



# Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen

Geschäftszeichen: 4 WF 24/18 = 56 F 4320/17 Amtsgericht Bremen

erlassen durch Übergabe an die Geschäftsstelle:  
Bremen, 18.05.2018

gez. [...]
als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle

## B e s c h l u s s

In der Familiensache

[...],

gesetzlich vertreten durch

[...],

Antragstellerin,

Verfahrensbevollmächtigter:

[...]

gegen

[...],

Antragsgegner,

hat der 4. Zivilsenat - Senat für Familiensachen - des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Bremen durch die Richterin am Oberlandesgericht Dr. Röfer als Einzelrichterin

am 17.5.2018 beschlossen:

1. Auf die sofortige Beschwerde der Antragstellerin wird der angefochtene Beschluss des Amtsgerichts – Familiengericht – Bremen vom 2.2.2018 dahingehend abgeändert, dass der Antragstellerin ratenfreie Verfahrenskostenhilfe unter Beiordnung von Rechtsanwalt X bewilligt wird, soweit sie ein auf die Zahlung von Kindesunterhalt gerichtetes Verfahren gegen den Antragsgegner mit dem Antrag betreiben möchte, den Antragsgegner zu verpflichten, an sie fortlaufenden Mindestkindesunterhalt in Höhe von 100 % der Düsseldorfer Tabelle der jeweiligen Altersstufe abzüglich des hälftigen Kindergeldes zu zahlen.
  
2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden nicht erstattet.

Gründe:

I.

Bei der Antragstellerin handelt es sich um die 8-jährige Tochter des Antragsgegners, die die Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe unter Beiordnung ihres Verfahrensbevollmächtigten begehrt, um gegen den Antragsgegner ein Verfahren auf Mindestkindesunterhalt nach der Düsseldorfer Tabelle betreiben zu können. Die Antragstellerin, die bei ihrer Mutter lebt, hat den Antragsgegner mit Schreiben vom 16.8.2017 zur Auskunft über sein Einkommen aufgefordert, worauf er nicht reagiert hat.

Mit Schreiben vom 4.1.2018 hat das Familiengericht die Antragstellerin darauf hingewiesen, dass Bedenken gegen die Verfahrenskostenhilfebewilligung bestünden, da die Antragstellerin den Unterhalt einfacher und kostengünstiger im vereinfachten Unterhaltsverfahren gemäß § 249 FamFG geltend machen könne. Die Antragstellerin hat daraufhin mit Schriftsatz vom 11.1.2018 vorgetragen, ihr Antrag auf Verfahrenskostenbewilligung sei nicht mutwillig i.S.d. § 114 ZPO, da ihr die Wahl offenstehe, ob sie das vereinfachte Verfahren oder das Klageverfahren betreibe. Das vereinfachte Unterhaltsverfahren sei insbesondere dann, wenn eine Mangelfallberechnung durchzuführen sei, wie wahrscheinlich im vorliegenden Fall,

unpraktikabel. Angesichts dessen, dass der Gesetzgeber dem Unterhaltsgläubiger die Wahl des Verfahrens zur Geltendmachung seines Unterhaltsanspruches überlassen habe, würde diese Wahlmöglichkeit unterlaufen, wenn bedürftige Menschen sich für das vereinfachte Verfahren entscheiden müssten. Dies wäre eine sachwidrige Ungleichbehandlung.

Ohne zuvor den Verfahrenskostenhilfeantrag an den Antragsgegner mit Gelegenheit zur Stellungnahme zu übersenden, hat das Familiengericht mit Beschluss vom 2.2.2018 den Antrag der Antragstellerin auf Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe wegen Mutwilligkeit zurückgewiesen. Die Antragstellerin könne ihre Interessen im vereinfachten Unterhaltsverfahren gemäß § 249 FamFG geltend machen, weshalb das beabsichtigte Betreiben des Klageverfahrens mutwillig sei. Anhaltspunkte für Einwendungen des Antragsgegners, die nicht im vereinfachten Verfahren abschließend behandelt werden könnten, bestünden nicht.

Gegen diesen, dem Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin am 6.2.2018 zugestellten Beschluss hat die Antragstellerin am 28.2.2018 beim Amtsgericht Bremen sofortige Beschwerde eingelegt. Sie wiederholt hierin ihre bereits im Schriftsatz vom 11.1.2018 dargelegte Auffassung und führt weiter aus, bislang habe der Kindesvater keinen Unterhalt gezahlt und außergerichtlich stets erklärt, dass er nicht leistungsfähig sei.

Mit Beschluss vom 2.3.2017 hat das Familiengericht der sofortigen Beschwerde nicht abgeholfen. Mit Schreiben vom 12.3.2018 ist dem Antragsgegner durch das Beschwerdegericht unter Übersendung des Verfahrenskostenhilfeantrags, der amtsgerichtlichen Beschlüsse vom 2.2.2018 und 2.3.2018 sowie der Beschwerdeschrift vom 28.2.2018 Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden. Der Antragsgegner hat keine Stellungnahme abgegeben.

II.

1.

Die statthafte, form- und fristgerecht eingelegte sofortige Beschwerde der Antragstellerin ist zulässig und begründet. Der Antragstellerin ist ratenfreie Verfahrenskostenhilfe im tenorierten Umfang zu bewilligen (§§ 113 Abs. 1 FamFG, 114, 115 ZPO).

a) Die Antragstellerin hat ihre Verfahrenskostenhilfebedürftigkeit durch Vorlage der von ihrer Mutter ausgefüllten Erklärung gemäß § 117 Abs. 2 ZPO hinreichend belegt. Es fehlt auch nicht an der Erfolgsaussicht des gegen den Kindesvater beabsichtigten Unterhaltsverfahrens. Der Antragsgegner zahlt bislang keinerlei Unterhalt an die Antragstellerin, obwohl diese gemäß §§ 1601, 1602, 1610, 1612, 1612a, 1612b BGB als unterhaltsbedürftige Minderjährige grundsätzlich einen Anspruch auf Kindesunterhalt gegen ihn hat. Auch auf die außergerichtliche Anfrage des Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin vom 16.8.2017, mit der der Antragsgegner zur Vorlage seiner Einkommensnachweise für den Zeitraum von August 2016 bis August 2017 aufgefordert worden ist, um einen Kindesunterhaltsanspruch prüfen zu können, hat er nicht reagiert. Dass der Antragstellerin daher nicht bekannt ist, über welche Einkünfte der Antragsgegner verfügt, ist für den beabsichtigten Antrag auf Verpflichtung zur Zahlung von Mindestunterhalt nicht maßgeblich. Denn in Höhe des Mindestunterhalts wird ihr Bedarf vermutet, so dass es diesbezüglich keiner weiteren Darlegungen bedarf. Gleiches gilt für die Leistungsfähigkeit des Antragsgegners: Die Antragstellerin muss nicht seine Leistungsfähigkeit zur Unterhaltszahlung nachweisen, vielmehr muss der Antragsgegner angesichts der für ihn geltenden gesteigerten Erwerbsobliegenheit gemäß § 1603 Abs. 2 BGB seine Leistungsunfähigkeit für den Kindesmindestunterhalt behaupten und nachweisen (vgl. Viefhues in: Herberger/Martinek/Rüßmann u.a., jurisPK-BGB, 8. Aufl., § 1612a Rn. 24). Soweit die Antragstellerin ab dem 1.1.2017 Unterhaltsvorschussleistungen bezogen hat, ist ihr Unterhaltsanspruch in dieser Höhe auf den UVG-Leistungsträger übergegangen. Der Antrag, den die Antragstellerin in dem Verfahren gegen ihren Vater zu stellen beabsichtigt, richtet sich aber auf die Geltendmachung von Unterhalt für die Zukunft, woran sie nicht durch einen gesetzlichen Forderungsübergang gemäß § 7 UVG gehindert ist.

b) Das beabsichtigte Betreiben des Verfahrens auf Kindesunterhalt ist – entgegen der Auffassung des Amtsgerichts – auch nicht mutwillig.

Nach der Legaldefinition der Mutwilligkeit in § 114 Abs. 2 ZPO ist eine Rechtsverfolgung dann mutwillig, wenn eine Partei, die keine Prozesskostenhilfe beansprucht, bei verständiger Würdigung aller Umstände von der Rechtsverfolgung absehen würde, obwohl hinreichende Erfolgsaussicht besteht. Nicht mutwillig ist also eine Rechtsverfolgung, die eine nicht bedürftige Partei bei sachgerechter und vernünftiger Einschätzung der Prozesslage in gleicher Weise vornehmen würde (vgl. Thomas/Putzo/Seiler, ZPO, 39. Aufl., § 114 Rn. 7).

aa) Zu der Frage, ob die Verfolgung von Kindesunterhaltsansprüchen im Klageverfahren anstatt im vereinfachten Verfahren mutwillig i.S.d. § 114 Abs. 2 ZPO ist und daher die Verfahrenskostenhilfebewilligung abzulehnen ist, werden unterschiedliche Auffassungen vertreten.

Das Amtsgericht hat sich für seine Auffassung, es sei generell das vereinfachte Verfahren für alle Unterhaltsansprüche minderjähriger Kinder zu betreiben und daher in der Regel auch nur für dieses Verfahrenskostenhilfe zu bewilligen, auf eine Entscheidung des OLG Hamm vom 9.2.1999 (FamRZ 1999, 995) gestützt. In dieser hatte das OLG Hamm zur damaligen Rechtslage ausgesprochen, dass Kindesunterhalt grundsätzlich im vereinfachten Verfahren durchzusetzen sei, weshalb Prozesskostenhilfe für eine reguläre Unterhaltsklage grundsätzlich nicht bewilligt werden könne. Das OLG Hamm wollte allerdings eine Ausnahme von dem Grundsatz machen, wenn die Parteien im wesentlichen über Rechtsfragen und nicht über die Höhe des Einkommens des Unterhaltsschuldners stritten, da dann das vereinfachte Verfahren weder schneller noch billiger sei.

Dem ist das OLG Zweibrücken mit Beschluss vom 14.2.2000 (FamRZ 2001, 229) gefolgt. Mutwilligkeit liege nur dann nicht vor, wenn abzusehen sei, dass ein streitiges Verfahren ohnehin nicht vermieden werden könne. Um diese Prognose treffen zu können, bedürfe es der Gewährung rechtlichen Gehörs für die Beklagtenseite, die erstinstanzlich nicht erfolgt war, weshalb die Sache an das Amtsgericht zurückverwiesen wurde.

Das OLG Nürnberg (FamRZ 2002, 891) hat in seiner Entscheidung vom 26.10.2001 Bedenken gegen die durch das OLG Hamm vertretene Auffassung geäußert und in dem von ihm entschiedenen Einzelfall die Mutwilligkeit der Rechtsverfolgung im Wege der allgemeinen Klage statt eines Antrags im vereinfachten Verfahren abgelehnt, weil der Unterhaltsgläubiger davon ausgehen konnte, dass angesichts der vorprozessualen Einwände des Unterhaltsschuldners zu seinem Einkommen diese Einwände auch in einem vereinfachten Verfahren vorgebracht worden wären mit der Folge, dass es letztlich zu einem streitigen Verfahren gekommen wäre.

Das OLG Rostock (FamRZ 2006, 1394) hat in seiner Entscheidung vom 30.5.2006 offengelassen, ob es der Auffassung des OLG Hamm folgt. Jedenfalls in dem ihm vorliegenden Fall, in dem der Beklagte vorprozessual eingewandt hatte, er könne nicht

mehr zahlen und bezöge Arbeitslosengeld II, sei die Wahl des Klageverfahrens nicht zu beanstanden. Denn in einer derartigen Fallkonstellation würde das vereinfachte Verfahren vorausschauend keine Vorteile gegenüber einer regulären Unterhaltsklage bieten, da es vorhersehbar um Rechtsfragen wie die Leistungsunfähigkeit und die Erwerbsobliegenheit des Unterhaltspflichtigen gehen werde. Das vereinfachte Verfahren sei dann weder billiger noch schneller.

Das OLG Naumburg hat dagegen bereits in seinem Beschluss vom 25.3.1999 (FamRZ 1999, 1670) die Auffassung vertreten, dass dem unterhaltsberechtigten Kläger die Wahl zwischen dem vereinfachten Verfahren und dem Klageverfahren offen stehe und ihm auch bei der Wahl beider Verfahrensarten ein Anspruch auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe zustehe. Es hat in den Entscheidungsgründen insbesondere darauf hingewiesen, dass vielfach eine Mangelfallberechnung durchzuführen sei und in diesem Fall das vereinfachte Verfahren gegenüber dem streitigen Verfahren unpraktikabel sei. Ob ein Mangelfall vorliege, sei für den Unterhaltsberechtigten vorab vielfach nicht feststellbar. Insbesondere könne ein Mangelfall auch dann bestehen, wenn der Unterhaltsverpflichtete folgerichtig keine Einwendungen gegen die Höhe seiner Verpflichtung vorgetragen habe. Im Übrigen sei im Gesetzgebungsverfahren deutlich zum Ausdruck gekommen, dass der Gesetzgeber dem Antragsteller bewusst die Wahl des Verfahrens überlassen wollte. Da Unterhaltsgläubiger typischerweise auf die Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe angewiesen seien, würde die Entscheidung des Gesetzgebers faktisch unterlaufen, wenn den Unterhaltsgläubigern nur für das vereinfachte Verfahren Prozesskostenhilfe gewährt würde. Vor diesem Hintergrund sei die Wahl des streitigen statt des vereinfachten Verfahrens nicht schon immer dann mutwillig, wenn der Unterhaltsschuldner vorgerichtlich noch keine Einwendungen gegen die Höhe seiner Unterhaltsverpflichtung geltend gemacht habe.

Dieser Ansicht hat sich das OLG Köln in seiner Entscheidung vom 5.11.2001 (OLGR Köln 2002, 58) angeschlossen, indem es die Auffassung vertreten hat, dass es zur Verfolgung eines Unterhalts Minderjähriger dem Kläger freistehe, ob er das vereinfachte Verfahren oder das Klageverfahren betreibe und ihm daher auch für beide Verfahrensarten ein Anspruch auf Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe zustehe. Dem Gesetzgebungsverfahren sei nicht zu entnehmen, dass ein Antragsteller von vorneherein auf das vereinfachte Verfahren zu verweisen sei und somit grundsätzlich keine Wahl bezüglich der Verfahren habe.

Diese Auffassung wird - soweit ersichtlich - auch überwiegend in der Literatur vertreten. So weist Bömelburg vor dem Hintergrund des Wahlrechts, den Unterhaltsanspruch des minderjährigen Kindes im vereinfachten Verfahren oder durch einen Leistungsantrag geltend zu machen, darauf hin, dass einem Leistungsantrag nicht das Rechtsschutzbedürfnis fehlen könne, da die Art der zu erwartenden Einwendungen des Antragsgegners i.d.R. nicht vorhersehbar seien und das vereinfachte Verfahren in ein Streitiges Verfahren nach § 255 FamFG übergehen könne. Ein Antrag auf Gewährung von Verfahrenskostenhilfe für dieses Verfahren sei daher nicht mutwillig (vgl. Prütting/Helms/Bömelburg, FamFG, 4. Aufl., Vorb. Zu §§ 249 ff. Rn. 3). Auch Zimmermann (vgl. Zimmermann, Prozesskosten- und Verfahrenskostenhilfe, 4. Aufl., Rn. 206) folgt dem OLG Naumburg, wonach der Antragsteller die freie Wahl zwischen beiden Verfahren habe und deshalb die Verfahrenskostenhilfebewilligung für den Leistungsantrag nicht mutwillig sein könne. Seiler (in: Thomas/Putzo, a.a.O., § 114 ZPO Rn. 8a) geht ebenfalls unter Verweis auf die Entscheidung des OLG Naumburg davon aus, dass das Betreiben eines Unterhaltsverfahrens anstelle eines vereinfachten Verfahrens nicht mutwillig sei, schränkt diese Aussage allerdings dahingehend ein, dass dies „zumindest“ dann gelte, wenn vorprozessual mangelnde Leistungsfähigkeit eingewandt worden sei.

bb) Der u.a. vom OLG Naumburg vertretenen Auffassung ist zu folgen. Da das minderjährige Kind unstrittig die Wahl zwischen der Geltendmachung seines Unterhaltsanspruchs im vereinfachten Verfahren oder durch einen Leistungsantrag hat, kann dieses Wahlrecht nicht für verfahrenskostenhilfebedürftige Minderjährige dadurch erheblich eingeschränkt werden, dass für einen Leistungsantrag grundsätzlich keine Verfahrenskostenhilfe bewilligt wird. Laut der Entscheidung des OLG Hamm vom 9.2.1999, der das Familiengericht folgt, soll die Verfahrenskostenhilfebewilligung nur im Ausnahmefall, nämlich dann, wenn der Unterhaltspflichtige bereits vorgerichtlich Einwendungen erhoben hat, die sich vermutlich nicht im vereinfachten Verfahren klären lassen, erfolgen. Dies hätte zur Konsequenz, dass in jedem Fall, in dem der Unterhaltspflichtige – wie hier – auf vorprozessuale, aber auch gerichtliche Anschreiben nicht reagiert, der bedürftige Unterhaltsberechtigte keine Verfahrenskostenhilfe für einen Leistungsantrag erhalten würde und auf das vereinfachte Verfahren in seiner Rechtsverfolgung beschränkt wäre. Demnach würden die Bewilligungsentscheidung und die Beurteilung der Mutwilligkeit des verfahrensrechtlichen Vorgehens des unterhaltsbedürftigen Kindes von dem Verhalten des Unterhaltspflichtigen abhängig sein. Nach § 114 Abs. 2 ZPO ist aber das wahrscheinliche und vernünftige Verhalten eines nicht auf Verfahrenskostenhilfe

angewiesenen Unterhaltsbedürftigen Maßstab für die Beurteilung der Mutwilligkeit. Dass dieser Unterhaltsgläubiger von der Verfolgung seiner Unterhaltsansprüche mittels Leistungsantrags absehen würde, nur weil der Unterhaltsverpflichtete auf sein außergerichtliches Auskunft- oder Zahlungsverlangen nicht reagiert hat, ist nicht anzunehmen. Allein aus der Nichtreaktion kann nicht auf die faktische Aussichtslosigkeit des Leistungsantrags geschlossen werden. Es ist auch nichts dafür ersichtlich, dass ein nicht auf Verfahrenskostenhilfe angewiesener Unterhaltsgläubiger seinen Unterhaltsanspruch wegen Nichtreaktion des Unterhaltsschuldners dann vernünftigerweise im vereinfachten Verfahren geltend machen würde. Vielmehr würde ihm weiterhin das Wahlrecht zwischen beiden Verfahren zustehen, das auch dem bedürftigen Unterhaltsgläubiger deshalb gleichermaßen verbleiben muss.

Dass das unterhaltsbedürftige minderjährige Kind durch die Einschränkung seiner Wahlmöglichkeit zwischen vereinfachtem Verfahren und Leistungsantrag keinen Rechtsverlust erleidet, wie das Familiengericht meint, scheint ebenfalls nicht zutreffend. Zum einen stellt die Einschränkung der Wahlmöglichkeit bereits für sich genommen einen Rechtsverlust dar, den Unterhaltsgläubiger, die nicht auf Verfahrenskostenhilfe für die Verfolgung ihres Unterhaltsanspruchs angewiesen sind, nicht erleiden. Zum anderen ist mit dem „Vorschalten“ eines vereinfachten Verfahrens, von dem nach entsprechenden Einwendungen dann doch in ein Streitiges Verfahren auf Antrag übergegangen werden muss, auch ein Zeitverlust verbunden, in dem der bedürftige Unterhaltsberechtigte noch keinen Unterhaltstitel erlangen und sich auch die wirtschaftliche Lage des Unterhaltsschuldners weiter verschlechtern kann.

2.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden gemäß §§ 113 Abs. 1 FamFG, 127 Abs. 4 ZPO nicht erstattet.

gez. Dr. Röfer