenhilfe bewilligt, soweit er Klageabweisung hinsichtlich des Unterhalts für die Monate November und Dezember 2002, Januar 2003 sowie August 2004 erstrebt.

Die Entscheidung über die Beiordnung eines Rechtsanwalts im Umfang der bewilligten Prozesskostenhilfe bleibt dem Amtsgericht vorbehalten.

Die weitergehende Beschwerde wird zurückgewiesen.

Die Beschwerdegebühr wird um die Hälfte ermäßigt.

Gründe:

I.

1

2

3

Die Parteien sind seit dem 2. Juli 2004 rechtskräftig geschiedene Eheleute und die Eltern des am 26. Oktober 1988 geborenen Kindes T., das sich in der Obhut seiner Mutter - der Klägerin - befindet und von dieser betreut wird. Unter dem 4.2.2003 hat die Klägerin eine Klage gegen den in Thüringen lebenden Beklagten auf Zahlung von Kindesunterhalt für T. für die Zeit ab November 2002 in Höhe von monatlich 287,00 EUR eingereicht. Die Klageschrift ist dem Beklagten mit Verfügung vom 11. Februar 2003 zur Stellungnahme im Prozesskostenhilfeprüfungsverfahren übersandt worden, die förmliche Zustellung ist im März 2004 erfolgt.

Der am 20. Januar 1957 geborene Beklagte bezieht eine Unfallrente aus der gesetzlichen Unfallversicherung wegen einer Minderung der Erwerbsfähigkeit von 20 %, die auf einem 1994 erlittenen Arbeitsunfall beruht. Zu Beginn des hier streitigen Unterhaltszeitraumes war der Beklagte bis zum 30. November 2002 in einem auf 4 Monate befristeten Arbeitsverhältnis im Rahmen einer Strukturanpassungsmaßnahme als Sanierungsarbeiter bei einem Containerdienst beschäftigt, sein Bruttolohn belief sich auf 1.000,00 EUR monatlich. Seitdem ist der Beklagte - wie auch schon längere Zeit vor dem befristeten Arbeitsverhältnis - arbeitslos und bezieht Arbeitslosenhilfe. 4

Er hat sich damit verteidigt, ein in der Klageschrift erwähntes vorgerichtliches Schreiben der Klägerin mit der Aufforderung zur Auskunftserteilung über seine Einkünfte nicht erhalten zu haben, im Übrigen hat er mangelnde Leistungsfähigkeit eingewandt. 5

Durch den angefochtenen Beschluss hat das Amtsgericht das Prozesskostenhilfegesuch des Beklagten wegen fehlender Erfolgsaussicht der Rechtsverteidigung zurückgewiesen. Der hiergegen gerichteten Beschwerde hat das Amtsgericht nicht abgeholfen und die Sache dem Oberlandesgericht zur Entscheidung vorgelegt. Der zuständige Einzelrichter hat die Entscheidung dem Senat als Kollegialgericht übertragen. Im Beschwerdeverfahren macht der Beklagte zusätzlich teilweise Verwirkung des Unterhaltsanspruchs geltend, außerdem rügt er, dass die Klage nach Rechtskraft der Scheidung im Juli 2004 nicht länger von der Mutter der Klägerin in Prozessstandschaft geführt werden könne. Darüber hinaus sei der Unterhaltsanspruch für den Zeitraum vom 24. Juli bis zum 4. September 2004 jedenfalls deshalb entfallen, weil er - der Beklagte - in dieser Zeit das Kind betreut habe. 6

Wegen aller weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen. 7

II. 8

Die formell unbedenkliche Beschwerde hat nur in dem aus der Beschlussformel ersichtlichen Umfang Erfolg, im Übrigen ist sie unbegründet. 9

1. Entgegen der Auffassung des Beklagten ist die Klägerin trotz zwischenzeitlich erfolgter rechtskräftiger Scheidung berechtigt, den zuvor begonnenen Unterhaltsprozess im eigenen Namen weiterzuführen. Denn die gesetzliche Prozessstandschaft nach § 1629 III 1 BGB dauert über die Rechtskraft der Scheidung hinaus bis zum Abschluss des Unterhaltsprozesses fort (vgl. *Palandt/Diederichsen*, BGB, 63. Aufl. 2004, Rdn. 34 zu § 1629; *Johannsen/Henrich/Jaeger*, Eherecht, 4. Aufl. 2003, Rdn. 11 zu § 1629). 10

2. Soweit es um die Monate November 2002 bis Januar 2003 geht, hat die Rechtsverteidigung des Beklagten Aussicht auf Erfolg. Denn insoweit fehlt es nach dem bisherigen Sach- und Streitstand an den Voraussetzungen des § 1613 BGB für die Geltendmachung rückständigen Unterhalts. Der Beklagte beruft sich darauf, das mit der Klageschrift vorgelegte außergerichtliche Schreiben vom 26. November 2002, mit dem er zur 11

Erteilung von Auskunft über seine Einkünfte aufgefordert wurde (Bl. 3 d.A.), nicht erhalten zu haben. Dazu hat die Klägerin nicht mehr Stellung genommen und insbesondere auch keinen Beweis für den Zugang des Schreibens angetreten. Andere verzugsbegründende Vorgänge sind ebenfalls nicht vorgetragen. Deshalb ist davon auszugehen, dass der Beklagte erst mit der im Februar 2003 erfolgten formlosen Übersendung der Klageschrift in Verzug geraten ist, so dass der Kindesunterhalt gemäß § 1613 I 2 BGB erstmals für den Monat Februar 2003 gefordert werden kann. Für eine Verwirkung des Unterhaltsanspruchs ab diesem Zeitpunkt ist schon angesichts der dem Beklagten übersandten Klageschrift kein Raum, so dass es keiner Auseinandersetzung mit der Frage bedarf, inwieweit die vom 12. Zivilsenat des *Bundesgerichtshofs* für den Elternunterhalt (FamRZ 2002, 1698 ff.) und den Ehegattenunterhalt (FamRZ 2004, 531 f.) entwickelten Verwirkungsgrundsätze auf Kindesunterhaltsansprüche übertragbar sind.

3. Der Aufenthalt des Kindes T. bei dem Beklagten in den großen Ferien 2004 hat nicht zu einem Obhutswechsel geführt, so dass die Klägerin nach § 1629 II 2 BGB weiterhin berechtigt blieb, Unterhaltsansprüche des Kindes gegenüber dem Beklagten geltend zu machen. Die Obhut im Sinne dieser Vorschrift hat derjenige Elternteil inne, bei dem der Schwerpunkt der tatsächlichen Fürsorge und Erziehung liegt (vgl. *OLG Frankfurt* FamRZ 1992, 575; *Palandt/Diederichsen*, a.a.O., Rdn. 31 zu § 1629; *Johannsen/Henrich/Jaeger*, a.a.O., Rdn. 6 zu § 1629), wobei der Aufenthalt des Kindes bei dem anderen Elternteil im Rahmen des Umgangsrechts an dieser Zuordnung grundsätzlich nichts ändert. Das gilt auch für die Ferienzeit, in welcher das Umgangsrecht in größerem zeitlichem Umfang ausgeübt wird. Zwar hat im vorliegenden Fall der Aufenthalt des Kindes in den Sommerferien bei dem Beklagten den sonst üblichen Rahmen von zwei bis drei Wochen überschritten, gleichwohl war damit noch nicht ein Betreuungswechsel verbunden, weil von vornherein klar war, dass T. ihren Lebensmittelpunkt bei der Klägerin behalten und sich nur vorübergehend beim Beklagten aufhalten sollte. 12

Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob der Unterhaltsanspruch des Kindes dadurch - ganz oder teilweise - entfallen ist, dass der Beklagte den Bedarf des Kindes während der Sommerferien durch eigene Mittel gedeckt hat. Insoweit ist an eine von den übrigen Zeiträumen abweichende Bestimmung über die Art der Unterhaltsgewährung gemäß § 1612 II 1 BGB zu denken (vgl. dazu und zum Nachfolgenden *Wendl/Scholz*, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, 6. Auflage 2004, Rdn. 28, 168, 316b zu § 2). Wenn - wie im vorliegenden Fall - der Aufenthalt des Kindes bei dem umgangsberechtigten Elternteil den üblichen zeitlichen Rahmen deutlich übersteigt, kann eine abweichende Bestimmung über die Art der Unterhaltsgewährung angenommen werden und ausnahmsweise auch eine Kürzung des Barunterhalts in Betracht kommen. Da eine genaue Abgrenzung im Einzelfall schwierig ist, kann der Rechtsverteidigung des Beklagten bei der kursorischen Prüfung im Rahmen des Prozesskostenhilfeprüfungsverfahrens die Erfolgsaussicht insoweit nicht verweigert werden, als er sich gegen die Unterhaltsforderung für den Monat August 2004 wendet. 13

Für die Monate Juli und September 2004 spielen die vorstehenden Erwägungen hingegen keine Rolle. Im Juli 2004 ist die Betreuung des Kindes T. nach dem vom Beklagten zugestandenen Vorbringen der Klägerin zum einem großen Teil durch den Stiefbruder des Kindes, der auch während der gesamten Ferienzeit den Wohnbedarf gedeckt hat, sichergestellt worden. Die wenigen in den September fallenden Ferientage rechtfertigen ebenfalls keine Kürzung des Barunterhalts für diesen Monat. 14

4. Im Übrigen erscheint die Rechtsverteidigung des Beklagten nicht aussichtsreich. Was den Einwand fehlender Leistungsfähigkeit angeht, folgt der Senat der rechtlichen Bewertung des 15

Amtsgerichts. Ergänzend ist nur anzuführen, dass auch im Beschwerdeverfahren nachhaltige erfolglose Bemühungen um eine Arbeitsstelle nicht konkret dargetan sind, sieht man davon ab, dass der Beklagte als arbeitssuchend beim Arbeitsamt gemeldet ist. Letzteres reicht aber nicht aus, um den im Hinblick auf die gesteigerte Unterhaltsverpflichtung gegenüber der minderjährigen Tochter bestehenden hohen Anforderungen an die Erwerbsobliegenheit zu genügen, da erfahrungsgemäß ein nicht unerheblicher Teil der offenen Stellen auf dem Arbeitsmarkt nicht über die Arbeitsvermittlung angeboten wird. Dass der erst 47 Jahre alte Beklagte trotz seiner unfallbedingten Einschränkung der Erwerbsfähigkeit grundsätzlich in der Lage ist, einer vollschichtigen Berufstätigkeit nachzugehen, zeigt seine vorübergehende Beschäftigung bei einem Containerdienst bis Ende 2002.

5. Die Anwaltsbeordnung im Rahmen der nunmehr bewilligten Prozesskostenhilfe ist der Entscheidung des Amtsgerichts vorzubehalten. Dabei wird zu prüfen sein, ob dem in Thüringen wohnhaften Beklagten neben einem Hauptbevollmächtigten am Ort des Prozessgerichts ein Verkehrsanwalt beizuordnen ist. Sollte dies nicht der Fall sein, müsste die Bereitschaft von Frau Rechtsanwältin A. aus B. geklärt werden, zu den Bedingungen eines am Prozessgericht zugelassenen Anwalts beigeordnet zu werden.

16