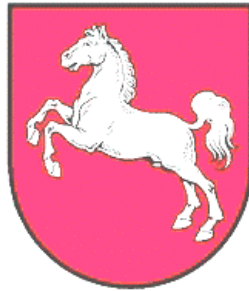


# OBERLANDESGERICHT OLDENBURG



## B e s c h l u s s

14 UF 82/12  
16 F 652/10 UV AG Wilhelmshaven

Verkündet am: 25.10.2012  
....., JAI als U.d.G.

In der Familiensache

S.... O...., vertreten durch den Oberbürgermeister, ....., ....O....,

Antragstellerin, Widerantragsgegnerin und Beschwerdeführerin,

Verfahrensbevollmächtigter:  
Rechtsanwalt G....., ..... O.....,

gegen

T ..... P....., ....., .... W .....,

Antragsgegner, Widerantragsteller und Beschwerdegegner,

Verfahrensbevollmächtigte:  
Rechtsanwältin D....., ..... W.....,

hat der 14. Zivilsenat - 5. Senat für Familiensachen - des Oberlandesgerichts Oldenburg durch den ....., den ..... und die ..... aufgrund mündlicher Verhandlung

**vom 18. Oktober 2012**

beschlossen:

**Der Versäumnisbeschluss des 14. Zivilsenats - 5. Senat für Familiensachen - des Oberlandesgerichts Oldenburg vom 16. August 2012 - 14 UF 82/12 - bleibt aufrecht erhalten.**

**Die Antragstellerin trägt auch die weiteren Kosten des Beschwerdeverfahrens.**

## Gründe:

### I.

Die Antragstellerin nimmt den Antragsgegner aus übergegangenem Recht auf Zahlung von Elternunterhalt in Anspruch. Die Mutter des Antragsgegners (im Folgenden Hilfeempfängerin genannt) lebt seit Jahren vollstationär in verschiedenen Pflegeeinrichtungen und erhält von der Antragstellerin Hilfe zum Lebensunterhalt und zur Pflege nach §§ 35, 61 SGB XII sowie Krankenhilfe nach § 48 SGB XII, § 264 SGB V in monatlich unterschiedlicher Höhe. Für die Zeit ab Februar 2006 zahlte der Antragsgegner zum Unterhalt der Hilfeempfängerin an die Antragstellerin auf freiwilliger Grundlage monatlich 300 €. Mit Schreiben vom 8. Mai 2009 forderte die Antragstellerin außergerichtlich eine Neuberechnung des Unterhalts und im Anschluss daran eine monatliche Zahlung von 500 €. In der Folgezeit leistete der Antragsgegner für die Zeit ab Januar 2010 den monatlichen Unterhalt von 300 € nur noch unter dem Vorbehalt der Rückforderung und stellte mit Wirkung ab Ende August 2010 jegliche weitere Zahlungen ein.

In erster Instanz hat die Antragstellerin eine Verpflichtung des Antragsgegners zur Zahlung von Elternunterhalt in Höhe von weiteren 3.000 € für die Zeit von Mai 2009 bis Juli 2010 (15 Monate x (500 € - 300 €)) und von laufend mtl. 500 € ab August 2010 verlangt. Der Antragsgegner ist diesem Antrag entgegengetreten und hat mit seinem Widerantrag die Rückzahlung überzahlten Unterhalts von 2.400 € für die Zeit von Januar 2010 bis einschließlich August 2010 (8 Monate x 300 €) verlangt. Die Hilfeempfängerin müsse ihren Bedarf durch Unterhalt des geschiedenen Ehemannes, Leistungen der Pflegekasse und einer privaten Rentenversicherung decken. Das auf Veranlassung der Antragstellerin im Jahre 2005 im Rahmen der privaten Rentenversicherung ausgeübte Kapitalwahlrecht und der anschließende Einsatz dieses Kapitals zur zeitlich begrenzten Bedarfsdeckung rechtfertige keine andere Beurteilung. Ohnehin sei er nicht leistungsfähig und der Unterhaltsanspruch verwirkt. Seine Mutter habe ihn nach der Geburt für zwei Jahre ins Kinderheim verbracht und nach der Eheschließung mit seinem Stiefvater mit in die USA genommen, wo er mangels Sprachkenntnisse praktisch isoliert gelebt habe. Nach der Rückkehr habe es in Deutschland ständig Streit mit seiner Mutter gegeben.

Das Amtsgericht – Familiengericht - Wilhelmshaven hat mit Beschluss vom 16. März 2012 den Zahlungsantrag der Antragstellerin nach Zeugenvernehmung abgewiesen und sie verpflichtet, an den Antragsgegner Unterhalt in Höhe von insgesamt 232 € zu erstatten. Den weitergehenden Widerantrag hat das Familiengericht abgewiesen. Zur Begründung hat das Amtsgericht im Wesentlichen ausgeführt, der Bedarf der Hilfeempfängerin errechne sich in Höhe der tatsächlich durch die Antragstellerin gezahlten Sozialleistungen. Sie sei aber nur eingeschränkt bedürftig. Es sei ein (fiktives) Pflegegeld nach Pflegestufe 1 in Höhe von mtl. 1.023 € gemäß § 43 Abs. 2 Nr. 1 SGB XI anzurechnen. Die Antragstellerin habe nicht dargelegt, wieso die Hilfeempfängerin nicht kranken- und pflegeversichert sei. Deshalb sei von einer Obliegenheitsverletzung mit der Folge einer fiktiven Anrechnung von Pflegegeld auszugehen. Außerdem seien fiktive Zahlungen aus einer privaten Rentenversicherung in Höhe von mtl. 162 € zu berücksichtigen. Soweit auf Veranlassung der Antragstellerin im Jahre 2005 vom Kapitalwahlrecht Gebrauch gemacht worden sei, dürfe dieser Umstand den aktuellen Unterhaltsanspruch gegenüber dem Antragsgegner nicht erhöhen. Ohne Ausübung des Kapitalwahlrechts hätte die Hilfeempfängerin für die Zeit ab September 2005 eine

lebenslange monatliche Rente erhalten. Nach Abzug des vom geschiedenen Ehemann gezahlten Elementarunterhalts errechne sich ein verbleibender Bedarf der Hilfeempfängerin für die Zeit vom 1. Mai 2009 bis zum 31. März 2010 in Höhe von mtl. 271 €. Weil die Mutter der Antragstellerin ab April 2010 eine gesetzliche Altersrente erhalte, sei jedenfalls ab diesem Zeitpunkt keine Bedürftigkeit mehr festzustellen. Mithin komme es nur auf die Leistungsfähigkeit des Antragsgegners für die Zeit von Mai 2009 bis einschließlich März 2010 an. Auf der Grundlage der für die Jahre 2006 bis 2009 vom Antragsgegner tatsächlich erzielten Einkünfte aus selbständiger Tätigkeit als Inhaber einer Fahrschule sei er nach einer Korrektur im Bereich der Abschreibungen, Abzug tatsächlich gezahlter Steuern und Unterhaltsverpflichtungen gegenüber seiner Tochter nicht mehr leistungsfähig zur Zahlung des verlangten Elternunterhalts. Weil er von Januar 2010 bis August 2010 monatlich 300 € gezahlt habe, obgleich der ungedeckte Bedarf der Hilfeempfängerin (für die Zeit bis Ende März 2010) nur monatlich 271 € betragen habe, ergebe sich eine Rückforderung von insgesamt 232 €. In Höhe der tatsächlich geschuldeten Unterhaltszahlungen sei der Anspruch der Hilfeempfängerin auch nicht verwirkt. Die vom Antragsgegner dafür vorgetragenen Umstände seien schon damals von einer psychischen Erkrankung der Hilfeempfängerin geprägt gewesen. Deshalb fehle es am vorsätzlichen Handeln der Hilfeempfängerin in Bezug auf die Geschehnisse im Kleinkindalter des Antragsgegners. Hinsichtlich der weitergehenden Ausführungen des Familiengerichts wird auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Beschlusses verwiesen.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die fristgerecht eingelegte und rechtzeitig begründete Beschwerde der Antragstellerin.

Sie verfolgt ihre erstinstanzlichen Anträge weiter und macht geltend, das Familiengericht habe nicht ausreichend deutlich werden lassen, dass es auf die Anrechnung fiktiven Pflegegeldes ankomme. Tatsächlich habe die Hilfeempfängerin keinen Anspruch auf Zahlung von Pflegegeld. Zeitgleich mit der am 9. August 1991 verkündeten Scheidung der Ehe der Hilfeempfängerin habe sie eine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung in einer Behindertenwerkstatt aufgenommen und sei deshalb bis zur krankheitsbedingten Aufgabe dieser Tätigkeit am 31. Oktober 1995 Mitglied in der gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung gewesen. Zum Zeitpunkt der Einführung der gesetzlichen Pflegeversicherung am 1. Januar 1995 habe noch keine Pflegebedürftigkeit bei der späteren Hilfeempfängerin bestanden. Auch in der Folgezeit sei aufgrund der zahlreichen Überprüfungsverfahren durch die Pflegekasse, zuletzt im Jahre 2008, kein Pflegeaufwand festgestellt worden, der zum Bezug von Pflegegeld berechtige. Aktuell habe die Hilfeempfängerin keinen Anspruch auf Mitgliedschaft in der gesetzlichen Krankenversicherung. Die Antragstellerin greift die Berechnung des Familiengerichts zur eingeschränkten Leistungsfähigkeit des Antragsgegners an und meint, Abschreibungen seien in unterhaltsrechtlicher Hinsicht nicht zu berücksichtigen; der Wohnvorteil sei zu gering bemessen. Wegen der Auslandsaufenthalte der Tochter des Antragsgegners seien teilweise keine Studiengebühren angefallen. Ohnehin sei der Bedarf der Tochter des Antragsgegners zumindest teilweise durch eigene Einkünfte des Kindes als wissenschaftliche Mitarbeiterin gedeckt.

Im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat am 16. August 2012 reichte die Antragstellerin durch ihren Verfahrensbevollmächtigten einen Schriftsatz zur Streitverkündung ein und stellte zur Sache keinen Antrag. Daraufhin wurde auf Antrag des

Antragsgegners die Beschwerde der Antragstellerin gegen den am 16. März 2012 verkündeten Beschluss des Amtsgerichts - Familiengericht - Wilhelmshaven durch Versäumnisbeschluss des Senats auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Gegen diese Versäumnisentscheidung richtet sich der fristgerecht eingelegte und rechtzeitig begründete Einspruch der Antragstellerin. Zwar erfülle die Hilfeempfängerin die Voraussetzungen der Pflegestufe 1 nach den Vorschriften des SGB XI. Gleichwohl käme eine fiktive Anrechnung von Leistungen der Pflegekasse nicht in Betracht. Weder die Hilfeempfängerin noch die Antragstellerin hätten die fehlende Mitgliedschaft der Hilfeempfängerin in der gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung verschuldet. Allein die damalige gesetzliche Betreuerin habe diesen Umstand zu vertreten. Aus der erfolgten Ausübung des Kapitalwahlrechts in der privaten Rentenversicherung und dem anschließenden Verbrauch dieses Kapitals könne der Antragsgegner nichts für sich herleiten. Soweit damit der Bedarf der Hilfeempfängerin für eine vorübergehende Zeit gedeckt worden sei, habe die Antragstellerin nicht nur eine Refinanzierung der von ihr gezahlten Sozialhilfeaufwendungen erreicht sondern auch eine Inanspruchnahme des Antragsgegners vermieden.

Die Antragstellerin beantragt,

den am 16. August 2012 verkündeten Versäumnisbeschluss des Senats aufzuheben, den Beschluss des Amtsgerichts – Familiengericht – Wilhelmshaven vom 16. März 2012 zu ändern und den Antragsgegner zu verpflichten, an die Antragstellerin

a) rückständigen Unterhalt für die Zeit von Mai 2009 bis Juli 2010 von insgesamt 3.000 € zuzüglich Verzugszinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz auf jeweils rückständige Beträge in Höhe von 200 € seit dem 3. Mai 2009 zu zahlen,

b) laufenden Unterhalt für seine Mutter G... P..., geb. am 02.03.1945, in Höhe von monatlich 500 € beginnend mit dem 1. August 2010 zu zahlen und

c) den Widerantrag des Antragsgegners uneingeschränkt abzuweisen,

hilfsweise:

unter Aufhebung des Beschlusses des Amtsgerichts – Familiengericht – Wilhelmshaven vom 16. März 2012 das Verfahren an das Amtsgericht zurückzuverweisen.

Der Antragsgegner beantragt,

den am 16. August 2012 verkündeten Versäumnisbeschluss des Senats aufrechtzuerhalten.

Er verteidigt den angefochtenen Versäumnisbeschluss des Senats vom 16. August 2012 nach Maßgabe seiner Beschwerdeerwiderung. Für seine Tochter seien auch während der durchgeführten Auslandssemester Studiengebühren zu zahlen gewesen, weil während dieser Zeit eine Immatrikulation an einer deutschen Hochschule erforderlich gewesen sei. Dauerhafte Zuwendungen Dritter zur Finanzierung der Auslandsaufenthalte seiner

Tochter habe es nicht gegeben. Er sei nicht leistungsfähig zur Zahlung von Elternunterhalt. Der Umsatz in der von ihm geführten Fahrschule sei inzwischen noch weiter zurückgegangen. Aus den betriebswirtschaftlichen Auswertungen sei zu erkennen, dass der Umsatz aus den ersten fünf Monaten des Jahres 2012 nur noch die Hälfte des vergleichbaren Vorjahresumsatzes erreiche.

Die Akten 4 XVII 186/05 Amtsgericht Jever lagen dem Senat vor.

II.

Auf den form- und fristgerecht eingelegten Einspruch der Antragstellerin gegen den Versäumnisbeschluss des 14. Zivilsenats - 5. Senat für Familiensachen - des Oberlandesgerichts Oldenburg vom 16. August 2012 - 14 UF 82/12 - war das Verfahren in die Lage zurückzusetzen, in der es sich vor Eintritt der Versäumnis befand (§§ 113 Abs. 1 Satz 2, 117 Abs. 2 FamFG, §§ 342, 539 Abs. 3 ZPO). Zu Recht ist jedoch mit dem Versäumnisbeschluss die nach §§ 58 FamFG zulässige Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss des Amtsgerichts - Familiengericht - Wilhelmshaven vom 16. März 2012 zurückgewiesen worden, so dass der mit dem Einspruch angegriffene Versäumnisbeschluss des Senats aufrecht zu erhalten ist.

Die Antragstellerin hat keinen Anspruch aus übergegangenem Recht gegen den Antragsgegner auf Zahlung von Elternunterhalt. Sie hat nicht substantiiert dargelegt, dass der Bedarf der Hilfeempfängerin nicht aus tatsächlich erzielten oder erzielbaren Einkünften und den bisherigen Unterhaltszahlungen des Antragsgegners gedeckt werden kann. Hinzukommt, dass der Antragsgegner jedenfalls ab Januar 2010 mangels Leistungsfähigkeit ohnehin nicht zur Zahlung von Elternunterhalt verpflichtet ist. Weil für die Zeit von Januar 2010 bis August 2010 eine Überzahlung von Unterhalt in Höhe von insgesamt mindestens 232 € festzustellen ist, bleibt ihr Rechtsmittel auch insoweit erfolglos, als sie die Anordnung zur Rückzahlung von Unterhalt angreift.

Bei dieser Entscheidung hat sich der Senat von folgenden Überlegungen leiten lassen:

1. Zutreffend geht das Amtsgericht davon aus, dass der Antragsgegner dem Grunde nach gegenüber seiner Mutter zur Zahlung von Elternunterhalt verpflichtet ist (§ 1601 BGB). Gemäß § 94 Abs. 1 SGB XII kann dieser Anspruch kraft Gesetzes auf die Antragstellerin übergehen, soweit sie zum Lebensunterhalt der Hilfeempfängerin in der Vergangenheit Leistungen nach dem SGB XII tatsächlich erbrachte.

2. Das Maß des zu gewährenden Unterhalts bestimmt sich nach der Lebensstellung des Bedürftigen (angemessener Unterhalt, § 1610 Abs. 1 BGB). Soweit das Familiengericht den Bedarf der Hilfeempfängerin auf der Grundlage der tatsächlich durch die Antragstellerin erbrachten Sozialleistungen errechnet hat, ist hiergegen im Grundsatz nichts zu erinnern. Leben Eltern in einem Alten- und Pflegeheim, wird der Bedarf im Wesentlichen durch die Heim- und Pflegekosten sowie ein angemessenes Taschengeld bestimmt (BGH, Urteil vom 23. Okt. 2002, XII ZR 266/99, FamRZ 2002, 1698 ff.; Urteil vom 17. Dez. 2003, XII ZR 224/00, FamRZ 2004, 370 ff.; Urteil vom 28.07.2010, XII ZR 140/07, FamRZ 2010, 1535-1541; Reinecke in ZFE 12/2010, Seite 444, 445).

3. Die Antragstellerin hat jedoch nicht substantiiert dargelegt, dass der Bedarf der

Hilfeempfängerin nicht aus den von der Hilfeempfängerin tatsächlich erzielten oder erzielbaren Einkünften und den bisherigen Unterhaltszahlungen des Antragsgegners gedeckt werden kann. Beim Elternunterhalt richtet sich die Bedürftigkeit nach § 1602 Abs. 1 BGB; Unterhaltsansprüche entstehen nicht, wenn Rente und Pflegegeld ausreichen, den eigenen Bedarf zu decken (Palandt/Brudermüller, Rn. 6 zu § 1601 BGB, 71. Aufl. 2012). Allein die Tatsache der Zahlung von Sozialhilfe führt noch nicht zu einem schlüssigen Regressanspruch des Sozialhilfeträgers (Palandt/Brudermüller, a.a.O.).

a) Entgegen der Rechtsauffassung der Antragstellerin ist bei der Bedürftigkeitsprüfung auch ein fiktiver Anspruch der Hilfeempfängerin auf Zahlung von Pflegegeld in die Berechnung einzustellen. Nach dem Inhalt der vom Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat am 16. August 2012 abgegebenen Erklärungen erfüllt die Hilfeempfängerin die Voraussetzungen der Pflegestufe I nach § 15 Abs. 1 Nr. 1 SGB XI. Mangels substantiierten Vortrag der Antragstellerin ist davon auszugehen, dass diese Voraussetzungen auch schon ab Mai 2009 erfüllt waren. Mithin stünde der Hilfeempfängerin ein Anspruch auf Zahlung von Pflegegeld in Höhe von monatlich 1.023 € zur Seite (§ 43 Abs. 2 Nr. 1 SGB XI), sofern sie denn Mitglied in der sozialen Pflegeversicherung wäre.

Gemäß § 1 Abs. 2 SGB XI sind in den Schutz der sozialen Pflegeversicherung kraft Gesetzes alle Personen einbezogen, die in der gesetzlichen Krankenversicherung versichert sind. Bei der Pflegeversicherung handelt es sich um einen eigenständigen Zweig der Sozialversicherung (§ 1 Abs. 2 SGB XI). Diese gesetzlichen Regelungen sind zum 01.01.1995 in Kraft getreten (Art. 68 Abs. 1 des Pflegegesetzes vom 26.05.1994, BGBl. I S.1014). Zu diesem Zeitpunkt war die Hilfeempfängerin aufgrund ihrer am 9. August 1991 aufgenommenen sozialversicherungspflichtigen Tätigkeit in einer Behindertenwerkstatt Mitglied der gesetzlichen Krankenversicherung und damit kraft Gesetzes auch pflegeversichert. Zwar beendete die Hilfeempfängerin ihre sozialversicherungspflichtige Beschäftigung zum 31. Oktober 1995 aus gesundheitlichen Gründen. Nach dem seiner Zeit geltenden Recht endete damit die Versicherungspflicht der Hilfeempfängerin in der gesetzlichen Krankenversicherung (§ 5 SGB V in der Fassung vom 10. Mai 1995; BGBl. I S. 678). Gleichwohl bestand zu diesem Zeitpunkt sowohl die Möglichkeit zum freiwilligen Beitritt in die gesetzliche Krankenversicherung (§ 9 Abs. 1 SGB V in der Fassung vom 10. Mai 1995; BGBl. I S. 678), als auch ein Anspruch auf Weiterversicherung in der gesetzlichen Pflegeversicherung (§ 26 Abs. 1 SGB XI in der Fassung vom 26. Mai 1994; BGBl. I S. 1014). Weil die Hilfeempfängerin in den letzten fünf Jahren vor dem 31. Oktober 1995 mindestens vierundzwanzig Monate bzw. vor dem Ausscheiden mindestens zwölf Monate versichert war, erfüllte sie die vom Gesetz geforderten Voraussetzungen (§ 9 Abs. 1 Nr. 1 SGB V, § 26 Abs. 1 SGB XI in den jeweils genannten Fassungen). Die für eine freiwillige Krankenversicherung bzw. Weiterversicherung in der sozialen Pflegeversicherung erforderlichen Anträge hätte die Hilfeempfängerin binnen drei Monaten nach Beendigung der Versicherungspflicht stellen müssen (§ 9 Abs. 2 SGB V, § 26 Abs. 1 Satz 3 SGB XI in den jeweils genannten Fassungen). Unstreitig wurden diese Anträge innerhalb der Frist nicht gestellt.

Soweit die Antragstellerin vorträgt, dass sich die fehlende Weiterversicherung in der sozialen Pflegeversicherung zu Lasten des Antragsgegners auswirkt und eine fiktive Anrechnung von Pflegegeld nicht in Betracht käme, vermag der Senat dieser Auffassung

nicht zu folgen. Zwar bestand für die Hilfeempfängerin schon ab 1989 eine Gebrechlichkeitspflegschaft mit dem Wirkungskreis Aufenthaltsbestimmung, die ab 1990 erweitert wurde hinsichtlich der Wahrnehmung vermögensrechtlicher Angelegenheiten (§ 1910 BGB a.F.). Der Antragsgegner war aber nur bis zum 18. September 1990 als Pfleger für seine Mutter bestellt. Auch der mit Wirkung vom 01. Januar 1992 erfolgte Wegfall der Gebrechlichkeitspflegschaft und die Einführung einer gesetzlichen Betreuung durch das Gesetz zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige - BtG - vom 12. September 1990 (BGBl I S. 2002) führte nicht zur Bestellung des Antragsgegners als gesetzlichen Betreuer. Der für die Hilfeempfängerin bestellte rechtliche Betreuer war in seinem Aufgabenkreis dazu berechtigt, die Hilfeempfängerin gerichtlich und außergerichtlich zu vertreten (§ 1902 BGB). Eine solche Befugnis stand dem Antragsgegner weder zur Seite noch hatte er Anlass dazu, an einer ordnungsgemäßen Aufgabenerfüllung durch den gesetzlichen Betreuer Zweifel zu hegen. Eigene Versäumnisse der Hilfeempfängerin oder ihres rechtlichen Betreuers lassen aber keine Rechtfertigung dafür erkennen, den Antragsgegner für eine dadurch ursächlich entstandene Bedürftigkeit der Hilfeempfängerin in Form von Elternunterhalt in Haftung zu nehmen. Eine Vernachlässigung der eigenen Vorsorge durch eine fehlende Kranken- und Pflegeversicherung muss sich die Hilfeempfängerin jedenfalls im Verhältnis zum Antragsgegner selbst zurechnen lassen.

b) Soweit das Familiengericht auch fiktive Renteneinkünfte der Hilfeempfängerin aus einer privaten Rentenversicherung in Höhe von mtl. 171,80 € berücksichtigt hat, ist hiergegen nichts zu erinnern. Zwar wurde zum 1. September 2005 auf Veranlassung der Antragstellerin von der rechtlichen Betreuerin der Hilfeempfängerin das vertraglich vereinbarte Kapitalwahlrecht ausgeübt mit der Folge, dass eine Versicherungssumme von nahezu 43.000 € zum Zwecke der Erstattung bisheriger und zukünftiger Sozialleistungen zur Auszahlung gelangte. Soweit sich die Antragstellerin auf den Standpunkt stellt, dass dadurch auch der Antragsgegner in unterhaltsrechtlicher Hinsicht entlastet wurde, vermag der Senat sich dieser Überlegung nicht anzuschließen. Hiergegen spricht schon der Umstand, dass der Antragsgegner ab Februar 2006 und damit nur fünf Monate nach der Auszahlung des Kapitals auf Verlangen der Antragstellerin regelmäßig zum Unterhalt seiner Mutter monatlich 300 € zahlte. Die Antragstellerin trägt nichts dafür vor, ob der Antragsgegner auch für die Zeit vor Februar 2006 zur Zahlung von Elternunterhalt verpflichtet war. Insoweit liegen nicht nur der Bedarf und die Bedürftigkeit der Hilfeempfängerin im Dunkeln sondern auch die Leistungsfähigkeit des Antragsgegners. Hinzukommt, dass unterhaltsrechtlich keine Verpflichtung zur Verwertung des Kapitals bestand. Die private Rentenversicherung sollte gerade dazu dienen, die eigene Altersversorgung der Hilfeempfängerin zu verbessern. Nur deshalb wurden die Versicherungsbeiträge im Rahmen des Altersvorsorgeunterhalts vom geschiedenen Ehemann gezahlt. Dass die Antragstellerin - den sozialrechtlichen Regeln folgend ( §§ 90, 99 SGB XII ) - gleichwohl einen vorzeitigen Kapitalverbrauch veranlasst hat, kann sich nicht zu Lasten des Antragsgegners auswirken.

c) Nach Abzug des vom geschiedenen Ehemann gezahlten Unterhalts von mtl. 673 € und 395 € ab März 2010, Wohngeldzahlungen von Mai 2009 bis Februar 2010 in Höhe von mtl. 96 €, einer eigenen Altersrente ab März 2010 von etwa 675 € sowie fiktiver Zahlungen von Pflegegeld und privater Rente verbleibt auf der Grundlage der von der Antragstellerin mitgeteilten Heimkosten für die Zeit von Mai 2009 bis heute kein Bedarf



der Hilfeempfängerin, der durch die bisherigen Unterhaltszahlungen des Antragsgegners noch nicht abgedeckt wurde.

4. Unabhängig von den Fragen zur Bedürftigkeit der Hilfeempfängerin scheidet der Unterhaltsanspruch jedenfalls für die Zeit ab Januar 2010 auch an einer fehlenden Leistungsfähigkeit des Antragsgegners.

a) Soweit das Familiengericht bei der Einkommensberechnung die Kalenderjahre 2006 bis einschließlich 2009 zugrunde gelegt hat, berücksichtigt dieser Zeitraum nicht den Umstand, dass der Antragsgegner gerade in den letzten Jahren stetig rückläufige Einkünfte aus selbständiger Arbeit erzielte. Während der Gewinn nach Abzug der Steuern im Jahre 2006 noch 69.058 € betrug, erwirtschaftete der Antragsgegner im Jahre 2010 nur noch einen Gewinn nach Steuern in Höhe von 43.720 €. Auch die Höhe der in diesem Jahr durchgeführten Privatentnahme von 49.710 € (bei Privateinlagen von 33.066 €) lässt erkennen, dass die steuerliche Gewinnermittlung gegenüber dem tatsächlichen Ausgabeverhalten nicht im krassen Widerspruch steht. Nur bezogen auf das Kalenderjahr 2010 erzielte der Antragsgegner einen Gewinn nach Steuern von monatlich etwa 3.650 €, während sich der durchschnittliche Gewinn nach Steuern auf der Grundlage der Einkommensberechnung von 2006 bis einschließlich 2010 auf monatlich 5.075 € errechnet. Für die Zeit ab Januar 2011 ist indes zu berücksichtigen, dass sich nach dem Inhalt der mit der Beschwerdeerwiderung vorgelegten betriebswirtschaftlichen Auswertungen die betrieblichen Erlöse aus der Fahrschule in dem Zeitraum von Januar bis Mai 2012 im Vergleich zum entsprechenden Vorjahreszeitraum mehr als halbiert haben. Soweit der Antragsgegner die fallenden Umsätze mit dem allgemeinen wirtschaftlichen Umfeld, dem Hinzuerwerb einer anderen Fahrschule und der Einstellung zusätzlicher Fahrlehrer begründet, lassen diese auch durch die Bekundungen seiner Ehefrau im Rahmen ihrer zeugenschaftlichen Vernehmung bestätigten Angaben keine Rechtfertigung dafür erkennen, ausschließlich die erheblich höheren Gewinne aus der Zeit vor 2010 zugrunde zu legen.

Als unterhaltsrechtlich erhebliches Einkommen kann im Einzelfall das Durchschnittseinkommen aus einem mehrjährigen Zeitraum zugrunde gelegt werden (BGH, Urteil vom 16.01.1985, IVb ZR 59/83 = FamRZ 1985, 175-178). Statt eines mehrjährigen Durchschnittseinkommens kann auch das zuletzt errechnete Einkommen berücksichtigt werden, wenn mit einer stetigen Weiterentwicklung der Einkünfte zu rechnen ist (BGH, Urteil vom 30.01.1985, IVb ZR 70/83 = FamRZ 1985, 471-473). Liegen für einzelne Jahre die tatsächlichen Einkommensverhältnisse vor, ist auf diese abzustellen (BGH, Urteil vom 04.07.2007, XII ZR 141/05 = FamRZ 2007, 1532-1538; Urteil vom 16.07.2008, XII ZR 109/05 = FamRZ 2008, 1739-1749). Die Durchschnittsberechnung mehrerer Jahre stellt ohnehin nur eine Hilfsgröße dar, um bei Selbständigen eine realistische Größe des für private Zwecke verfügbaren Einkommens festzustellen. Bei einer danach gebotenen Berücksichtigung der letzten drei Kalenderjahre 2008 bis einschließlich 2010 errechnet sich ein durchschnittlicher monatlicher Gewinn nach Steuern von 4.630 €.

b) Die Ausführungen des Familiengerichts zur Berechtigung von Abschreibungen auf das Anlagevermögen und einer damit einhergehenden Verminderung des Gewinns erscheinen nicht geeignet zur Ermittlung der tatsächlichen wirtschaftlichen

Leistungsfähigkeit des Antragsgegners. Die in der Fahrschule vom Antragsgegner eingesetzten Fahrzeuge sind nach den Summen- und Saldenlisten fast ausschließlich geleast. Die übrigen Abschreibungen auf das Anlagevermögen erscheinen auch wirtschaftlich betrachtet notwendig, um die erforderlichen Rücklagen für künftige Investitionen zu bilden. Dass es sich hierbei – wie etwa bei Sonderabschreibungen – ausschließlich um steuerrechtlich zulässige Gestaltungsmöglichkeiten handelt, die in dieser Form im Unterhaltsrecht keine uneingeschränkte Berechtigung beanspruchen können, ist weder substantiiert vorgetragen noch sonst erkennbar. Soweit in der Summe der Abschreibungen auch geringfügige Abschreibungen auf Gebäude enthalten sind, rechtfertigt dies angesichts der allenfalls unbedeutenden Auswirkungen derartiger Korrekturen im konkreten Einzelfall noch keine andere Beurteilung.

c) Zutreffend hat das Familiengericht in seinem von den Beteiligten im Übrigen nicht substantiiert angegriffenen Rechenwerk Aufwendungen des Antragsgegners für Alters- und Krankenvorsorge sowie aus Fremdfinanzierungen abzüglich erzielter Mieteinnahmen berücksichtigt und einen Wohnwert hinzugerechnet. Soweit das Familiengericht die vorrangige Unterhaltsverpflichtung des Antragsgegners gegenüber seiner Tochter nur mit mtl. 886 € berücksichtigt hat, steht diese Berechnung mit den tatsächlichen Feststellungen des Familiengerichts nicht in Übereinstimmung. Danach haben sich der Antragsgegner und seine Ehefrau durch notarielle Urkunde vom 25. Februar 2010 (Urkundenrolle Nr. 250 für 2010 des Notars W..... W..... aus W .....) zur Zahlung von Kindesunterhalt für die gemeinsame Tochter von mtl. 1.000 € verpflichtet. Auch wenn diese Urkunde nach der außergerichtlichen Aufforderung der Antragstellerin zur Zahlung erhöhten Elternunterhalts errichtet wurde, folgt daraus nicht zugleich eine fehlende tatsächliche Belastung in dieser Höhe. Dazu hat die Tochter des Antragsgegners als Zeugin bekundet, von ihren Eltern im Schnitt tatsächlich Unterhalt in dieser Größenordnung erhalten zu haben. Angesichts der wirtschaftlichen Verhältnisse des Antragsgegners zum Zeitpunkt der Errichtung der Urkunde und des Umstandes, dass nur ein Kind mit Ausbildungsunterhalt zu versorgen ist, erscheinen Korrekturen in diesem Bereich zum Zwecke der Berechnung von Elternunterhalt nicht gerechtfertigt. Nach der Rechtsprechung des BGH (Urteil vom 28.07.2010, XII ZR 140/07, FamRZ 2010, 1535-1541) ist der angemessene Eigenbedarf des Unterhaltspflichtigen aufgrund der konkreten Umstände und unter Berücksichtigung der besonderen Lebensumstände, die bei der Inanspruchnahme auf Elternunterhalt als einem rechtlich vergleichsweise schwach ausgestalteten Anspruch vorliegen, zu ermitteln. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass der Unterhaltspflichtige grundsätzlich keine spürbare und dauerhafte Senkung seines Lebensstandards hinzunehmen braucht (BGH, a.a.O.). Maßgeblich ist der tatsächliche Bedarf des unterhaltsberechtigten Kindes in voller Höhe, so wie er sich nach den Einkommens- und Vermögensverhältnissen ergibt und freiwillig geleistet wird. Unterhaltsrechtliche Grundsätze für Trennungsfamilien vermögen keinen geeigneten Maßstab vorzugeben. Nach alledem ist vom Einkommen des Antragsgegners für Zwecke des Kindesunterhalts ein monatlicher Betrag von 1.000 € in Abzug zu bringen. Das restliche Einkommen des Antragsgegners erreicht zusammen mit dem Einkommen seiner Ehefrau nicht den zu wahrenden Familienselbstbehalt von monatlich 2.700 €.

5. Auf die vom Antragsgegner zur Verwirkung von Unterhaltsansprüchen vorgetragene(n) Tatsachen kommt es mithin nicht mehr an.

6. Das Rechtsmittel der Antragstellerin wäre selbst dann unbegründet, wenn keine fiktive

Anrechnung von Pflegegeld und privater Rente in Betracht käme und entgegen den obigen Ausführungen eine Leistungsfähigkeit des Antragsgegners anzunehmen wäre. Soweit sich für diesen Fall die Bedürftigkeit der Hilfeempfängerin ausschließlich auf einen fehlenden Anspruch auf Zahlung von Pflegegeld und der infolge einer Ausübung des Kapitalwahlrechts nicht mehr vorhandenen Zahlung einer privaten Rente stützen würde, käme schon ein Anspruchsübergang auf die Antragstellerin wegen unbilliger Härte nicht in Betracht. Nach § 94 Abs. 3 Nr. 2 SGB X gehen Ansprüche nicht über, soweit der Übergang des Anspruchs eine unbillige Härte bedeuten würde. Der von der Rechtsprechung geforderte sozialrechtliche Bezug (vgl. dazu BGH, Urteil vom 15.09.2010, XII ZR 148/09; FamRZ 2010, 1888-1892) wäre vorliegend nicht zweifelhaft, weil insoweit ein kausaler Zusammenhang zu einem Handeln des Staates oder seiner Organe zu erkennen wäre.

a) Wie der Betreuungsakte zu entnehmen ist, war für die Hilfeempfängerin schon im Jahre 1993, also während der Zeit ihrer sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung, ein Antrag auf Sozialleistungen bei der seiner Zeit örtlich zuständigen Stadt W..... gestellt worden. Nach § 14 SGB I hat jeder Hilfeempfänger Anspruch auf Beratung über seine Rechte und Pflichten nach dem Sozialgesetzbuch. Zuständig für die Beratung sind die Leistungsträger, denen gegenüber die Rechte geltend zu machen oder die Pflichten zu erfüllen sind. Bei Erfüllung dieser Beratungsverpflichtung zum Zeitpunkt der Beendigung der beruflichen Tätigkeit der Hilfeempfängerin hätte offenbar werden müssen, dass ein Antrag auf freiwillige Krankenversicherung und auf Weiterversicherung in der sozialen Pflegeversicherung besteht. Dann wäre insoweit keine Bedarfslücke entstanden.

aa) Hinzukommt, dass nach dem Inhalt der Betreuungsakte die gesetzliche Betreuerin am 06.11.1996 gegenüber der Stadt W..... über Probleme mit der Krankenversicherung für die Hilfeempfängerin berichtet hat. Spätestens zu diesem Zeitpunkt hätte dem zuständigen Sozialleistungsträger die Problematik der fehlenden Kranken- und Pflegeversicherung bekannt sein müssen. Die erteilten Informationen gaben dem Sozialleistungsträger ausreichenden Anlass dazu, ggf. durch einen Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand eine erneute Aufnahme der Hilfeempfängerin in die Kranken- und Pflegeversicherung zu erreichen. Versäumnisse in diesem Bereich können einen sozialrechtlichen Herstellungsanspruch begründen, der nach den allgemeinen richterrechtlichen Grundsätzen bei einer dem zuständigen Sozialleistungsträger zuzurechnenden Pflichtverletzung eingreift, wenn dem Berechtigten dadurch ein sozialrechtlicher Nachteil oder Schaden entstanden ist (vgl. grundsätzlich zum sozialrechtlichen Herstellungsanspruch BSG, Urteil vom 27.06.2012, B 12 KR 11/10 R, zitiert nach juris). Im Ergebnis würde der sozialrechtliche Herstellungsanspruch dazu führen, die Hilfeempfängerin so zu stellen, wie sie ohne die Pflichtverletzung des Sozialhilfeträgers stehen würde. Diese möglicherweise bestehende eigene Schadenersatzverpflichtung darf der Sozialleistungsträger aber nicht im Rahmen des § 94 SGB X auf den Antragsgegner abwälzen.

ab) Unabhängig davon bestehen vorliegend schon deshalb nicht unerhebliche Bedenken gegen den geltend gemachten Anspruchsübergang, weil die schon 1992 vom Gesetzgeber erkannte Notwendigkeit der generellen Aufnahme von Sozialhilfeempfängern in die gesetzliche Krankenversicherung bis heute nicht umgesetzt wurde. Nach Art. 28 des Gesetzes vom 21. Dezember 1992 (BGBl. I 2266) sollten ab

dem 1. Januar 1997 Personen, die laufende Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem Bundessozialhilfegesetz erhalten, in die Versicherungspflicht nach § 5 Abs. 1 des Fünften Buches Sozialgesetzbuch einbezogen werden. Das dazu erforderliche Ausführungsgesetz wurde jedoch bis heute nicht erlassen. Die Abkehr von der beabsichtigten generellen Versicherungspflicht der Hilfeempfänger darf aber nicht ausschließlich zu Lasten der Unterhaltsverpflichteten führen, die letztlich von den Sozialleistungsträgern aus abgetretenem Recht in Anspruch genommen werden. Insoweit darf dem Unterhaltsrecht keine grundsätzliche Ausfallfunktion zukommen.

b) Die Rentenversicherung mit Kapitalwahlrecht wurde zum Zeitpunkt der Ehescheidung der Hilfeempfängerin abgeschlossen; die Versicherungsbeiträge wurden finanziert durch Zahlungen des geschiedenen Ehemanns (Altersvorsorgeunterhalt), um so eine Altersabsicherung für die Hilfeempfängerin zu ermöglichen. Soweit der Sozialleistungsträger zugunsten einer möglichst sofortigen Erstattung jeglicher Sozialleistungen auf eine Kapitalisierung und Auszahlung der zukünftigen Altersvorsorge eines Hilfeempfängers hinwirkt, kann sich dieser Umstand nicht zu Lasten der Unterhaltspflichtigen auswirken, die erst zeitlich später aufgrund der dann vorhandenen eigenen Leistungsfähigkeit zum Elternunterhalt verpflichtet sind. Dies würde zu einer Durchbrechung des Unterhaltsrechts führen, die einem Anspruchsübergang auf den Sozialleistungsträger entgegenstünde.

7. Soweit die Antragstellerin mit ihrer Beschwerde auch ihre Verpflichtung zur Rückzahlung von Unterhalt in Höhe von insgesamt 232 € angreift, muss ihrem Rechtsmittel ebenfalls der Erfolg versagt bleiben. Der für die Zeit von Jan. 2010 bis Aug. 2010 festgestellte Bedarf der Hilfeempfängerin ist auch ohne Berücksichtigung dieser Zahlungen des Antragsgegners mehr als nur gedeckt. Mithin besteht ein Anspruch des Antragsgegners auf Rückzahlung des überzahlten Unterhalts in Höhe von mindestens 232 € nach § 812 Abs. 1 BGB. Weil der Antragsgegner für die Zeit ab Januar 2010 nur unter dem Vorbehalt der Rückforderung zahlte, hat er damit auch verdeutlicht, fortan keine freiwilligen Zahlungen mehr unter Verzicht eine Rückforderung vornehmen zu wollen.

8. Weil der angefochtene Beschluss des Amtsgerichts – Familiengericht – Wilhelmshaven vom 16. März 2012 keine Rechtsverletzung zulasten der Antragstellerin erkennen lässt, kommt auch eine hilfsweise beantragte Aufhebung dieses Beschlusses und die Zurückverweisung des Verfahrens an das Amtsgericht nicht in Betracht.

9. Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 113 Abs. 1, 243 FamFG, §§ 97 Abs. 1, 344 ZPO. Gründe für die Zulassung der Rechtsbeschwerde sind nicht zu erkennen.

.....

.....

.....