4
10
April
Seiten 101–132
PVSt 57932

Der Familien-Rechts-Berater

Informationsdienst
für die familienrechtliche Praxis

Rechtsprechung

Eheliches Güter- und Vermögensrecht

- Erlösverteilung in der Teilungsversteigerung bei unterschiedlich belastetem Miteigentum

Unterhaltsrecht

- Mindestbedarf bei der Betreuung eines nichtehelichen Kindes

Versorgungsausgleich

- Geltendes Übergangsrecht bei abgetrennten Versorgungsausgleichsverfahren

Verfahrensrecht

- Übergangsrecht und PKH-Antrag

Sonstiges

- Sozialrechtliche Regelleistungen für minderjährige Kinder

FamRB-Beratungspraxis

Aktuelle Praxisfragen

- Das Verfahren in sonstigen Familiensachen nach dem FamFG *Heiter*
- Anordnung und Durchführung eines Informationsgesprächs nach § 135 Abs. 1 FamFG *Heinemann*
- Das FamFG und die Scheidungsreform – die schleichende Entwertung des Scheidungsverfahrens *Sarres*

www.famrb.de

Verlag Dr. Otto Schmidt Köln

Mit Quartalsbeilage FamRB international

Bestell-Coupon

Bestellungen bitte an den Buchhandel oder online: www.ESV.info/978 3 503 12041 3 bzw. per E-Mail: ESV@ESVmedien.de

Fax-Nr.: (030) 25 00 85 - 275

Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG
Genthiner Straße 30G · D - 10785 Berlin

Alles zum neuen einstweiligen Rechtsschutz nach dem FamFG

☑ **Einstweiliger Rechtsschutz in Familiensachen**

Zulässigkeit – Verfahren – Vollstreckung – Kosten

Von Hans-Joachim Dose

3., völlig neu bearbeitete und erweiterte Auflage 2010, ca. 257 Seiten, Euro (D) 39,90. ISBN 978 3 503 12041 3

Mit dem Inkrafttreten des FamFG am 1. September 2009 ist auch eine völlige Umgestaltung des einstweiligen Rechtsschutzes in Familiensachen einhergegangen. Die nun für alle Verfahren in Familiensachen grundsätzlich zulässige einstweilige Anordnung wird als eigenständige Verfahrensart an Bedeutung gewinnen.

In seiner Neuauflage gibt Hans-Joachim Dose einen ausführlichen Überblick über den Inhalt und die wesentlichen Änderungen. Der Autor ist Richter am BGH im für Familienrecht zuständigen XII. Zivilsenat. Umfassend dargestellt werden u. a.

- Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund als Voraussetzungen einer einstweiligen Anordnung
- gerichtliches Verfahren einschließlich internationaler Bezüge, Kosten und Vollstreckbarkeit
- Rechtsbehelfe und Rechtsmittel sowie deren Verhältnis zueinander

Ergänzt wird das Werk durch eine Synopse von altem und neuem Recht. Somit ist es insbesondere für Rechtsanwälte, Familienrichter und Jugendämter eine unverzichtbare Arbeitshilfe!

Weitere Informationen unter www.ESV.info/978 3 503 12041 3

Name/Vorname

Firma

Position/Abteilung

Straße/Nr.

PLZ/Ort

E-Mail/Kd.-Nr.

Datum/Unterschrift

Widerrufsrecht: *Bestellungen zu Büchern können innerhalb von zwei Wochen nach Erhalt der Ware bei Ihrer Buchhandlung oder beim Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Genthiner Str. 30 G, 10785 Berlin, Fax 030/25 00 85-275, E-Mail: Vertrieb@ESVmedien.de, schriftlich widerrufen werden (rechtzeitige Absendung genügt).*

Wir erheben und verarbeiten Ihre Daten lediglich zur Durchführung des Vertrages, zur Pflege der laufenden Kundenbeziehung und um Sie über unsere Angebote und Preise zu informieren. Sie können der Verwendung Ihrer Daten für Werbezwecke jederzeit widersprechen. Bitte senden Sie uns in diesem Fall Ihren Widerspruch schriftlich per Post, per Fax oder per E-Mail an Service@ESVmedien.de.

Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG · Sitz: Berlin
Persönlich haftende Gesellschafterin: ESV Verlagsführung GmbH
Amtsgericht: Berlin-Charlottenburg 93 · HRB 27 197
Geschäftsführer: Dr. Joachim Schmidt

0202

ESV
ERICH SCHMIDT VERLAG

In diesem Heft

FamRB im Internet: *www.famrb.de*

Rechtsprechung

Eheliches Güter- und Vermögensrecht

- Erlösverteilung in der Teilungsversteigerung bei unterschiedlich belastetem Miteigentum
  BGH, Urt. v. 16.12.2009 – XII R 124/06 101
- Verteilung des Teilungsversteigerungserlöses bei Gesamthypothek mit unterschiedl. Haftung im Innenverhältnis
  BGH, Urt. v. 16.12.2009 – XII R 124/06 102

Ehescheidung

- Streit um Hund auch künftig Familiensache
  OLG Celle, Beschl. v. 11.8.2009 – 17 AR 8/09 103

Unterhaltsrecht

- Mindestbedarf bei der Betreuung eines nichtehelichen Kindes
  BGH, Urt. v. 13.1.2010 – XII ZR 123/08 103
- Verlängerung des Anspruchs auf Betreuungsunterhalt nach § 1615*l* BGB
  BGH, Urt. v. 13.1.2010 – XII ZR 123/08 104
- Abänderbarkeit eines Unterhaltstitels nach § 36 Nr. 1 EGZPO
  AG Pankow/Weißensee, Urt. v. 4.1.2010 – 27 F 2616/09 105
- Verbindlichkeiten beim Kindesunterhalt
  OLG Saarbrücken, Beschl. v. 17.12.2009 – 6 WF 123/09 106
- Präklusion der Befristung des Aufstockungsunterhalts
  OLG Düsseldorf, Beschl. v. 16.12.2009 – II-8 WF 185/09 107

Versorgungsausgleich

- Geltendes Übergangsrecht bei abgetrennten Versorgungsausgleichsverfahren
  OLG Oldenburg, Beschl. v. 19.1.2010 – 13 UF 112/09 107

Kindschaftsrecht

- Anhörung eines nicht sorgeberechtigten Elternteils in Kindschaftssachen
  OLG Naumburg, Beschl. v. 7.12.2009 – 8 UF 207/09 108
- Ergänzungspflegschaft bei Vaterschaftsanfechtung durch Behörde?
  OLG Hamburg, Beschl. v. 28.10.2009 – 12 UF 110/09 109

Verfahrensrecht

- Prozesskostenvorschuss und Kostenerstattung
  BGH, Beschl. v. 9.12.2009 – XII ZB 79/06 110
- Anwendung des § 15a RVG auf Altfälle
  BGH, Beschl. v. 9.12.2009 – XII ZB 175/07 111
- Vollstreckung von Unterlassungsgeboten nach GewSchG
  OLG Hamm, Beschl. v. 22.12.2009 – 2 Sdb (FamS) Zust 1/09 112
- Übergangsrecht und PKH-Antrag
  OLG Braunschweig, Beschl. v. 26.11.2009 – 1 W 57/09 113
- Nochmals: Beratungshilfe und „Angelegenheit“
  OLG Brandenburg, Beschl. v. 29.9.2009 – 6 W 76/08 113

Steuerrecht

- Kindergeld: Zeitlicher Regelungsumfang eines Kindergeld-Aufhebungsbescheids
  BFH, Urt. v. 26.11.2009 – III R 87/07 114

Nichteheliche Lebensgemeinschaft/Lebenspartnerschaft

- Ausgleichsansprüche nach nichtehelicher Lebensgemeinschaft
  BGH, Urt. v. 3.2.2010 – XII ZR 53/08 116

Personenstandsrecht

Wiederannahme des Geburtsnamens durch den verwitweten oder geschiedenen Ehegatten unwiderruflich
OLG Frankfurt, Beschl. v. 28.8.2009 – 20 W 87/09 117

Erbrecht

Erbberechtigung vor dem 1.7.1949 nichtehelich geborener Kinder
OLG Stuttgart, Beschl. v. 24.11.2009 – 8 W 462/09 117

Sonstiges

Sozialrechtliche Regelleistungen für minderjährige Kinder
BVerfG, Urt. v. 9.2.2010 – 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09 119

FamRB-Beratungspraxis

Aktuelle Praxisfragen

RiOLG Norbert Heiter, Stuttgart
Das Verfahren in sonstigen Familiensachen nach dem FamFG 121

Notar Dr. Jörn Heinemann, Neumarkt i.d.OPf.
Anordnung und Durchführung eines Informationsgesprächs nach § 135 Abs. 1 FamFG 125

FAFamR und FAErbR Ernst Sarres, Düsseldorf
Das FamFG und die Scheidungsreform – die schleichende Entwertung des Scheidungsverfahrens 129

Beilagenhinweis
Dieser Ausgabe liegen die Beilagen Langenfeld: Testamentsgestaltung sowie Geimer: Internationales Zivilprozessrecht, beide Verlag Dr. Otto Schmidt, bei.
Wir bitten unsere Leser um freundliche Beachtung.

Bearbeiter

Der Familien-Rechts-Berater (FamRB)
Redaktion: Peter Marqua (verantw. Redakteur) · Ursula Beckers-Baader (Redakteurin) · Leticia Seidl (Redaktionsassistentin), Anschrift des Verlags, Tel. 0221/9 37 38-502 (Redaktions-Sekr.) bzw. -499 (Vertrieb/Abonnements verwaltung), Fax 0221/9 37 38-953 (Redaktions-Sekr.) bzw. -943 (Vertrieb/Abonnementsverwaltung), E-Mail: famrb@otto-schmidt.de
Redaktionsbeirat: PräsAG a.D. Helmut Borth, Heilbronn · RiOLG a.D. Werner Gutdeutsch, Ebersberg · RA FAFamR Jörn Hauß, Duisburg · RAin FAFamR Dr. Uta Roessink, Köln
Ständige Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter: RiOLG Volker Bißmaier, Stuttgart · RAin FAFamR FAErbR Notarin Stefanie Brielmaier, Berlin · RAin FAStR Susanne Christ, Köln · RA FAFamR Priv.-Doz. Dr. Peter Finger, Frankfurt a.M. · RA FAFamR Roland Garbe, Lenzen/Brandenburg · DirAG Dr. Michael Giers, Neustadt a. Rbge. · RiOLG Frank Götsche, Brandenburg/Havel · Notar Prof. Dr. Dr. Herbert Grziwotz, Regen · RA FAFamR FAErbR Joachim Heinle, Bonn · RA FAFamR Dr. Walter Kogel, Aachen · RA FAFamR Lambert Krause, Waldshut-Tiengen/Wurmlingen (Tuttlingen) · RAin Gisela Kühner, Hamm · RiOLG Dr. Matthias Locher, Hamm · RiKG Dr. Martin Menne, Berlin · VorsRiOLG Eva Moll-Vogel, Celle · VorsRiOLG Dr. Stefan Motzer, Stuttgart · RA FAFamR Dr. Lothar Müller, Rastatt · Notar Dr. Christof Münch, Kitzingen · RiAG Ralph Neumann, Brühl · RA FAFamR Michael Nickel, Hagen · RA FAErbR Notar Dr. Hubertus Rohlfing, Hamm · RA FAFamR Jochen Schober, Schleswig · RiOLG Mallory Völker, Saarbrücken · Notar Dr. Eckhard Wälzholz, Füssen · RA FAFamR Klaus Weil, Marburg · VorsRiOLG Reinhardt Wever, Bremen · RiAG Andreas Wiegelmann, Köln

Jetzt abonnieren!

Der Familien-Rechts-Berater

Sie wollen regelmäßig vom Know-how des FamRB profitieren? Dann bestellen Sie jetzt Ihr Probe-Abo und Sie erhalten die nächsten **drei Hefte kostenlos!**

Weitere Infos und Bestellung unter Telefon 02 21 / 9 37 38-499
oder **www.otto-schmidt.de/zeitschriften**

Rechtsprechung

Eheliches Güter- und Vermögensrecht

Erlösverteilung in der Teilungsversteigerung bei unterschiedlich belastetem Miteigentum

Bei der Verteilung des Erlösüberschusses aus der Teilungsversteigerung eines Grundstücks ist einer unterschiedlichen Belastung der Miteigentumsanteile Rechnung zu tragen. Der Erlösüberschuss ist auf die einzelnen Miteigentumsanteile nach dem Verhältnis der Werte zu verteilen; ihm wird zuvor der Betrag der Rechte, welche nach § 91 ZVG nicht erlöschen, hinzugerechnet. Auf den einem Grundstücksanteil zufallenden Anteil am Erlös wird sodann der Betrag der Rechte, welche an diesem Grundstücksanteil bestehen bleiben, angerechnet.

BGH, Urt. v. 16.12.2009 – XII R 124/06
(OLG Zweibrücken – 4 U 97/05)
BGB § 753; ZVG §§ 91, 182 Abs. 2
Bestell-Nr.: FE-02943

Das Problem: Den rechtskräftig geschiedenen Eheleuten gehörte ein Haus zu je 1/2. Die Ehefrau betrieb (allein) die Teilungsversteigerung. Auf ihrem Anteil hatte der Ehemann zuvor wegen eines Zugewinnanspruchs eine Sicherungshypothek i.H.v. ca. 80.000 € eintragen lassen. Er blieb Meistbietender. Nach Abzug der Belastungen ergab sich ein Überschuss von ca. 100.000 €. Im Rahmen der Versteigerungsbedingungen war gem. § 182 Abs. 2 ZVG ein Ausgleichsbetrag von 80.000 € berücksichtigt worden. Wem steht der Barüberschuss zu?

Die Entscheidung des Gerichts: Die Aufhebung der Bruchteilsgemeinschaft erfolgt durch Zwangsversteigerung und Teilung des Erlöses (§ 753 Abs. 1 Satz 1 BGB). An die Stelle des Grundstücks tritt der Erlös. Bleiben Grundstücksbelastungen bestehen, gehören sie nicht zu dem bei der Versteigerung realisierten Grundstückswert. Sind Miteigentumsanteile unterschiedlich belastet, muss gem. § 182 Abs. 2 ZVG das geringste Gebot um den Betrag erhöht werden, der erforderlich ist, um diese Mehrbelastung auszugleichen (hier: 80.000 €). Für die Aufteilung des Erlösüberschusses gilt nach §§ 112, 122 ZVG Folgendes: Der Erlösüberschuss ist auf die einzelnen Miteigentumsanteile nach dem Verhältnis ihrer Werte zu verteilen. Der Überschuss wird zuvor dem Betrag der Rechte, welche nach § 91 ZVG *nicht* erlöschen, hinzugerechnet. Dies ist hier die Sicherungshypothek. Diese blieb ja nach den Versteigerungsbedingungen bestehen. Hätte ein *Außenstehender* ersteigert, sähe die Verteilung wie folgt aus:

Barüberschuss	100.000 €
+ Ausgleichsbetrag	80.000 €
	180.000 €

Hiervon stünde der Ehefrau die Hälfte, mithin 90.000 €, dem Ehemann der Rest (10.000 €) als Barbetrag zu. Die weiteren 80.000 € wären dann ja auf dem Grundstück als Belastung und Forderung zu seinen Gunsten geblieben. Die Besonderheit liegt vorliegend darin, dass der *Ehemann* selbst Meistbietender ist. Die der Sicherungshypothek zugrunde liegende Forderung war daher gem. § 53 Abs. 1 ZVG mit dem Rechtserwerb durch den Ehemann erloschen. Nach Sinn und Zweck der Vorschrift ist die Norm auch bei Identität von Gläubiger und Ersteher anzuwenden (so schon BGH v. 4.6.1996 – IX ZR 291/95, BGHZ 133, 53 f. = MDR 1996, 1178 f.). Kraft Gesetzes gilt er mit dem Zuschlag wegen seiner persönlichen Forderung als befriedigt (§§ 319, 415 Abs. 3 BGB analog). In diesem besonderen Fall ist die Erlösverteilung demnach wie folgt:

Erlösüberschuss	100.000 €
+ Zwangshypothek	80.000 €
	180.000 €
: 2	90.000 €
abzgl. der auf dem Anteil der Ehefrau lastenden und erloschenen Hypothek	– 80.000 €
	10.000 €

Dieser Betrag steht der Ehefrau, der Restbetrag von 90.000 € dem Ehemann zu.

Konsequenzen für die Praxis: Einer der Gründe für die Kompliziertheit dieser Entscheidung liegt in der Berechnung des geringsten Gebots. Da vorliegend nur einer der Eheleute die Versteigerung betrieb – und zwar derjenige, dessen Anteil *höher* belastet war! –, musste das geringste Gebot allein nach *seinem* Anteil bestimmt werden. Die Ausgleichsverpflichtung gem. § 182 Abs. 2 ZVG kam als bar zu zahlender Teil hinzu. Wäre hingegen der Ehemann beigetreten, hätte sich nach der überwiegend vertretenen Niedrigstgebottheorie das geringste Gebot nach seinem (nicht belasteten) Anteil gerichtet. Die Sicherungshypothek auf dem Anteil der Ehefrau wäre insoweit ohne Bedeutung gewesen. Andererseits wäre der bar zu zahlende Betrag dann natürlich entsprechend höher ausgefallen (vgl. zur gesamten Problematik *Kogel*, Angriffs- und Verteidigungsstrategien bei der Teilungsversteigerung des Familienheims, 2. Aufl., S. 24 ff.). Schon um solche Komplikationen zu vermeiden, ist der Beitritt in der Teilungsversteigerung ein *Muss* für jeden Miteigentümer.

Beraterhinweis: Noch komplizierter sind die Fälle gelagert, bei denen die Miteigentümer unterschiedlich hohe Anteile besitzen. Die ungleichen Bruchteile müssen dann zunächst erst auf einen gleichen „Nenner" gebracht werden. Die Belastung wird entsprechend hochgerechnet (vgl. hierzu die Berechnungsbeispiele bei *Kogel*, Angriffs- und Verteidigungsstrategien bei der Teilungsversteigerung des Familienheims, 2. Aufl., S. 23 f.). ◁

RA Dr. Walter Kogel, FAFamR, Aachen

Zu dem weiteren in der Entscheidung angesprochenen Aspekt der Erlösverteilung in der Teilungsversteigerung bei einer Gesamthypothek mit unterschiedlicher Haftung im Innenverhältnis s. nachstehend.

Verteilung des Teilungsversteigerungserlöses bei Gesamthypothek mit unterschiedl. Haftung im Innenverhältnis

Ist an den Miteigentumsanteilen eine Gesamthypothek bestellt, erwirbt der zahlende Miteigentümer in Höhe der Tilgungen eine Eigentümergrundschuld, sofern er im Innenverhältnis keinen Ersatz dieser Tilgungsleistung verlangen kann. Sie lastet allein auf seinem Miteigentumsanteil. Die Hypothek auf dem Anteil des anderen Miteigentümers erlischt. Ist in einem solchen Fall bei der Teilungsversteigerung entgegen § 182 Abs. 2 ZVG der zur Ausgleichung unterschiedlicher Belastungen der Anteile erforderliche Betrag nicht im geringsten Gebot berücksichtigt worden, so kann die unterschiedliche Belastung noch in dem Rechtsstreit um die Verteilung des Erlöses ausgeglichen werden.

BGH, Urt. v. 16.12.2009 – XII R 124/06
(OLG Zweibrücken – 4 U 97/05)
BGB §§ 1173, 1177 Abs. 1; ZVG §§ 182, 426 Abs. 1, 753
Bestell-Nr.: FE-02943

Das Problem: Den rechtskräftig geschiedenen Eheleuten gehörte ein Haus zu je 1/2. Die Ehefrau betrieb (allein) die Teilungsversteigerung. Auf ihrem Anteil hatte der Ehemann zuvor wegen eines Zugewinnanspruchs eine Sicherungshypothek i.H.v. ca. 80.000 € eintragen lassen. Auf beiden Miteigentumsanteilen war ursprünglich zusätzlich eine Gesamthypothek zugunsten eines Kreditinstituts bestellt. Diese Belastung valutierte nur noch teilweise. Ca. 30.000 € waren allein durch den Ehemann getilgt worden. Aufgrund einer internen Vereinbarung unter den Parteien musste der Ehemann diesen Kredit allein tragen. Im Gegenzug hatte seine Ehefrau auf Unterhalt verzichtet. Ist dieser Gesichtspunkt überhaupt und wenn ja in welcher Form bei der Verteilung des Barerlöses zu berücksichtigen, wenn der Ehemann Meistbietender blieb?

Die Entscheidung des Gerichts: Die von beiden Parteien als Miteigentümer bestellte Hypothek ist nach Ansicht des Senats wie eine Gesamthypothek an mehreren Grundstücken zu behandeln. Es gilt damit vor allem § 1173 Abs. 1 BGB. Sofern der zahlende Miteigentümer *allein* aufgrund einer internen Absprache die Schuld zu tragen hat, wird die Hypothek an seinem Miteigentumsanteil als Eigentümergrundschuld erworben. Gleichzeitig erlischt die Hypothek am anderen Miteigentumsanteil. Im Rahmen der Festsetzung des geringsten Gebots wurde allerdings fälschlicherweise davon ausgegangen, dass die Hypothek auf *beiden* Miteigentumsanteilen bestehen blieb. Ein Ausgleichsbetrag gem. § 182 Abs. 2 ZVG war deswegen nach den Versteigerungsbedingungen nicht vorgesehen. Nach Ansicht des Senats kann dieser Mangel aber auch noch bei der späteren Erlösverteilung berücksichtigt werden. An die Stelle der gemeinschaftlichen Sache ist der Erlös getreten. Dessen Aufteilung erfolgt nach dem Verhältnis, in dem die Miteigentümer untereinander berechtigt waren. Hierbei ist die unterschiedliche Höhe von Belastungen auszugleichen, sofern eine Berücksichtigung im geringsten Gebot unterblieben ist (so auch schon BGH, Urt. v. 11.4.1990 – XII ZR 69/88, FamRZ 1990, 975 [977]). Die Aufteilung des Erlöses sieht also wie folgt aus:

Erlösüberschuss	100.000 €
+ Sicherungshypothek	80.000 €
+ Eigentümergrundschuld	30.000 €
	210.000 €
: 2 =	105.000 €
abzgl. Zwangshypothek auf	
Anteil der Ehefrau	- 80.000 €
Anspruch Ehefrau	25.000 €

Konsequenzen für die Praxis: Im Regelfall stellt sich diese Problematik nicht, da i.d.R. Verbindlichkeiten von beiden Miteigentümern gem. § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB zu gleichen Anteilen ausgeglichen werden müssen. Sofern allerdings eine alleinige Haftung eines Miteigentümers im Innenverhältnis in Betracht kommt, sollte vorsorglich gem. § 182 Abs. 2 ZVG eine Anmeldung zum Termin erfolgen.

Beraterhinweis: Diese Entscheidung betrifft eine Zahlung auf eine Hypothek mit einer entsprechenden Eigentümergrundschuld. Bei Grundschulden kann dies Problem nicht auftreten. Schon nach den AGB der Kreditinstitute wird nur auf die Forderung und nicht auf die Grundschuld gezahlt. In derartigen Fällen kann eine Ausgleichung nicht über eine Zahlung verlangt werden. Vielmehr müssen Teileigentümergrundschuldbriefe gebildet werden. Erst aus diesen kann die Vollstreckung bzw. Befriedigung gesucht werden (vgl. zu dieser komplizierten Abrechnungsmethode BGH v. 13.1.1993 – XII ZR 212/90, FamRZ 1993, 676; *Kogel*, Angriffs- und Verteidigungsstrategien bei der Teilungsversteigerung des Familienheims, 2. Aufl., S. 35 f.). ◁

RA Dr. Walter Kogel, FAFamR, Aachen

Zu dem weiteren in der Entscheidung angesprochenen Aspekt der Erlösverteilung in der Teilungsversteigerung bei unterschiedlich belasteten Miteigentumsanteilen s. vorstehend.

Ehescheidung

Streit um Hund auch künftig Familiensache

Streiten sich getrennt lebende Eheleute um einen Hund und macht der Antragsgegner geltend, dass es sich um Hausrat handele, so ist das Familiengericht zuständig.

OLG Celle, Beschl. v. 11.8.2009 – 17 AR 8/09
(AG Neustadt a. Rbge. – 32 F 169/09)
BGB § 985; HausratVO § 18 Abs. 1; ZPO § 281
Bestell-Nr.: FE-02853

Das Problem: Nach der Trennung der Eheleute wollte die Antragstellerin ihren Hund wiederhaben. Sie klagte deshalb im Zivilverfahren auf Herausgabe des Hundes gegen ihren Ehemann. Dieser machte geltend, dass es sich bei dem Hund um einen noch nicht verteilten Gegenstand des gemeinsamen Hausrats handele. Daraufhin erklärte sich die Zivilabteilung des Amtsgerichts für unzuständig und verwies die Sache an das Familiengericht. Dieses hielt sich seinerseits für unzuständig.

Die Entscheidung des Gerichts: Auf die Vorlage im Zuständigkeitsstreit erklärte der (*Familien*-)Senat das Familiengericht für zuständig. Die Abgabe der Sache an das Familiengericht sei bindend, weil sie nicht willkürlich sei, da es möglich ist, dass das Verfahren einen Hausratsgegenstand betreffen könne. Denn der Beklagte mache ausdrücklich geltend, dass es sich bei dem Hund um einen Hausratsgegenstand handele.

Konsequenzen für die Praxis: Wird die Frage, ob Haustiere zum Hausrat gehören, bejaht, so war es konsequent, das Verfahren auf den entsprechenden Einwand des Beklagten an das Familiengericht abzugeben. Denn der frühere § 18 Abs. 1 HausratVO verpflichtete das Prozessgericht, die Sache an das zuständige Familiengericht abzugeben, wenn ein Beteiligter im Rechtsstreit Ansprüche hinsichtlich des Hausrats geltend machte. Seit dem 1.9.2009 darf jedoch gegrübelt werden, ob Haustiere überhaupt Haushalts*gegenstände* i.S.d. §§ 1361a, 1568b BGB sein können. Denn Tiere sind keine Sachen, § 90a Satz 1 BGB. Sie werden aber rechtlich grundsätzlich nach den Vorschriften über Sachen behandelt, § 90a Satz 3 BGB. Haustiere sollten also weiterhin zumindest wie Haushaltsgegenstände behandelt werden, es sei denn, es kann festgestellt werden, dass sie einem Ehegatten (oder einem Kind, vgl. Bork/Jacoby/*Schwab*, § 200 FamFG Rz. 38 a.E.) allein zugewendet sind.

Beraterhinweis: Es bleibt die Frage der Zuständigkeit des Familiengerichts für den Streit um das Haustier. Diese lässt sich nicht mehr mit § 18 HausratVO beantworten, da es diese Vorschrift nicht mehr gibt. Sie ordnete an, dass ein Verfahren an das Familiengericht abzugeben war, wenn ein Beteiligter bezüglich des Streitgegenstands Ansprüche nach der HausratVO geltend machte, also ggf. auch (eigentlich regelwidrig) der Antragsgegner. Grundlage der Entscheidung über die Zulässigkeit des Rechtswegs ist künftig wieder allein der (schlüssige) Sachvortrag des antrag*stellenden* Beteiligten, ohne Rücksicht auf eventuelle Einwendungen des Antragsgegners (vgl. Zöller/*Lückemann*, 28. Aufl., § 13 GVG Rz. 54). Hier hatte sich die Antragstellerin für ihren Herausgabeanspruch auf ihr Eigentum (§ 985 BGB) berufen. Dies ist ein normaler zivilrechtlicher Anspruch. Lediglich der Umstand, dass sie als Ehefrau von dem Antragsgegner getrennt lebt, macht das von ihr betriebene Verfahren jetzt zu einer Familiensache, und zwar zu einer sonstigen Familiensache nach § 266 Abs. 1 Nr. 3 FamFG, die als Familienstreitsache (§ 112 Nr. 3 FamFG) nach den Regeln der ZPO (§ 113 FamFG) durchzuführen ist. ◁

RiAG Ralph Neumann, Brühl

Unterhaltsrecht

Mindestbedarf bei der Betreuung eines nichtehelichen Kindes

Beim Betreuungsunterhalt nach § 1615*l* BGB bestimmt sich der Bedarf des Berechtigten nach seiner Lebensstellung bei der Geburt des betreuten Kindes, mindestens jedoch nach der Höhe des Existenzminimums (770 €).

BGH, Urt. v. 13.1.2010 – XII ZR 123/08
(OLG Köln – 25 UF 4/08)
BGB § 1615*l*
Bestell-Nr.: FE-02948

Das Problem: Die Klägerin ist verwitwet und lebte nach dem Tod ihres Ehemannes von 1997 bis 2004 in nichtehelicher Lebensgemeinschaft mit dem Beklagten zusammen. Aus der Verbindung ist im Jahr 2000 ein Kind hervorgegangen, für dessen Betreuung die Klägerin Unterhalt nach § 1615*l* BGB für die Zeit ab April 2004 beansprucht. Die Klägerin bezieht wegen der Erziehung eines aus ihrer Ehe hervorgegangenen Kindes eine Erziehungsrente von (mindestens) 709 € und hatte bei der Geburt des Kindes der Parteien keine weiteren Einkünfte.

Die Entscheidung des Gerichts: Die Instanzgerichte haben die Unterhaltsklage abgewiesen. Diese Entscheidung hat der BGH auf die Revision der Klägerin bestätigt.

Für den Bedarf der Klägerin sei ausschlaggebend, wie sich deren wirtschaftlichen Verhältnisse bis zur Geburt des gemeinsamen Kindes entwickelt hätten (§ 1615*l* Abs. 1 i.V.m. § 1610 Abs. 1 BGB). Das Existenzminimum, das in Höhe des notwendigen Selbstbehalts eines nicht erwerbstätigen Unterhaltspflichtigen (zzt. 770 €) pauschaliert werden könne, bilde jedoch die Untergrenze für den Bedarf. Von diesem Mindestbedarf sei bei der Klägerin auszugehen, da das OLG einen höheren Bedarf nicht festgestellt habe.

Der Bedarf sei i.H.v. 709 € durch die Erziehungsrente der Klägerin gedeckt. Die Differenz (höchstens 770 € ./.

709 € = 61 €) könne die Klägerin durch eine ihr zumutbare eigene Erwerbstätigkeit decken.

Konsequenzen für die Praxis: Der BGH festigt seine Rechtsprechung zur Bedarfsbemessung im Rahmen des § 1615*l* BGB.

Der Bedarf richtet sich allein nach der tatsächlichen Lebensstellung (§ 1610 Abs. 1 BGB) des kinderbetreuenden Elternteils. Die Höhe der Einkünfte des anderen Elternteils ist auch im Fall eines (früheren) Zusammenlebens nicht bedarfsprägend. Soweit der besser verdienende Partner durch Leistungen im Rahmen einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft den Lebensstandard des anderen Partners hebt, wird dies rechtlich nicht geschuldet und kann deshalb auch eine rechtlich gesicherte Lebensstellung des anderen Partners (i.S.d. § 1610 Abs. 1 BGB) nicht begründen (vgl. hierzu eingehend BGH v. 16.12.2009 – XII ZR 50/08, FamRZ 2010, 357 m. Anm. *Maier* = FamRB 2010, 69).

„Unterste Schwelle" für den Bedarf ist das (in Höhe des notwendigen Selbstbehalts für nicht Erwerbstätige – zzt. 770 € – pauschalierbare) Existenzminimum, weil ein unter dem Existenzminimum angesetzter Bedarf die im Einzelfall notwendige persönliche Kindesbetreuung nicht sichern würde.

Beraterhinweis: Für die Höhe des Bedarfs ist nicht die Lebensstellung, die der kinderbetreuende Elternteil ohne die Geburt des Kindes erreicht hätte, sondern nur die Lebensstellung, die dieser zum Zeitpunkt der Geburt tatsächlich erreicht hatte, maßgeblich. Die durch die Geburt verursachten Nachteile in der beruflichen Entwicklung werden somit – anders als beim nachehelichen Unterhalt – nicht ausgeglichen.

Die Sicherung des Existenzminimums (als Untergrenze des Bedarfs) durch den Unterhaltspflichtigen kann nur verlangt werden, solange eine Unterhaltsberechtigung nach § 1615*l* Abs. 2 Satz 2 BGB dem Grunde nach noch besteht, also den kinderbetreuenden Elternteil noch keine vollschichtige Erwerbsobliegenheit trifft. Ein bereits vollschichtig erwerbspflichtiger Elternteil ist bereits dem Grunde nicht mehr unterhaltsberechtigt, auch wenn er – beispielsweise bei einer Tätigkeit im Niedriglohnsektor – ein das Existenzminimum übersteigendes Einkommen nicht erzielen kann,

Das Existenzminimum ist als Untergrenze des Unterhaltsbedarfs jedenfalls für den Unterhalt nach § 1615*l* BGB, den nachehelichen Betreuungsunterhalt nach § 1570 BGB und den Trennungsunterhalt wegen der Betreuung eines Kindes zu beachten. Ob der BGH seine Rechtsprechung zum Mindestselbstbehalt auch auf andere nachehelichen Unterhaltstatbestände ausweiten wird (was den Spielraum für Befristungen und Herabsetzungen nach § 1578b BGB erheblich einengen würde), ist zurzeit noch unklar.

„Nach oben" ist die Höhe des Unterhaltsanspruchs nach § 1615*l* BGB durch die Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen begrenzt. Dieser kann dem Berechtigten einen Selbstbehalt von 1.000 € entgegenhalten. Zudem muss ihm aufgrund des Halbteilungsgrundsatzes die Hälfte des Gesamteinkommens beider Parteien verbleiben (BGH v. 15.12.2004 – XII ZR 121/03, FamRB 2005, 97 = FamRZ 2005, 442 f.). ◁

RiOLG Andreas Wagner, Düsseldorf

Zu dem weiteren in der Entscheidung angesprochenen Aspekt der Verlängerung des Betreuungsunterhalts nach § 1615*l* BGB über das dritte Lebensjahr des Kindes hinaus s. nachstehend.

Verlängerung des Anspruchs auf Betreuungsunterhalt nach § 1615*l* BGB

Betreuungsunterhalt nach § 1615*l* Abs. 2 BGB kann aus kindbezogenen oder elternbezogenen Gründen über das dritte Lebensjahr des Kindes hinaus verlängert werden. Gründe, die für eine Verlängerung der Unterhaltsdauer sprechen, sind vom Berechtigten vorzutragen.

BGH, Urt. v. 13.1.2010 – XII ZR 123/08
(OLG Köln – 25 UF 4/08)
BGB § 1615*l*
Bestell-Nr.: FE-02948

Das Problem: Die Parteien haben von 1997 bis 2004 in nichtehelicher Lebensgemeinschaft zusammengelebt. Aus der Verbindung ist im Jahr 2000 ein Kind hervorgegangen, für dessen Betreuung die Klägerin Unterhalt nach § 1615*l* BGB für die Zeit ab April 2004 beansprucht. Die Klägerin, die § 1615*l* BGB (in seiner Fassung vor und nach der Unterhaltsrechtsreform) für verfassungswidrig hält, hat bewusst darauf verzichtet, Gründe für eine Verlängerung der Unterhaltsdauer über den gesetzlich vorgesehenen Basiszeitraum von drei Jahren hinaus vorzutragen.

Die Entscheidung des Gerichts: Die Instanzgerichte haben die Unterhaltsklage abgewiesen. Diese Entscheidung hat der BGH auf die Revision der Klägerin bestätigt.

Nach Ansicht des BGH bleibt für Unterhaltsansprüche vor dem 1.1.2008 die alte Fassung des § 1615*l* BGB anwendbar. Das BVerfG habe die frühere Regelung des § 1615*l* Abs. 2 BGB allein gem. Art. 6 Abs. 5 GG wegen gleichheitswidriger Behandlung des nachehelichen Betreuungsunterhalts mit dem Unterhalt wegen Betreuung eines nichtehelich geborenen Kindes für verfassungswidrig erklärt, aber ausdrücklich erklärt, dass sie bis zur Beseitigung dieses verfassungswidrigen Zustands hinzunehmen sei (BVerfG v. 28.2.2007 – 1 BvL 9/04, FamRB 2007, 226 = FamRZ 2007, 965). Die zeitliche Begrenzung des Unterhaltsanspruchs auf i.d.R. drei Jahre sei zudem vom BVerfG nicht beanstandet worden.

Die Klägerin trage die Darlegungs- und Beweislast für die Voraussetzungen einer Verlängerung des Betreuungsunterhalts, habe aber kind- oder elternbezogene Gründe nicht vorgetragen. Verlängerungsgründe seien deshalb nur zu berücksichtigen, soweit sie auf der Grundlage des festgestellten Sachverhalts auf der Hand lägen. Nach dem festgestellten Sachverhalt habe die Klägerin mit dem Beklagten und dem gemeinsamen Kind dreieinhalb Jahre als Familie zusammengelebt, wodurch ein Vertrauen der Klägerin begründet worden sei. Im Ergebnis treffe die Klägerin eine Erwerbsobliegenheit, die im streitbe-

fangenen Zeitraum jedenfalls deutlich über eine halbschichtige Erwerbstätigkeit hinausgehe.
Mit einer Erwerbstätigkeit in diesem Umfang und ihren weiteren Einkünften (einer Erziehungsrente) könne die Klägerin ihren Bedarf decken.

Konsequenzen für die Praxis: Die Entscheidung macht deutlich, dass bei der gerichtlichen Geltendmachung eines Anspruchs auf Betreuungsunterhalt für die Betreuung eines über drei Jahre alten Kindes dem Vortrag des Berechtigten zu den Gründen für eine Verlängerung des Unterhaltsanspruchs über die Basisdauer von drei Jahren hinaus eine große Bedeutung zukommt.
Der BGH hat zwischenzeitlich durch zahlreiche Entscheidungen klargestellt, dass der Anspruchsteller (sowohl im Rahmen des § 1570 BGB als auch im Rahmen des § 1615*l* BGB) konkret Umstände vortragen muss, die die Aufnahme einer vollschichtigen Erwerbstätigkeit neben der Betreuung des Kindes unbillig erscheinen lassen (kindbezogene Gründe). Neben den kindbezogenen Gründen können auch elternbezogene Gründe für eine Verlängerung der Unterhaltsdauer sprechen, was der BGH für die bis zum 31.12.2007 geltenden Fassung des § 1615*l* BGB bereits entschieden hatte (BGH v. 5.7.2006 – XII ZR 11/04, FamRB 2006, 294 = FamRZ 2006, 1362 f.), und nun erwartungsgemäß für die aktuelle Fassung des § 1615*l* BGB bestätigt.

Beraterhinweis: Im Rahmen der kindbezogenen Gründe sind alle Umstände, die den konkreten Betreuungsbedarf des Kindes und die Vereinbarkeit der Betreuung mit der Erwerbstätigkeit des Unterhaltsberechtigten beschreiben, von Bedeutung. Vorzutragen ist insbesondere zu den Zeiten, in denen eine Fremdbetreuung des Kindes in der Schule bzw. im Kindergarten oder durch Dritte möglich und zumutbar ist, zu den Arbeitszeiten der betreuenden Person einschließlich der Fahrzeiten sowie zu den Betreuungsleistungen, die nach Feierabend für das Kind noch erbracht werden müssen (z.B. Hausaufgabenbetreuung etc.).
Elternbezogene Gründe für eine Verlängerung können vorliegen, wenn der Unterhaltspflichtige ggü. dem Unterhaltsberechtigten einen besonderen Vertrauenstatbestand geschaffen hat, z.B. durch die Zeugung des Kindes in der Erwartung eines dauernden Zusammenlebens und/oder das tatsächliche Zusammenleben mit dem Kind über einen längeren Zeitraum und die anspruchstellende Person aufgrund der (geplanten oder tatsächlich praktizierten) Aufgabenverteilung in der nichtehelichen Lebensgemeinschaft darauf vertrauen durfte, neben der Betreuung des Kindes länger als bis zum dritten Lebensjahr keiner vollschichtigen Erwerbstätigkeit nachgehen zu müssen.
Das Zusammenleben bis zur Geburt des Kindes begründet allein jedoch keinen Vertrauenstatbestand. ◁

RiOLG Andreas Wagner, Düsseldorf

Zu dem weiteren in der Entscheidung angesprochenen Aspekt des Mindestbedarfs bei der Betreuung eines nichtehelichen Kindes s. vorstehend.

Abänderbarkeit eines Unterhaltstitels nach § 36 Nr. 1 EGZPO

Bezieht ein Unterhaltsberechtigter seit vielen Jahren nachehelichen Unterhalt aufgrund eines Urteils, das in zwei Abänderungsverfahren auch in der Rechtsmittelinstanz unverändert blieb, ist das Vertrauen in den Bestand der Unterhaltsfestsetzung vor allem dann zu schützen, wenn der Unterhaltsberechtigte wegen des Bezugs einer Altersrente keine Möglichkeit mehr hat, den Wegfall des Unterhalts durch eigene Erwerbstätigkeit auszugleichen, und ohne den Bezug der Unterhaltsleistung das Existenzminimum des Unterhaltsberechtigten gefährdet wäre.

AG Pankow/Weißensee, Urt. v. 4.1.2010 – 27 F 2616/09, n.rkr.
EGZPO § 36 Nr. 1; FGG-RG Art. 111 Abs. 1; ZPO § 323 a.F.
Bestell-Nr.: FE-02928

Das Problem: Die Ehefrau bezieht seit 1981 Unterhalt von ihrem geschiedenen Ehemann. Dieser begehrte zweimal ohne Erfolg die Abänderung des Titels. Nach Inkrafttreten des UÄndG 2007 zum 1.1.2008 verlangt der geschiedene Ehemann, der erneut verheiratet ist und eine Rente von etwa 1.800 € bezieht, die Aufhebung seiner Unterhaltspflicht mit der Begründung, er leiste seit 29 Jahren Unterhalt, obwohl die Ehe bis zur Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags weniger als 10 Jahre gedauert habe. Im Hinblick auf die langjährige wirtschaftliche Belastung des Ehemanns stellt sich deshalb die Frage, ob der Schutz des Vertrauens der geschiedenen Ehefrau in den Bestand der Unterhaltsfestsetzung stärker zu gewichten ist als der durch das UÄndG 2007 gestärkte Grundsatz der Eigenverantwortung zu Lasten des Unterhaltsberechtigten, der nur in Ausnahmefällen eine dauerhafte Unterhaltspflicht zulässt.

Die Entscheidung des Gerichts: Das AG hat – unter Einbeziehung der rechtspolitischen Diskussion im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages zur Bestandskraft von vor Inkrafttreten des UÄndG 2007 am 1.1.2008 festgesetzten Unterhaltsansprüchen – in einer sorgfältig begründeten Entscheidung die Voraussetzungen des Vertrauensschutzes zugunsten eines unterhaltsberechtigten Ehegatten dargelegt und gelangt – in Übereinstimmung mit weiterer Rechtsprechung (OLG Celle FamRZ 2009, 530; OLG Köln NJW-RR 2009, 3169; OLG Hamm v. 5.2.2008 – 1 WF 22/08, FamRZ 2008, 1000) sowie der Literatur (u.a. Wendl/*Schmitz*, Das Unterhaltsrecht in der familiengerichtlichen Praxis, § 10 Rz. 176 c; *Menne*, FamRB 2008, 180 [182]) – zum Ergebnis, dass das Vertrauen des Unterhaltsberechtigten in den Bestand einer Unterhaltsfestsetzung vor allem in solchen Fällen besonders schutzwürdig erscheint, in denen keine Möglichkeit mehr besteht, die wirtschaftlichen Nachteile zumindest teilweise wieder aufzufangen, die durch die Änderung der Unterhaltsfestsetzung eintreten. Das Familiengericht stützt dies im konkreten Fall auf den Umstand, dass Unterhalt mehr als 28 Jahre in gleicher

Höhe bezogen wurde und in den vom Unterhaltspflichtigen eingeleiteten Abänderungsverfahren jeweils in 2. Instanz nicht abgeändert worden ist. Weiter weist das Familiengericht darauf hin, dass die Unterhaltsberechtigte aufgrund einer Erkrankung seit langer Zeit eine Rente der gesetzlichen Rentenversicherung bezieht, die inzwischen als Rente wegen Alters gewährt wird, so dass sie keine Möglichkeit mehr hat, durch die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit oder sonstiges eigenes Handeln den Verlust der Unterhaltsleistung auszugleichen. Das Familiengericht vergleicht ferner die beiderseitigen Einkommensverhältnisse und berücksichtigt, dass der Unterhaltspflichtige trotz der Unterhaltsleistung über ein Einkommen verfügt, das über dem angemessenen Selbstbehalt liegt, während der Unterhaltsberechtigten bei Wegfall des Unterhalts kaum mehr als das Existenzminimum verbliebe.

Konsequenzen für die Praxis: Die Entscheidung stützt sich auf eine in Literatur und Rechtsprechung weitgehend gesicherte Rechtsmeinung. Sie arbeitet die entscheidenden Kriterien der Zumutbarkeitsprüfung nach § 36 Nr. 1 EGZPO, die für die anwaltliche und die familiengerichtliche Praxis bedeutsam sind, klar und eindeutig heraus und kann deshalb als „Anleitung" für das verfahrensmäßige Vorgehen in solchen Fällen herangezogen werden.

Beraterhinweis: Soll eine vor dem 1.1.2008 geschaffene Unterhaltsfestsetzung (Urteil, Prozessvergleich nach § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO, Anwaltsvergleich i.S.d. § 796a ZPO, Urkunde nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO, Unterhaltsvereinbarung) abgeändert werden, sind die Grundlagen der früheren Festsetzung festzustellen und hierbei die Lebensbiografie der geschiedenen Ehegatten sowie deren aktuelle wirtschaftliche Lage zu klären. All diese Umstände sind entsprechend den Grundsätzen des Vertrauensschutzes zugunsten des Unterhaltsberechtigten einerseits sowie der nachehelichen Eigenverantwortung zugunsten des Unterhaltspflichtigen andererseits zu bewerten. ◁

PräsAG a.D. Helmut Borth, Heilbronn

Das Urteil ist nicht rechtskräftig. Das Aktenzeichen des KG lautet: 16 UF 24/10.

Verbindlichkeiten beim Kindesunterhalt

Liegen die Voraussetzungen vor, unter denen beim Ehegattenunterhalt Tilgungsleistungen auf ein Hausdarlehen nicht mehr einkommensmindernd zu berücksichtigen wären, so gilt dies grundsätzlich auch für den Kindesunterhalt.

OLG Saarbrücken, Beschl. v. 17.12.2009 – 6 WF 123/09 (AG Saarbrücken – 39 F 9/09)
BGB §§ 1601 ff., 1610
Bestell-Nr.: FE-02976

Das Problem: Für die Bemessung des Kindesunterhalts hatte das Familiengericht den gesamten Finanzierungsaufwand für ein Wohnhaus abgezogen, sowohl die Zinsals auch die Tilgungsleistungen. Das wird mit der sofortigen Beschwerde gerügt.

Die Entscheidung des Gerichts: Das OLG tritt dem familiengerichtlichen Ansatz entgegen. Die Eltern hätten Gütertrennung vereinbart und Regelungen für den Fall der – inzwischen beantragten – Scheidung getroffen. In einem solchen Fall könnten Tilgungsleistungen nicht mehr in Ansatz gebracht werden, soweit sie nicht als zusätzliche Altersversorgung von bis zu 4 % des Bruttoeinkommens zu berücksichtigen seien. Denn durch die Tilgung betreibe der Unterhaltsverpflichtete Vermögensbildung, an welcher der Ehegatte nun nicht mehr teilhabe und somit eine Unterhaltskürzung nicht hinzunehmen brauche. Hinsichtlich des Kindesunterhalts bestehe kein Anlass, hiervon abzuweichen. Denn minderjährige Kinder leiteten ihre Lebensstellung von derjenigen der unterhaltspflichtigen Eltern ab. Im vorliegenden Fall sei die Lebensstellung des Vaters dadurch gekennzeichnet, dass er zu seinem eigenen Vorteil Vermögen bilde. Zudem gelte, dass der Unterhaltspflichtige gehalten sei, sein Vermögen so ertragreich als möglich zu nutzen. Dazu gehöre gegebenenfalls die Verwertung der früheren Ehewohnung. Abgesehen von der unterhaltsrechtlich beachtlichen Altersvorsorge könnten Darlehensraten deshalb nur mit dem Zinsanteil berücksichtigt werden.

Konsequenzen für die Praxis: Es geht um die Berücksichtigung von Verbindlichkeiten. Soweit hierdurch die Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners tangiert ist, stellt der BGH zunächst einmal auf eine umfassende Interessenabwägung ab (BGH v. 6.2.2002 – XII ZR 20/00, FamRZ 2002, 536 [541] = FamRB 2002, 132). Soweit sich das OLG auf eine möglichst ertragreiche Verwertung von Vermögen bezieht, trifft das grundsätzlich zu. Allerdings hat der BGH eine Obliegenheit zur Vermögensumschichtung von einer unwirtschaftlichen Handhabung abhängig gemacht (BGH v. 1.10.2008 – XII ZR 62/07, FamRZ 2009, 23 = FamRB 2009, 35). Das führt zu der weiteren Frage, ob nach der Vermögensverwertung überhaupt noch etwas bleibt – außer Schulden. Richtig ist, dass die 4 %-Grenze für zusätzliche Altersversorgung auch gegenüber Kindern eingreift (BGH v. 11.5.2005 – XII ZR 211/02, FamRZ 2005, 1817 [1821] = FamRB 2005, 353). Die 4 %-Grenze gilt auch für die Tilgung von Immobiliendarlehen, wenn die Anschaffung von Wohneigentum zugleich der Altersversorgung dient.

Beraterhinweis: Für Kinder stellen weder die Zustellung des Scheidungsantrags noch die nachfolgende Scheidung eine unterhaltsrechtlich beachtliche Zäsur dar; für die Frage „angemessener oder objektiver" Wohnvorteil (vgl. BGH v. 5.3.2008 – XII ZR 22/06, FamRZ 2008, 963 = FamRB 2008, 168) gilt im Prinzip nichts anderes. Das kommt vor allem dann zum Tragen, wenn es in ein und demselben Fall um Ehegatten- sowie Kindesunterhalt geht. Folgt man dem OLG, so können Verbindlichkeiten mit einheitlichen Beträgen sogleich vor der Bemessung des (vorab abzuziehenden) Kindesunterhalts eingestellt werden. Um das Problem zu umgehen, behilft sich die Praxis oftmals damit, die Positionen „Wohnvorteil und Finanzierungslasten" doch erst beim Ehegattenunterhalt zu berücksichtigen. Die Gefahr, dass wegen der

genannten Positionen zu hoher oder zu geringer Kindesunterhalt vorab abgezogen ist, ist dann bereits gebannt. Anderenfalls muss spätestens im Rahmen der abschließenden Angemessenheitskontrolle untersucht werden, ob ein Missverhältnis zwischen Ehegatten- und Kindesunterhalt besteht. ◁

RiOLG Volker Bißmaier, Stuttgart

Präklusion der Befristung des Aufstockungsunterhalts

Befristungsverlangen aufgrund des Fehlens ehebedingter Nachteile beim Berechtigten, die einen Anspruch auf Aufstockungsunterhalt betreffen, sind bei kinderloser Ehe regelmäßig präkludiert, wenn der Titel nach Veröffentlichung des BGH-Urteils vom 12.4.2006 errichtet wurde. Sofern allerdings aus der Ehe Kinder hervorgegangen sind, ist dies bis zur Veröffentlichung des BGH-Urteils vom 28.2.2007 anders zu beurteilen.

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 16.12.2009 – II-8 WF 185/09
(AG Mülheim/Ruhr – 24 F 452/09)
BGB §§ 1573 Abs. 2, 1578b
Bestell-Nr.: FE-02951

Das Problem: Der geschiedene Ehemann forderte mit Rücksicht auf die Unterhaltsrechtsreform die Befristung seiner Aufstockungsunterhaltsverpflichtung gegenüber seiner geschiedenen Ehefrau bis zum 31.12.2008. Die Parteien hatten 1976 geheiratet, aus der Ehe sind Kinder hervorgegangen. Die Trennung erfolgte im Jahr 2004, anlässlich der Scheidung am 25.1.2007 wurde ein nachehelicher unbefristeter Ehegattenaufstockungsunterhalt zugunsten der Ehefrau i.H.v. 450 € durch gerichtlich protokollierten Vergleich vereinbart.

Die Entscheidung des Gerichts: Das OLG hob den die Prozesskostenhilfe versagenden Beschluss des AG zugunsten des Ehemannes auf. Er müsse im Hauptsacheverfahren klären können, ob und inwieweit eine Begrenzung oder Befristung des Unterhaltsanspruchs der Billigkeit entspreche. Mit seinem Abänderungsbegehren sei der Ehemann jedenfalls nicht präkludiert, weil erkennbare Möglichkeiten der Befristung des Unterhaltsanspruchs der Antragsgegnerin erst durch die Änderung der Rechtsprechung des BGH nach dem Vertragsschluss und die Gesetzesänderung zum 1.1.2008 eröffnet wurden. Erstmals habe der BGH mit seinem Urteil v. 28.2.2007 – XII ZR 37/05, FamRZ 2007, 793 = FamRB 2007, 162 nach dem Vergleichsabschluss zwischen den Parteien die Befristung eines Unterhaltsanspruchs gebilligt, obwohl die Unterhaltsberechtigte gemeinsame Kinder betreut hatte. Bis dahin habe keine realistische Möglichkeit einer derartigen Befristung bestanden.

Konsequenzen für die Praxis: Auch für Abänderungsverlangen, die Aufstockungsunterhaltstitel vor dem 1.1.2008 betreffen, muss die Frage der Präklusion kritisch geprüft werden. Bereits das alte Recht ermöglichte die Begrenzung und Befristung des Aufstockungsunterhalts. Nach der Rechtsprechung des BGH (BGH v. 18.11.2009 – XII ZR 65/09, FamRB 2010, 34 = FamRZ 2010, 111) ist bei Unterhaltstiteln aus kinderloser Ehe der Präklusionszeitpunkt der Zeitpunkt der Veröffentlichung der Entscheidung vom 12.4.2006 (BGH v. 12.4.2006 – XII ZR 240/03, FamRZ 2006, 1006 = FamRB 2006, 263). Bei Ehen, aus denen Kinder hervorgegangen sind, hat der BGH allerdings erstmalig mit seinem Urteil v. 28.2.2007 – XII ZR 37/05, FamRZ 2007, 793 = FamRB 2007, 162 eine Begrenzung oder Befristung gebilligt. Das OLG Düsseldorf hat nun anwaltsfreundlich entschieden, dass bis zur Veröffentlichung dieser Entscheidung ergangene oder vereinbarte Unterhaltstitel, die unbefristet sind, gegebenenfalls abgeändert werden können.

Beraterhinweis: Wenn nach diesen Grundsätzen eine Abänderung eines unbefristeten Aufstockungsunterhaltstitels nicht möglich ist, muss im Mandanteninteresse die Möglichkeit des Regressverfahrens gegen den begleitenden Rechtsanwalt geprüft werden. ◁

RAin Dr. Uta Roessink, FAFamR, Köln

Versorgungsausgleich

Geltendes Übergangsrecht bei abgetrennten Versorgungsausgleichsverfahren

Die Übergangsvorschrift des § 48 Abs. 2 Nr. 1 VersAusglG, wonach das ab dem 1.9.2009 geltende materielle Recht und Verfahrensrecht auf abgetrennte Verfahren anzuwenden ist, findet in der Beschwerdeinstanz keine Anwendung auf abgetrennte Verfahren, die bereits vor dem 1.9.2009 wieder aufgenommen und erstinstanzlich entschieden worden sind.

OLG Oldenburg, Beschl. v. 19.1.2010 – 13 UF 112/09
(AG Nordhorn – 11 F 1078/08)
VersAusglG § 48; FGG-RG Art. 111
Bestell-Nr.: FE-02993

Das Problem: Am 1.9.2009 ist mit dem FamFG auch das Gesetz zur Strukturreform des Versorgungsausgleichs in Kraft getreten, welches den Versorgungsausgleich im VersAusglG völlig neu regelt. Die Übergangsvorschrift des § 48 VersAusglG ist kurz vor der Verabschiedung des Gesetzes nachgebessert worden. Danach gilt neues Recht für Verfahren, die ab dem 1.9.2009 eingeleitet worden sind. Altes Recht gilt noch für davor eingeleitete Verfahren, in erster Instanz längstens bis zum 31.8.2010. Für Verfahren, die am oder nach dem 1.9.2009 abgetrennt oder ausgesetzt sind/werden oder deren Ruhen angeordnet ist/wird, gilt nach § 48 Abs. 2 VersAusglG neues materielles Recht und nach Art. 111 Abs. 3 und 4 FGG-RG auch neues Verfahrensrecht. Im Schrifttum wurde die Sinnhaftigkeit für die lediglich abgetrennten Verfahren kontrovers diskutiert (kritisch

Schürmann, FamRZ 2009, 1800; bejahend dagegen *Borth*, FamRZ 2009, 1965). Im vorliegenden Fall hatte das AG den Versorgungsausgleich abgetrennt, aber weiterbetrieben und darüber auch noch vor dem 1.9.2009 entschieden. Im Beschwerdeverfahren stellt sich die Frage, ob jetzt neues Recht anzuwenden ist.

Die Entscheidung des Gerichts: Das OLG hält jedenfalls in der vorliegenden Fallkonstellation weiter altes materielles Recht für anwendbar. (Welches Verfahrensrecht anzuwenden sei, könne hier dahinstehen.) Zwar spreche der Wortlaut des Gesetzes für die Anwendung neuen Rechts. Nach der Entstehungsgeschichte sei dies für Fälle der vorliegenden Art aber nur dann gewollt, wenn sie *zusätzlich* ausgesetzt worden seien oder ihr Ruhen angeordnet worden sei und erst nach Inkrafttreten des neuen Rechts wieder aufgenommen würden. Eine Abweichung von diesem gesetzgeberischen Willen sei mit der (überstürzten) Neufassung kurz vor der Verabschiedung nicht erkennbar geworden. Auch Sinn und Zweck der Übergangsvorschrift sprächen für die Anwendung alten Rechts. Die Anwendung neuen Rechts würde das Verfahren erheblich verzögern und auch Probleme mit dem Verschlechterungsverbot zu Lasten des Beschwerdeführers aufwerfen; außerdem werde den Parteien hierdurch eine Instanz genommen. Eine Aufhebung und Zurückverweisung analog § 69 FamFG bedinge eine vom Gesetzgeber nicht gewollte Verzögerung; sie scheitere auch an den fehlenden Voraussetzungen des § 69 FamFG. Zudem könne bei eingelegter Berufung gegen das Scheidungsurteil auf dieses noch altes Verfahrensrecht, im Versorgungsausgleich dagegen neues Verfahrensrecht anzuwenden sein. Deshalb dürfe in teleologischer Reduktion des § 48 Abs. 2 Nr. 1 VersAusglG neues Recht auf abgetrennte Verfahren jedenfalls dann nicht angewendet werden, wenn vor dem 1.9.2009 eine erstinstanzliche Entscheidung vorliege.

Konsequenzen für die Praxis: Die Entscheidung, die sich gegen die Ansichten von *Schürmann* (FamRZ 2009, 1800) und *Borth* (FamRZ 2009, 1965) stellt (a.A. auch OLG Karlsruhe v. 18.11.2009 – 2 UF 55/09, FamRZ 2010, 325), birgt erheblichen Zündstoff, denn die vorliegende Konstellation ist beileibe kein seltener Einzelfall. Dass die zugelassene Rechtsbeschwerde nicht eingelegt worden ist, ist zu bedauern, denn sie hätte für Klarstellung und Rechtssicherheit gesorgt. Die Entscheidung des OLG Oldenburg ist abzulehnen. Denn entgegen der Ansicht des OLG Oldenburg hat der Gesetzgeber sich ganz bewusst dafür entschieden, auf alle abgetrennten Verfahren ab dem 1.9.2009 neues materielles Recht und neues Verfahrensrecht anzuwenden, und zwar zwecks Vermeidung von Unklarheiten, weil abgetrennte Verfahren in der Regel weiter betrieben und eben nicht ausgesetzt werden oder ihr Ruhen angeordnet wird (BT-Drucks. 16/11903, 114). Das lässt keinerlei Spielraum für eine einschränkende Auslegung gegen den – eindeutigen – Wortlaut des § 48 Abs. 2 VersAusglG. Allenfalls kann man mit den Argumenten des OLG Oldenburg darüber diskutieren, ob die Entscheidung des Gesetzgebers glücklich war.

Beraterhinweis: Es hängt vom Einzelfall ab, ob für den Mandanten/die Mandantin das neue oder das alte Recht günstiger ist (vgl. *Hauß*, FamRB 2008, 282). Ob in Fällen der vorliegenden Art die zugelassene Rechtsbeschwerde eingelegt werden sollte, muss deshalb einer Einzelfallprüfung vorbehalten bleiben. ◁

RiOLG Dr. Johannes Norpoth, Hamm/Münster

Kindschaftsrecht

Anhörung eines nicht sorgeberechtigten Elternteils in Kindschaftssachen

In einem Verfahren der Genehmigung einer freiheitsentziehenden Unterbringung eines Minderjährigen nach § 1631b BGB muss auch ein nicht sorgeberechtigter Elternteil grundsätzlich angehört werden.

OLG Naumburg, Beschl. v. 7.12.2009 – 8 UF 207/09
(AG Haldensleben – 16 F 587/09)
FamFG §§ 151 Nr. 6, 160, 167 Abs. 4
Bestell-Nr.: FE-02955

Das Problem: Das Familiengericht hatte auf Antrag der Mutter vom Oktober 2009 (neues Verfahrensrecht) im Wege der einstweiligen Anordnung die freiheitsentziehende Unterbringung des fast sechzehn Jahre alten Kindes weißrussischer Staatsbürgerschaft für längstens sechs Wochen in einer geschlossenen Einrichtung genehmigt. Gegen diese Entscheidung hat der Verfahrensbeistand Beschwerde eingelegt.

Die Entscheidung des Gerichts: Das OLG beanstandet, dass das Familiengericht den Vater nicht angehört hat. Dieser lebt möglicherweise in Weißrussland. Ob er überhaupt mitsorgeberechtigt ist, ist unklar. Er sei aber entweder nach § 167 Abs. 4 FamFG (falls mitsorgeberechtigt) oder aber nach § 160 Abs. 1 FamFG (falls nicht sorgeberechtigt) anzuhören. Ausnahmegesichtspunkte (Gefahr im Verzug, keine weitere Aufklärung zu erwarten) habe das AG nicht dargelegt. Das OLG hat deshalb die angefochtene Entscheidung aufgehoben und die Sache an das Familiengericht zurückverwiesen. Das Familiengericht müsse ermitteln, wer der Vater sei, ob er sorgeberechtigt und erreichbar sei.

Konsequenzen für die Praxis: Es drängt sich etwas der Eindruck auf, dass lediglich ein Begründungsmangel in der angefochtenen Entscheidung des AG vorliegt. Verfahren der freiheitsentziehenden Unterbringung eines Minderjährigen nach § 1631b BGB sind in der Regel eilig, weil Fremd- oder Selbstgefährdung des Minderjährigen vorliegt (Beispiele aus der Praxis: Straftaten, erheblicher Alkohol- oder Drogenkonsum, Entweichen des Jugendlichen). Ist über den Vater nichts Näheres bekannt und hat er vielleicht sogar den Bezug zum Kind verloren (er lebt im entschiedenen Fall wohl in Weißrussland), liegen Gründe für ein Absehen von einer Anhörung vor Er-

lass einer bloß einstweiligen Anordnung nahe. Die Ausgestaltung des Verfahrens darf notwendigen Eilentscheidungen zum Schutz des Jugendlichen nicht im Weg stehen.

Unklar – und in der Entscheidung des Gerichts nicht angesprochen – ist zudem das Verhältnis zwischen § 160 Abs. 1 FamFG und § 167 Abs. 4 FamFG (Anhörung von Elternteilen, denen die Personensorge zusteht). Unter Verfahren, die die Person des Kindes betreffen (§ 160 Abs. 1 FamFG), fällt an sich auch ein Verfahren der Genehmigung einer freiheitsentziehenden Unterbringung eines Kindes (*Stößer* in Prütting/Helms, FamFG, 1. Aufl., § 160 Rz. 3). Nach § 160 Abs. 1 FamFG ist grundsätzlich auch ein Elternteil anzuhören, dem die elterliche Sorge nicht zusteht. § 167 Abs. 4 FamFG könnte dies für Verfahren der Genehmigung einer freiheitsentziehenden Unterbringung (als speziellere Vorschrift) dahin gehend modifizieren, dass die Anhörung von nicht sorgeberechtigten Elternteilen in solchen Verfahren nicht zwingend ist. Als zusätzliche Anhörungspflicht wird § 167 Abs. 4 FamFG (neben §§ 160, 161 FamFG) nicht sinnvoll interpretiert werden können. Einem nicht sorgeberechtigten Elternteil steht auch kein Beschwerderecht gegen die vorläufige Unterbringung seines Kindes zu (so jedenfalls OLG Karlsruhe v. 22.7.2009 – 16 WF 117/09, FamRZ 2010, 306 = FamRB 2009, 305)

Beraterhinweis: Das OLG thematisiert ferner nicht die Anfechtbarkeit einer einstweiligen Anordnung über die Genehmigung der freiheitsentziehenden Unterbringung eines Minderjährigen. Nach dem Gesetzeswortlaut ist eine solche einstweilige Anordnung möglicherweise wegen § 57 Satz 1 FamFG gar nicht anfechtbar (*Giers*, FamRB 2009, 305 [306]). Denn das Verfahren ist eine Familiensache (§§ 111 Nr. 2, 151 Nr. 6 FamFG). Diese Regelung ist in verfassungsrechtlicher Hinsicht und im Hinblick auf die Rechtslage für Volljährige (dazu *Stößer* in Prütting/Helms, FamFG, 1. Aufl., § 57 Rz. 14) allerdings nicht ausgewogen.

Der Sachverhalt wirft ein weiteres Problem auf: Das BVerfG (BVerfG v. 14.6.2007 – 1 BvR 338/07, FamRB 2007, 296 = NJW 2007, 3560) verlangt für die Einleitung eines Verfahrens der Genehmigung einer freiheitsentziehenden Unterbringung eines Kindes einen Antrag des Trägers des Aufenthaltsbestimmungsrechts. Diese (alleinige) Befugnis der Mutter könnte bei fortbestehender gemeinsamer elterlicher Sorge darin gesehen werden, dass der (wohl) in Weißrussland lebende Vater mit dem Aufenthalt des Kindes bei der Mutter einverstanden ist. ◁

DirAG Eberhard Stößer, Leonberg

Ergänzungspflegschaft bei Vaterschaftsanfechtung durch Behörde?

Gegen die Entscheidung des Familiengerichts, bei der Anfechtung der Vaterschaft durch die Behörde eine Ergänzungspflegschaft einzurichten, ist für die Mutter die Beschwerde zulässig.

Bei der Anfechtung der Vaterschaft durch die Behörde nach § 1600 Abs. 1 Nr. 5 BGB liegt kein Fall einer erheblichen Interessenkollision vor, so dass die Bestellung einer Pflegschaft für das Kind nicht zulässig ist.

OLG Hamburg, Beschl. v. 28.10.2009 – 12 UF 110/09 (AG Hamburg-Harburg – 635 F 120/09)
BGB §§ 1629 Abs. 2, 1795, 1909 Abs. 1; ZPO § 621e
Bestell-Nr.: FE-02906

Das Problem: Das Einwohnerzentralamt der Freien und Hansestadt Hamburg hat die Vaterschaft eines am 5.3.2008 geborenen Kindes, welches aufgrund der Anerkennung durch einen deutschen Staatsangehörigen die deutsche Staatsbürgerschaft erhalten hat, nach § 1600 Abs. 1 Nr. 5 BGB angefochten. Das Gericht hat unter Einschränkung des Sorgerechts der Mutter für das Kind eine Ergänzungspflegschaft eingerichtet und das Jugendamt als Pfleger bestellt. Gegen diese Entscheidung hat die Mutter Beschwerde eingelegt mit der Begründung, sie sei zum einen nicht angehört worden, zum anderen lägen in Ermangelung einer Interessenkollision die Voraussetzungen für die Einrichtung einer Ergänzungspflegschaft nicht vor.

Die Entscheidung des Gerichts: Das OLG ist zu dem Ergebnis gekommen, dass die Voraussetzungen für die Einrichtung einer Ergänzungspflegschaft nicht vorliegen. Nach § 1909 Abs. 1 BGB ist einem minderjährigen Kind ein Ergänzungspfleger zu bestellen für Angelegenheiten, an deren Besorgung die Eltern gehindert sind. Ein ausdrückliches gesetzliches Vertretungsverbot – wie in § 1629 Abs. 2a BGB bei der Einführung des § 1598a BGB vorgesehen – ist für das ebenfalls neu geschaffene Anfechtungsverfahren nach § 1600 Abs. 1 Nr. 5 BGB nicht normiert worden. Nach § 1629 Abs. 2 Satz 1 BGB können der Vater und die Mutter das Kind insoweit nicht vertreten, als nach § 1795 BGB ein Vormund von der Vertretung des Kindes ausgeschlossen ist. Nach Auffassung des OLG ist eine Analogie zu §§ 1629 Abs. 2 Satz 1, 1795 BGB nicht gerechtfertigt, da Eingriffe in die elterliche Sorge einer hinreichend bestimmten gesetzlichen Grundlage bedürften, wie sie etwa durch § 1629 Abs. 2a BGB geschaffen worden ist. Allein die abstrakte Möglichkeit eines Interessenwiderstreits rechtfertige noch nicht den Ausschluss der Mutter von der Vertretung ihres Kindes. Allein ob die Voraussetzungen der §§ 1629 Abs. 2 Satz 3, 1796 BGB vorlägen, sei deshalb entscheidend, d.h. ob aufgrund konkreter Anhaltspunkte ein erheblicher Interessengegensatz zwischen Kind und Mutter gegeben sei. Die Mutter hatte bei ihrer Anhörung erklärt, dass sie daran interessiert sei, den biologischen Vater ihres Kindes festzustellen. Außer dem in diesem Verfahren verklagten Mann käme ein weiterer Afrikaner als Vater des Kindes in Betracht, der allerdings auch die deutsche Staatsangehörigkeit besitze. Bei diesen Umständen sei ein Interessenwiderstreit zwischen dem Kind und der Mutter nicht festzustellen. Das Aufenthaltsrecht des Kindes und auch der Mutter, die lediglich aufgrund erfolgter Anerkennung eine Aufenthaltserlaubnis zum Familiennachzug erhalten habe, sei gesichert, wenn das Kind die deutsche Staatsbürgerschaft habe, was bei beiden Männern anzunehmen sei. Aber auch in dem Fall, dass keiner der beiden deutschen Staatsbürger

Vater des Kindes ist, wäre ein konkreter Interessenwiderstreit nicht erkennbar. Demzufolge wurde die Anordnung der Pflegschaft aufgehoben.

Die vom Senat mit Rücksicht auf die grundsätzliche Bedeutung der höchstrichterlich noch nicht entschiedenen Frage, inwieweit im Vaterschaftsanfechtungsverfahren nach § 1600 Abs. 1 Nr. 5 BGB die Einrichtung einer Ergänzungspflegschaft geboten ist, zugelassene Rechtsbeschwerde ist nicht eingelegt worden.

Konsequenzen für die Praxis: Da eine gesetzliche Grundlage, wie sie für das gerichtliche Verfahren nach § 1598a Abs. 2 BGB in § 1629 Abs. 2a BGB normiert ist, im Fall der Vaterschaftsanfechtung durch die Behörde nicht besteht, kommt eine Entziehung des gesetzlichen Vertretungsrechts der Eltern oder eines Elternteils nur in Betracht, wenn diese nach § 1796 BGB geboten ist. Insoweit muss eine *konkrete* Interessenkollision gegeben sein. Der Interessengegensatz müsste auch *erheblich* sein. Ist zu erwarten, dass der Sorgerechtsinhaber trotz des Interessengegensatzes im Interesse des Kindes handelt, ist von einer Entziehung abzusehen (OLG Karlsruhe v. 27.3.2003 – 16 UF 25/03, FamRZ 2004, 51). Zu dem erheblichen Interessengegensatz müsste zudem hinzukommen, dass nicht zu erwarten ist, dass die Eltern trotz des Interessengegensatzes im Interesse des Kindes handeln (Palandt/*Diederichsen*, 69. Aufl., § 1629 BGB Rz. 24). Dies alles verneint das OLG im vorliegenden Fall der Vaterschaftsanfechtung nach § 1600 Abs. 1 Nr. 5 BGB.

Beraterhinweis: Das Verfahren wurde vor dem 1.9.2009 eingeleitet. Damit waren nach Art. 111 FGG-RG die bis zum 31.8.2009 geltenden Vorschriften anzuwenden. Nach jetziger Rechtslage kämen die Vorschriften des FamFG zum Tragen: Nach § 174 FamFG hat das Gericht dem minderjährigen Kind einen Verfahrensbeistand zu bestellen, sofern dies zur Wahrung seiner Interessen erforderlich ist. Durch seine Bestellung wird der Verfahrensbeistand Beteiligter im Verfahren. Seine Funktion besteht in der Wahrnehmung der Interessen des Kindes im Verfahren (Hoppenz/*Müller*, Familiensachen, 9. Aufl., FamFG § 174 Rz. 3). Dabei verweist das Gesetz auf die entsprechende Anwendung von § 158 Abs. 2 Nr. 1 sowie Abs. 3 bis 7 FamFG. Nach § 158 Abs. 2 Nr. 1 FamFG ist ein geeigneter Verfahrensbeistand zu bestellen, wenn das Interesse des Kindes zu dem seiner gesetzlichen Vertreter in erheblichem Gegensatz steht. Diese Regelung entspricht den Voraussetzungen, unter denen nach §§ 1629 Abs. 2 Satz 3, 1796 Abs. 2 BGB die Vertretungsmacht der Eltern entzogen werden konnte. Maßgeblich ist somit allein die vom Gericht festzustellende konkrete und erhebliche Gefährdung des Kindeswohls bei Fortbestehen der elterlichen Vertretungsmacht. Ist insoweit eine Gefährdung und ein konkreter Interessengegensatz anzunehmen, *muss* ein Verfahrensbeistand eingesetzt werden. ◁

RA Dr. Lothar Müller, FAFamR, Rastatt

Verfahrensrecht

Prozesskostenvorschuss und Kostenerstattung

Bei der Kostenfestsetzung ist ein Prozesskostenvorschuss zu beachten, wenn der zu erstattende Betrag niedriger ist. Zu berücksichtigen ist die Differenz zwischen den gesamten Kosten des Empfängers und der Summe des erhaltenen Vorschusses zzgl. der zu erstattenden Kosten.

BGH, Beschl. v. 9.12.2009 – XII ZB 79/06
(OLG Naumburg – 3 WF 38/06)
BGB § 1360a Abs. 4; ZPO §§ 104, 106 Abs. 1
Bestell-Nr.: FE-02960

Das Problem: In einem Unterhaltsverfahren zahlte der Beklagte 2.100 € Prozesskostenvorschuss. Die Kosten des Beklagten in der ersten Instanz betrugen 3.205,38 €. Nach Abschluss der Instanz (teilweise verlor die Klägerin das Verfahren) wurden die vom Beklagten der Klägerin grundsätzlich zu erstattenden Kosten mit 1.525,86 € ermittelt. Der Beklagte machte geltend, er habe wegen des geleisteten Prozesskostenvorschusses keine Kosten mehr zu erstatten. Das OLG setzte die zu erstattenden Kosten mit 1.105,38 € fest.

Die Entscheidung des Gerichts: Der BGH schließt sich der Entscheidung des OLG an. Grundsätzlich handele es sich bei der Frage, ob ein geleisteter Prozesskostenvorschuss auf den Kostenerstattungsanspruch anzurechnen sei, um eine materiell-rechtliche Einwendung. Diese sei vorrangig im Wege der Vollstreckungsklage geltend zu machen. Ausnahmsweise gelte anderes aus verfahrensökonomischen Gründen, wenn die Zahlung des Vorschusses unstreitig sei, weil sich die übrigen Tatsachen aus der Akte ergeben. Dies dürfe im Ergebnis aber nicht dazu führen, dass im Kostenfestsetzungsverfahren eine Verpflichtung zur Rückzahlung des Prozesskostenvorschusses angeordnet wird. Deshalb könne eine Berücksichtigung des Prozesskostenvorschusses nur dann erfolgen, wenn die dem Empfänger zu erstattenden Kosten niedriger sind als der erhaltene Vorschuss. Da im entschiedenen Fall 1.525,86 € zu erstatten waren und 2.100 € Vorschuss geleistet worden war, lag diese Konstellation vor.

Somit kam eine Anrechnung des Vorschusses in Betracht. Hinsichtlich der Frage, wie die Anrechnung vorzunehmen ist, schließt sich der BGH folgender Ansicht an: Der Vorschuss werde nicht im Hinblick auf einen späteren Kostenerstattungsanspruchs bezahlt bzw. geschuldet, sondern nach § 1360a BGB als Sonderbedarf. Ein Rückzahlungsanspruch bestehe nur ausnahmsweise und materiell-rechtlich, was außerhalb des Kostenfestsetzungsverfahrens geltend zu machen sei. Es dürfe deshalb im Kostenfestsetzungsverfahren nur berücksichtigt werden, dass der Empfänger keinen kostenmäßigen Gewinn erzielen dürfe. Gewinn erziele er, wenn er über die Summe aus Prozesskostenvorschuss und Kostenerstattung

mehr erhalte als ihm überhaupt an Kosten entstanden seien. Da die Klägerin 3.205,38 € Kosten hatte und die Summe aus Prozesskostenvorschuss (2.100 €) und grundsätzlich zu erstattender Kosten (1.525,86 €) mit zusammen 3.625,86 € um 420,48 € höher gelegen hätte, wurde der zu erstattende Betrag um diese Differenz reduziert auf 1.105,38 € festgesetzt.

Konsequenzen für die Praxis: Wer Prozesskostenvorschuss zu zahlen hatte, muss nach Abschluss des Verfahrens rechnen: Prozesskostenvorschuss + grundsätzlich zu erstattender Betrag – Gesamtkosten des Gegners. Ist das Ergebnis negativ, so reduziert sich der Erstattungsbetrag nicht. Ist es positiv, so ist der Erstattungsbetrag um die Differenz zu verringern.

Beraterhinweis: Der BGH hat in seiner Entscheidung klargestellt: Die Verrechnung des Prozesskostenvorschusses findet nur bei den Kosten der Instanz statt, für die er gezahlt wurde. Wurde nur einmal Vorschuss gezahlt, so wird dies als Zahlung wegen der Kosten der ersten Instanz behandelt. Sind die letztlich anfallenden Kosten bis zur Beendigung dieser Instanz niedriger als der entrichtete Prozesskostenvorschuss, so wird der zuviel gezahlte Betrag also nicht bei der Festsetzung der Kostenerstattung der zweiten Instanz berücksichtigt. Wann außerhalb des Kostenfestsetzungsverfahrens materiellrechtlich ein Rückzahlungsanspruch besteht, ließ der Senat offen. ◁

RA Lambert Krause, FAFamR, Waldshut-Tiengen/Wurmlingen (Tuttlingen)

Anwendung des § 15a RVG auf Altfälle

§ 15a RVG stellt lediglich die bereits unter § 118 Abs. 2 BRAGO geltende und mit Einführung des RVG nicht geänderte Rechtslage klar, wonach sich die Gebührenanrechnung im Verhältnis zu Dritten und damit insbesondere im Kostenfestsetzungsverfahren grundsätzlich nicht auswirkt (Anschluss an BGH v. 2.9.2009 – II ZB 35/07, FamRZ 2009, 1822 = FamRB 2009, 343).

BGH, Beschl. v. 9.12.2009 – XII ZB 175/07
(OLG Stuttgart – 8 W 375/07)
RVG § 15a; RVG-VV Teil 3 Vorbem. 3 Abs. 4
Bestell-Nr.: FE-02966

Das Problem: Die Rechtspflegerin des LG setzte im Kostenfestsetzungsbeschluss die von der Antragsgegnerin in voller Höhe zu tragenden Kosten eines einstweiligen Verfügungsverfahrens antragsgemäß und unter Berücksichtigung einer 1,3-Verfahrensgebühr (Nr. 3100 RVG-VV) fest. Dabei lehnte sie die Anrechnung der entstandenen Geschäftsgebühr mit der Begründung ab, da in demselben Rechtsstreit der auf materiellem Recht bestehende Anspruch auf Erstattung der vollen Geschäftsgebühr nicht bereits tituliert worden sei. Die dagegen erhobene sofortige Beschwerde der Antragsgegnerin wies das OLG zurück. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde begehrt die Antragsgegnerin im Hinblick auf Anlage 1, Teil 3, Vorbemerkung 3 (nachfolgend: Vorbem. 3) Abs. 4 RVG-VV die Herabsetzung der Verfahrensgebühr um den anzurechnenden Teil der außergerichtlich entstandenen Geschäftsgebühr.

Die Entscheidung des Gerichts: Der XII. Senat wies die zulässige Rechtsbeschwerde zurück und entschied nach Darstellung des komplexen Meinungsstands, der Gesetzgeber habe mit § 15a RVG nicht das Gesetz geändert, sondern lediglich die seiner Ansicht nach bereits zuvor bestehende Gesetzeslage klargestellt, wonach ggü. dem Gegner die Verfahrensgebühr bereits auch dann in voller Höhe habe festgesetzt werden müssen, wenn schon eine Geschäftsgebühr entstanden war. § 15a Abs. 2 RVG stelle lediglich sicher, dass ein Dritter nicht mehr zu erstatten habe, als der gegnerische Anwalt von seinem Mandanten verlangen könne.

Bereits im Geltungsbereich der BRAGO habe die Anrechnungsbestimmung nach allgemeiner Meinung nur den Rechtsanwalt im Innenverhältnis zu seinem Mandanten gehindert, sowohl die Geschäfts- als auch die Prozessgebühr zu beanspruchen. Hingegen sei die Anrechnung der Geschäftsgebühr nach § 118 Abs. 2 BRAGO auf die im nachfolgenden gerichtlichen Verfahren angefallene Prozessgebühr (§ 31 Abs. 1 Nr. 1 BRAGO) im Kostenfestsetzungsverfahren grundsätzlich nicht zu berücksichtigen gewesen (u.a. BGH v. 14.9.2004 – VI ZB 22/04, VersR 2005, 707; v. 11.12.1986 – III ZR 268/85, WM 1987, 247 f.; *Gerold/Schmidt/v. Eicken/Madert*, BRAGO, 15. Aufl., § 118 Rz. 27 f.). Daran habe die Einführung des RVG nichts ändern sollen (BGH v. 20.10.2005 – I ZB 21/05, NJW-RR 2006, 501 f.; v. 27.4.2006 – VII ZB 116/05, FamRZ 2006, 1114; v. 30.1.2007 – X ZB 7/06, VersR 2007, 1102). Zwar hätten sich diese Entscheidungen nur mit der Frage beschäftigt, ob der nicht anrechenbare Teil der Geschäftsgebühr im Kostenfestsetzungsverfahren mit festgesetzt werden könne oder im Fall separater Geltendmachung im Erkenntnisverfahren streitwerterhöhend wirke. Ein solcher nicht anrechenbarer Teil der Geschäftsgebühr ergebe sich jedoch nur, wenn sich im Rahmen der Kostenfestsetzung infolge der nach Vorbem. 3 Abs. 4 RVG-VV vorzunehmenden Anrechnung nicht die Verfahrensgebühr verringere, sondern die Geschäftsgebühr. Denn eine Reduzierung der Verfahrensgebühr führe dazu, dass die Geschäftsgebühr nicht nur zum Teil, sondern stets in voller Höhe bestehen bleibe.

Der Gesetzgeber habe das RVG nicht durch den neu eingefügten § 15a RVG etwa im Sinn einer Wiederherstellung der unter der BRAGO geltenden Rechtslage geändert, sondern lediglich die seiner Ansicht nach bereits bestehende Gesetzeslage klargestellt. Nach der Beschlussempfehlung und dem Bericht des Rechtsausschusses (BT-Drucks. 16/12717, 2) habe der bisher nicht im Gesetz definierte Begriff der Anrechnung in § 15a RVG legaldefiniert werden sollen, um unerwünschte Auswirkungen zum Nachteil des Auftraggebers zu vermeiden und den mit der Anrechnung verfolgten Gesetzeszweck, dass der Rechtsanwalt für eine Tätigkeit nicht doppelt honoriert wird, zu wahren. In der nachfolgenden Einzelbegründung (BT-Drucks. 16/12717, 58) führt der Rechtsausschuss weiter aus, dass das Verständnis des

BGH von der Anrechnungsregelung in Vorbem. 3 Abs. 4 RVG-VV zu unbefriedigenden Ergebnissen geführt habe, die den Absichten zuwider liefen, die der Gesetzgeber mit dem RVG verfolgt habe. Ziel der Neuregelung in § 15a RVG sei es daher, den mit den Anrechnungsvorschriften verfolgten Gesetzeszweck zu wahren, zugleich aber unerwünschte Auswirkungen zum Nachteil des Auftraggebers zu vermeiden. Trotz der abweichender Auslegung der Anrechnungsregelung gemäß Vorbem. 3 Abs. 4 RVG-VV durch andere Senate des BGH bedürfe es daher auch keiner Anrufung des Großen Senats für Zivilsachen (vgl. BGH v. 2.9.2009 – II ZB 35/07, FamRZ 2009, 1822 = FamRB 2009, 343). Ebenso wenig liege ein Fall der Rückwirkung vor.

Da im Übrigen keiner der Ausnahmefälle des § 15a Abs. 2 RVG vorliege, habe die Rechtspflegerin die Verfahrensgebühr zu Recht in voller Höhe festgesetzt.

Konsequenzen für die Praxis: Der BGH setzt den Meinungsstreit um die Anwendung von § 15a RVG auf Altfälle (dazu *Nickel*, FamRB 2009, 324) auf höchstem Niveau fort. Ebenso wie der XII. Senat hat der II. Senat entschieden (BGH v. 2.9.2009 – II ZB 35/07, FamRZ 2009, 1822 m. Anm. *Schneider* = FamRB 2009, 343; dagegen ausdrücklich OLG Celle v. 19.10.2009 – 2 W 280/09, OLGReport Celle 2009, 930; dagegen wiederum ausdrücklich der XII. Senat). Hingegen handelt es sich nach Auffassung des X. Senats des BGH, Beschl. v. 29.9.2009 – X ZB 1/09, MDR 2010, 113 = NJW 2010, 76) bei der Einführung von § 15a RVG um eine Gesetzesänderung, so dass sich gem. § 60 Abs. 1 RVG eine Anwendung auf Altfälle verbiete.

Beraterhinweis: Bedeutsam ist vor allem, dass es nach Ansicht des XII. Senats keiner Anrufung des großen Senats für Zivilsachen bedarf. Daher darf nach der ausführlich und überzeugend begründeten Entscheidung des XII. Senats davon ausgegangen werden, dass die Streitfrage jedenfalls im Bereich des Familienrechts abschließend geklärt ist. ◁

RA Michael Nickel, FAFamR, Hagen

Vollstreckung von Unterlassungsgeboten nach GewSchG

Die Voraussetzungen für die Zuständigkeitsbestimmung durch das nächsthöhere gemeinsame Gericht sind in entsprechender Anwendung des § 5 Abs. 1 Nr. 4 FamFG auch bei einem Zuständigkeitsstreit zwischen Zivil- und Familiengericht gegeben. Das für die Vollstreckung zur Erzwingung von Duldungen oder Unterlassungen nach den §§ 95 Abs. 1 Nr. 4 FamFG, 890 Abs. 1 Satz 1 ZPO ausschließlich zuständige Prozessgericht des ersten Rechtszugs ist das Zivilgericht, in dem der Vollstreckungstitel geschaffen wurde, wenn im Zeitpunkt der Beschlussfassung im Erkenntnisverfahren eine Zivilsache entschieden worden ist.

OLG Hamm, Beschl. v. 22.12.2009 – 2 Sdb (FamS) Zust 1/09

FGG-RG Art. 111 Abs. 1 S. 1; FamFG §§ 5 Abs. 1 Nr. 4, 95 Abs. 1 Nr. 4; ZPO § 890 Abs. 1

Bestell-Nr.: FE-02941

Das Problem: Die Zivilabteilung des AG erließ am 11.8.2009 eine einstweilige Verfügung nach § 1 GewSchG, wonach dem Antragsgegner unter Androhung von Ordnungsmitteln untersagt wurde, die Antragstellerin zu belästigen oder zu beleidigen oder in irgendeiner Form Kontakt mit ihr aufzunehmen. Die Antragstellerin beantragte mit am 7.10.2009 beim AG – Zivilabteilung – eingegangenen Antrag die Festsetzung von Ordnungsmitteln. Nachdem das Familiengericht die Übernahme abgelehnt hatte, legte die Zivilabteilung die Akte dem OLG zur Entscheidung über die Zuständigkeit vor.

Die Entscheidung des Gerichts: Das OLG hat die Zivilabteilung als zuständiges Gericht bestimmt. Die Voraussetzungen für eine Zuständigkeitsbestimmung in entsprechender Anwendung des § 5 Abs. 1 Nr. 4 FamFG liegen nach Auffassung des OLG vor, auch wenn sich nicht, wie vom Wortlaut des § 5 Abs. 1 Nr. 4 FamFG gefordert, zwei verschiedene Gerichte sondern lediglich verschiedene Abteilungen desselben Gerichts für unzuständig erklärt haben. In diesem Fall ist die Vorschrift entsprechend anzuwenden. Unter Prozessgericht i.S.v. § 890 Abs. 1 ZPO ist das Gericht zu verstehen, in dem der Vollstreckungstitel geschaffen wurde. Wenn in der Zeit zwischen der Entscheidung im Erkenntnisverfahren und der Einleitung des Vollstreckungsverfahrens die Zuständigkeit wechselt, so bleibt für das Vollstreckungsverfahren der erkennende Spruchkörper zuständig. Der Wechsel der Zuständigkeit für Gewaltschutzsachen nach der Entscheidung im Erkenntnisverfahren und der Einleitung des Vollstreckungsverfahrens durch die Neuregelung in § 111 Nr. 6 FamFG führt nicht dazu, dass nunmehr das Familiengericht als Prozessgericht des ersten Rechtszuges anzusehen ist.

Konsequenzen für die Praxis: Die ganz h.M. nimmt an, dass sich alle ab dem 1.9.2009 eingeleiteten Vollstreckungsverfahren in Familiensachen nach dem FamFG richten (Keidel/*Engelhardt*, FamFG, 16. Aufl., Art. 111 FGG-RG Rz. 5; *Hüßtege* in Thomas/Putzo, ZPO, 30. Aufl., vor § 606 Rz. 5; Friederici/Kemper/*von Harbou*, Familienverfahrensrecht, vor § 86 Rz. 1; a.A. *Hentschel* in Bahrenfuss, FamFG, 1. Aufl., vor § 86 Rz. 2). Davon bleibt jedoch die Zuständigkeit des Zivilgerichts als Prozessgericht des ersten Rechtszuges i.S.v. § 890 ZPO unberührt, wenn dieses nach altem Recht für die Entscheidung im Erkenntnisverfahren zuständig war.

Beraterhinweis: Fraglich erscheint, ob § 5 Abs. 1 Nr. 4 FamFG in diesem Fall anwendbar ist. Für Zuständigkeitsstreitigkeiten zwischen Zivil- und Familiengericht gelten ab dem 1.9.2009 gem. § 17a Abs. 6 GVG die Regelungen in § 17a Abs. 1 bis 5 GVG (*Heinemann*, MDR 2009, 1026 [1029]; *Prütting* in Prütting/Helms, FamFG, 1. Aufl., § 1 Rz. 6). Gemäß § 17a Abs. 2 GVG verweist das unzuständige Gericht nach Anhörung der Beteiligten das Verfahren von Amts wegen an das zuständige Gericht Der Beschluss ist für das Gericht, an das der Rechtsstreit verwiesen worden ist, bindend. ◁

DirAG Dr. Michael Giers, Neustadt a. Rbge.

Übergangsrecht und PKH-Antrag

Ein vor dem 1.9.2009 gestellter Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe für ein beabsichtigtes Klageverfahren stellt keine von der Übergangsvorschrift des Art. 111 Abs. 1 Satz 1 FGG-RG erfasste Verfahrenseinleitung dar.
Handelt es sich bei dem Verfahrensgegenstand nach neuem Recht um eine sonstige Familiensache gem. § 266 FamFG, ist das AG – Familiengericht – für das Verfahren sachlich zuständig.

OLG Braunschweig, Beschl. v. 26.11.2009 – 1 W 57/09 (LG Braunschweig – 7 O 959/09)
FGG-RG Art. 111 Abs. 1, Abs. 2
Bestell-Nr.: FE-02953

Das Problem: Der Antragsteller hatte bei dem LG im April 2009 einen PKH-Antrag für eine Klage auf Gesamtschuldnerausgleich gegen seine geschiedene Ehefrau eingereicht. Über den Antrag war noch nicht entschieden worden. Am 15.9.2009 wies das LG darauf hin, dass mit Inkrafttreten des FamFG nunmehr das – AG – Familiengericht zuständig sei. Mit begründetem Beschluss gab das LG die Sache an das Familiengericht ab, das sich jedoch für unzuständig erklärte, weil der Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe als ein verfahrenseinleitender Antrag i.S.d. Art. 111 Abs. 1 FGG-RG auch bezüglich der Klage anzusehen sei, so dass noch das alte Verfahrensrecht zur Anwendung gelange. Der Antragsteller beantragt bei dem OLG, das zuständige Gericht zu bestimmen.

Die Entscheidung des Gerichts: Der Senat hat die Zuständigkeit des AG – Familiengerichts – bejaht. Zum einen sei das Familiengericht schon deshalb zuständig, weil das LG das Prozesskostenhilfeprüfungsverfahren nach Anhörung der Parteien durch mit einer Begründung versehenen Beschluss an das AG verwiesen und nicht lediglich formlos abgegeben habe, auch wenn in dem Beschluss nicht ausdrücklich § 281 ZPO angeführt worden sei. Auch eine Verweisung im Prozesskostenhilfeprüfungsverfahren sei für das Empfängergericht grundsätzlich bindend (vgl. BGH v. 26.7.2001 – X ARZ 132/01, NJW 2001, 3633; v. 13.7.2004 – XI ZB 12/04, MDR 2004, 1435). Zum anderen sei Art. 111 Abs. 1 Satz 1 FGG-RG nicht auf Prozesskostenhilfeprüfungsverfahren anwendbar. Hierbei handele es sich nicht um ein Verfahren, das mit einer Endentscheidung gem. Art. 111 Abs. 2 FGG-RG abschließe. Mit einem Prozesskostenhilfeantrag werde das beabsichtigte Verfahren nicht eingeleitet, die Entscheidung über einen Prozesskostenhilfeantrag stelle keine Endentscheidung i.S.d. Art. 111 Abs. 2 FGG-RG, § 38 Abs. 1 FamFG dar, mit der der Verfahrensgegenstand ganz oder teilweise erledigt werde.

Konsequenzen für die Praxis: Die Entscheidung wirft die grundsätzliche Frage auf, ob ein Prozesskostenhilfeantrag ein verfahrenseinleitender Antrag i.S.d. Art. 111 Abs. 1 Satz 1 FGG-RG sein kann. Folgt man der (verneinenden) Auffassung des Senats, hätte dies zur Konsequenz, dass nicht nur sämtliche vor dem 1.9.2009 eingereichten Prozesskostenhilfeanträge, über die vor dem 1.9.2009 noch keine Entscheidung getroffen worden ist, sondern auch das sich an die Bewilligung anschließende Verfahren nach dem neuen Verfahrensrecht beurteilt und durchgeführt werden müssten. Dies hätte erhebliche Auswirkungen, z.B. im Hinblick auf die Änderungen im Verbundverfahren gem. § 137 Abs. 2 FamFG, bei dem Anwaltszwang gem. § 114 FamFG und auf § 117 ZPO, der wesentlich strengere Anforderungen an die Anwaltsbeiordnung in fG-Familiensachen stellt.
M.E. kann für die Bestimmung des anwendbaren Rechts nur der Zeitpunkt des Eingangs des Prozesskostenhilfegesuchs bei Gericht maßgebend sein (Musielak/*Borth*, Familiengerichtliches Verfahren, Einl. Rz. 93; *Schürmann*, FuR 2009, 548; Krenzler/Borth/*Kühner*, Anwalts-Handbuch FamR, Teil K Rz. 620; OLG Celle v. 28.12.2009 – 17 W 100/09, juris). Der Prozesskostenhilfeantrag leitet das Verfahren ein, die Klageerhebung wird nur von der Prozesskostenhilfebewilligung abhängig gemacht. Zu Recht hat das OLG Celle auch darauf hingewiesen, dass eine andere Sichtweise mit dem verfassungsrechtlichen Gebot der weitgehenden Gleichbehandlung bemittelter und unbemittelter Personen beim Zugang zu den Gerichten nicht zu vereinbaren sei.

Beraterhinweis: Wird lediglich ein Verfahrenskostenhilfegesuch für ein beabsichtigtes Verfahren eingereicht, stellt sich insbesondere für Folgesachen gem. § 137 Abs. 2 FamFG die Frage, ob mit diesem Antrag die Folgesache *anhängig* gemacht worden ist. (bejahend: Musielak/*Borth*, Familiengerichtliches Verfahren, § 137 FamFG Rz. 27; *Helms* in Prütting/Helms, FamFG, § 137 Rz. 50; OLG Koblenz v. 29.5.2008 – 7 UF 812/07, FamRB 2008, 341 = FamRZ 2008, 1965 f.; a.A. OLG Naumburg v. 8.3.2000 – 8 WF 37/00, FamRZ 2001, 168 [LS]). Im Hinblick auf die Zwei-Wochen-Frist in § 137 Abs. 2 FamFG sollte der sichere Weg gewählt werden, d.h. der Folgesachenantrag nicht von der Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe abhängig gemacht werden. Das Verfahrenskostenhilfegesuch kann zugleich mit dem Folgesachenantrag gestellt werden, eine Kostenvorschusspflicht für Folgesachen ist auch nach neuem Recht nicht gegeben. ◁

RAin Gisela Kühner, Hamm/Westf.

Nochmals: Beratungshilfe und „Angelegenheit“

Der gebührenrechtliche Begriff der „Angelegenheit“ ist auch für die Bestimmung des Begriffs der „Angelegenheit“ im Sinne des Beratungshilfegesetzes maßgebend. Die Scheidung und die dazugehörigen Folgesachen Versorgungsausgleich, Zugewinnausgleich und nachehelicher Unterhalt sind dieselbe Angelegenheit. Der Ehegattentrennungsunterhalt ist eine davon verschiedene Angelegenheit.

OLG Brandenburg, Beschl. v. 29.9.2009 – 6 W 76/08 (LG Potsdam – 7 T 170/07)

RVG §§ 15, 16 Nr. 4
Bestell-Nr.: FE-02876

Das Problem: Die Antrag stellende Rechtsanwältin vertrat ihre Mandantin außergerichtlich hinsichtlich Versorgungsausgleich, Zugewinnausgleich, Trennungsunterhalt und nachehelichem Unterhalt. Ihren Liquidationsantrag von 4 x 99,96 € wies die Rechtspflegerin des AG zurück und bewilligte lediglich 1 x 99,96 € für „die Angelegenheit Ehescheidung und Folgesachen". Auf die Erinnerung der Antragstellerin setzte der Amtsrichter die Vergütung antragsgemäß fest. Gegen diese Entscheidung legte der Bezirksrevisor die zugelassene sofortige Beschwerde ein, worauf die zuständige Kammer des LG den Beschluss des AG dahin abänderte, dass die Erinnerung der Antragstellerin gegen den Beschluss der Rechtspflegerin zurückgewiesen wurde. Auf die zugelassene weitere Beschwerde der Antragstellerin setzte das OLG die Vergütung auf 2 x 99,96 € fest.

Die Entscheidung des Gerichts: Die Antragstellerin habe die Vergütung nicht in einer, sondern in zwei, jedoch nicht in vier Angelegenheiten verdient. Die Scheidung und die zugehörigen Folgesachen Versorgungsausgleich, Zugewinnausgleich und nachehelicher Unterhalt seien ohne Rückgriff auf § 16 Nr. 4 RVG bereits i.S.v. § 15 RVG als dieselbe Angelegenheit, der Trennungsunterhalt hingegen als davon verschiedene Angelegenheit anzusehen. Der gebührenrechtliche Begriff der „Angelegenheit" i.S.d. §§ 15 ff. RVG sei auch für die Bestimmung des Begriffs der „Angelegenheit" im Sinne des BerG als Grundlage für die Festsetzung der Vergütung des Rechtsanwalts maßgebend (zur vergleichbaren Rechtslage nach der BRAGO vgl. OLG München v. 4.12.1987 – 11 WF 1369/87, MDR 1988, 330).

Unabhängig von § 16 Nr. 4 RVG habe die Antragstellerin i.S.d. § 15 RVG hinsichtlich Versorgungsausgleich, Zugewinnausgleich und nachehelichem Unterhalt in derselben Angelegenheit Beratungshilfe geleistet, weil sich ihre Mandantin aus Anlass des Entschlusses zur Ehescheidung über die rechtlichen Folgen habe beraten lassen. Ein Anspruch auf Trennungsunterhalt werde davon jedoch nicht erfasst, weil das Getrenntleben der Ehegatten und die beabsichtigte Ehescheidung zwei unterschiedliche Lebenssachverhalte darstellten. Es sei nicht zwangsläufig so, dass auf eine bereits vollzogene Trennung auch eine Scheidung folge. Der hierzu erforderliche Scheidungsentschluss könne unabhängig von einer bereits vollzogenen Trennung der Eheleute gefasst werden.

Konsequenzen für die Praxis: Mit seiner Entscheidung liegt das OLG Brandenburg auf der Linie des OLG Nürnberg (OLG Nürnberg v. 30.3.2004 – 7 WF 719/04, FamRB 2005, 12 = OLGReport Nürnberg 2004, 322) und des OLG Stuttgart (OLG Stuttgart v. 4.10.2006 – 8 W 360/06, FamRZ 2007, 574). Die beabsichtigte Scheidung der Ehegatten soll einen einheitlichen Beratungsanlass bilden, der jedenfalls die mit Trennung und Scheidung typischerweise verbundenen verschiedenen Gegenstände beratungshilferechtlich zu einer Angelegenheit verbinde (vgl. *N. Schneider*, „Dieselbe" oder mehrere Angelegenheiten bei Beratungshilfe in Familiensachen, FamRB 2003, 162; *Nickel*, Trennung, Scheidung und die Folgen – wie viele Angelegenheiten?, FamRB 2005, 12).

Beraterhinweis: Nach Auffassung des OLG Düsseldorf (OLG Düsseldorf v. 14.10.2008 – I - 10 W 85/08, FamRZ 2009, 1244) ist hingegen bei einer Beratungshilfetätigkeit für die Scheidung und deren Folgen auch dann von gebührenrechtlich verschiedenen Angelegenheiten auszugehen, wenn diese später im gerichtlichen Verbundverfahren geltend zu machen wären (vgl. auch OLG Köln v. 9.2.2009 – 16 Wx 252/08, FamRZ 2009, 1345: Beratung in Trennungs-, Scheidungs- und Folgesachen in einer familiären Auseinandersetzung beinhaltet verschiedene Angelegenheiten; ähnlich auch OLG Frankfurt v. 8.11.2009 – 20 W 197/09, FamRZ 2010, 230 = AGS 2009, 593). § 16 Nr. 4 RVG wäre überflüssig, wenn der Gesetzgeber bei seiner Schaffung von der bis dato streitigen Ansicht ausgegangen wäre, das Vorliegen einer einzigen Angelegenheit ergebe sich bereits daraus, dass die verschiedenen Gegenstände ihren Ursprung in dem einheitlichen Lebenssachverhalt des Scheiterns der Ehe hätten (s. auch BVerfG v. 31.10.2001 – 1 BvR 1720/01, NJW 2002, 429; LG Neuruppin v. 5.12.2002 – 5 T 309/02, FamRZ 2004, 41). Auch die Zusammenfassung von Scheidung und Folgesachen zu einer Angelegenheit im anwaltlichen Gebührenrecht legt eine Angleichung für die Trennungsfolgen nicht nahe: § 16 Abs. 4 RVG erfasst nur den Fall des Scheidungsverbunds, wobei § 22 Abs. 1 RVG einen gewissen finanziellen Ausgleich durch die Addition der Gegenstandswerte herbeiführt. Dieses Korrektiv ist jedoch im Beratungshilferecht gerade nicht enthalten (so ausdrücklich OLG Frankfurt v. 8.11.2009 – 20 W 197/09, FamRZ 2010, 230 = AGS 2009, 593).

Nicht nur von der rechtlichen Begründung her verdient diese Auffassung den Vorzug: Eine – ohnehin erbärmliche (*Benkelberg*, FuR 1998, 339 und FuR 2003, 199) – Vergütungsregelung, die einen Anwalt zur kostenlosen Vertretung seines Mandanten in Angelegenheiten mit völlig unterschiedlichen Streitgegenständen mit z.T. erheblichem Haftungspotential verpflichtet, ist schlechterdings unerträglich.

Die weitere Beschwerde zum OLG ist (nur) kraft antragsgemäßer (!) Zulassung gem. §§ 55 Abs. 4, 56 Abs. 2 Satz 1, 33 Abs. 6 RVG statthaft und zulässig! ◁

RA Michael Nickel, FAFamR, Hagen

Steuerrecht

Kindergeld: Zeitlicher Regelungsumfang eines Kindergeld-Aufhebungsbescheids

Ein Bescheid, mit dem die Festsetzung von Kindergeld mit Wirkung vom 1. Januar eines früheren Jahres an unter Hinweis auf § 70 Abs. 4 EStG aufgehoben wird, weil die Einkünfte und Bezüge des Kindes in diesem Jahr den Grenzbetrag nach

§ 32 Abs. 4 Satz 2 EStG überschritten hätten, ist aus Empfängersicht dahin auszulegen, dass nur für dieses Jahr eine Verwaltungsentscheidung getroffen werden soll, nicht aber für den nachfolgenden Zeitraum bis zur Bekanntgabe des Aufhebungsbescheids.

BFH, Urt. v. 26.11.2009 – III R 87/07
(FG Düsseldorf – 14 K 2130/06 Kg)
AO § 119 Abs. 1; BGB §§ 133, 157; EStG § 70 Abs. 4
Bestell-Nr.: FE-02977

Das Problem: Der Kläger erhielt für seinen in Berufsausbildung befindlichen Sohn C ab August 1999 Kindergeld. Im November 2001 teilte die beklagte Familienkasse dem Kläger mit, die Kindergeldzahlungen seien ab Januar 2000 eingestellt worden, weil die Einkünfte seines Sohnes nach der vorgelegten Ausbildungsbescheinigung den Jahresgrenzbetrag überstiegen. Der Kläger wurde gebeten, zur abschließenden Prüfung die Einkünfte von C nachzuweisen. Nach den vom Kläger vorgelegten Unterlagen kam die Familienkasse zu dem Ergebnis, dass die Einkünfte und Bezüge von C im Jahr 1999 den anteiligen Grenzbetrag nicht überstiegen, aber im Jahr 2000 über dem Jahresgrenzbetrag von 13.500 DM lagen. Mit Bescheid vom 1.8.2002 hob die Familienkasse die Festsetzung von Kindergeld „mit Wirkung vom 1.1.2000 gem. § 70 Abs. 4 EStG“ auf, weil nachträglich bekannt geworden sei, dass die Einkünfte und Bezüge des Kindes den Grenzbetrag nach § 32 Abs. 4 Satz 2 EStG überschritten hätten. Der Kläger legte gegen den Bescheid, der mit einer Rechtsbehelfsbelehrung versehen war, keinen Einspruch ein.

Mit Schreiben vom 13.7.2005 und vom 15.8.2005 beantragte der Kläger die Zahlung von Kindergeld für das Jahr 2001. Er verwies auf den Beschluss des BVerfG v. 11.1.2005 – 2 BvR 167/02 (BFH/NV 2005, Beil. 3, 260), nach dem die Sozialversicherungsbeiträge eines nichtselbständig beschäftigten Kindes nicht in dessen Einkünfte und Bezüge einbezogen werden dürfen. Die Familienkasse lehnte durch Bescheid vom 2.9.2005 den Antrag ab. Sie führte aus, die Bestandskraft des Bescheids vom 1.8.2002 erstrecke sich bis zum Monat seiner Bekanntgabe. Der Einspruch des Klägers hatte keinen Erfolg. Das FG gab der Klage statt.

Zur Begründung der Revision trug die Familienkasse vor, die Rechtsauffassung des FG stehe in Widerspruch zur Rspr. des BFH, der mehrfach bestätigt habe, dass die Bindungswirkung eines Aufhebungsbescheids mit dem Monat der Bekanntgabe ende.

Die Entscheidung des Gerichts: Nach Auffassung des BFH hat das FG zutreffend entschieden, dass die (negative) Bindungswirkung des Aufhebungsbescheids vom 1.8.2002 das Jahr 2001 nicht erfasst hat.

Zwar erstreckt sich die Bestandskraft eines nicht angefochtenen Bescheids, durch den die Festsetzung von Kindergeld abgelehnt oder auf Null Euro (DM) festgesetzt oder durch den eine Kindergeldfestsetzung aufgehoben wird, in zeitlicher Hinsicht grds. bis zum Ende des Monats seiner Bekanntgabe (z.B. BFH v. 25.7.2001 – VI R 78/98, BStBl. II 2002, 88; v. 25.7.2001 – VI R 164/98, BStBl. II 2002, 89; v. 14.12.2006 – III R 24/06, BStBl. II 2007, 530 = FamRZ 2007, 394). Allerdings ist es der Familienkasse unbenommen, in einem Ablehnungs- oder Aufhebungsbescheid eine hiervon abweichende zeitliche Regelung zu treffen.

Nach § 119 Abs. 1 AO muss ein Verwaltungsakt inhaltlich hinreichend bestimmt sein. Einem Verwaltungsakt muss der Regelungsinhalt eindeutig zu entnehmen sein (BFH v. 22.8.2007 – II R 44/05, BStBl. II 2009, 754). Ob diese Voraussetzungen erfüllt sind, ist im Wege der Auslegung unter Berücksichtigung der Auslegungsregeln der §§ 133, 157 BGB zu ermitteln. Entscheidend sind der erklärte Wille der Behörde und der sich daraus ergebende objektive Erklärungsinhalt der Regelung, wie ihn der Betroffene nach den ihm bekannten Umständen unter Berücksichtigung von Treu und Glauben verstehen konnte (vgl. BFH v. 18.2.1997 – VII R 96/95, BStBl. II 1997, 339; v. 11.7.2006 – VIII R 10/05, BStBl. II 2007, 96; v. 9.4.2008 – II R 31/06, BFH/NV 2008, 1435). Bei der Auslegung ist nicht allein auf den Tenor des Bescheids abzustellen, sondern auch auf den materiellen Regelungsgehalt einschließlich der für den Bescheid gegebenen Begründung (BFH v. 22.8.2007 – II R 44/05, BStBl. II 2009, 754). Die Auslegung des Inhalts von Verwaltungsakten durch das FG ist im Revisionsverfahren in vollem Umfang nachprüfbar (*Ruban* in Gräber, FGO, 6. Aufl., § 118 Rz. 25).

Nach Ansicht des BFH konnte der Kläger den Bescheid vom 1.8.2002 dahin verstehen, dass nur für das Jahr 2000 eine (ablehnende) Regelung getroffen werden sollte. Zwar ist darin nur der 1.1.2000 als Zeitpunkt genannt, ab dem die Kindergeldfestsetzung aufgehoben werden sollte. Eine ausdrückliche zeitliche Begrenzung der Verwaltungsentscheidung fehlt. Jedoch geht aus dem gesamten Inhalt des Bescheids hervor, dass die Familienkasse nur das Jahr 2000 beurteilen wollte. Zum einen wurde die Aufhebung damit begründet, dass die Einkünfte und Bezüge des Sohnes im Jahr 2000 die maßgebliche Jahresgrenze überschritten hätten. Zum anderen ergibt sich aus dem Hinweis auf § 70 Abs. 4 EStG, dass nur eine auf das Jahr 2000 bezogene Betrachtung angestellt werden sollte, auch wenn die zitierte Vorschrift im Streitfall nicht einschlägig war, weil die Familienkasse bereits ab Januar 2000 kein Kindergeld mehr gezahlt hatte.

Die durch das Zweite Gesetz zur Familienförderung vom 16.8.2001 (BGBl. I 2001, 2074 = BStBl. I 2001, 533) mit Wirkung vom 1.1.2002 eingeführte Vorschrift ermöglicht die Korrektur von Kindergeldbescheiden in den Fällen, in denen sich nachträglich herausstellt, dass die Prognose über die zu erwartenden Einkünfte und Bezüge des Kindes unzutreffend war (vgl. z.B. BFH v. 28.6.2006 – III R 13/06, BStBl. II 2007, 714 = FamRZ 2006, 1670 [1672] = FamRB 2006, 369). Ein Bescheid, durch den eine Kindergeldfestsetzung nach § 70 Abs. 4 EStG aufgehoben wird, betrifft einen Prognosezeitraum und nicht darüber hinaus den Zeitraum bis zum Monat der Bekanntgabe. Der Kläger konnte den Hinweis auf § 70 Abs. 4 EStG und dessen wörtliche Wiedergabe dahin verstehen, dass nur die Festsetzung für den Zeitraum, in dem die Einkünfte und Bezüge den Grenzbetrag überschritten (2000), aufgehoben werden sollte. Für die Zeit danach gab die Familienkasse keine Änderungsvorschrift

an. Der Kläger hatte somit allen Anlass zu der Annahme, der Aufhebungsbescheid betreffe nur das Jahr 2000.

Konsequenzen für die Praxis: Die Entscheidung zeigt nachdrücklich, wie wichtig es ist, dass der von einem Verwaltungsakt Betroffene dessen Inhalt und zeitlichen Wirkung sorgfältig prüft und ggf. der gerichtlichen Kontrolle unterwirft.

Beraterhinweis: Nach Presseberichten haben Bescheide der Familienkasse eine erhebliche Fehlerquote. Deshalb ist hier besondere Aufmerksamkeit geboten. ◁

PräsFG a.D. Hansjürgen Schwarz, Illingen/Saar

Nichteheliche Lebensgemeinschaft/ Lebenspartnerschaft

Ausgleichsansprüche nach nichtehelicher Lebensgemeinschaft

Wurde eine nichteheliche Lebensgemeinschaft in der Weise geführt, dass der alleinverdienende Teil zugunsten des den Haushalt führenden Partners die gemeinsamen Verpflichtungen (hier: Miete der gemeinsamen Wohnung) allein trägt, scheidet ein Gesamtschuldnerausgleich auch dann aus, wenn vor Trennung der Parteien fällig gewordene Zahlungsverpflichtungen erst danach erfüllt worden sind.

BGH, Urt. v. 3.2.2010 – XII ZR 53/08
(LG Meiningen – 4 S 235/06)
BGB § 426 Abs. 1 S. 1
Bestell-Nr.: FE-02975

Das Problem: Die Parteien führten von Juni 1999 bis Juli 2001 eine nichteheliche Lebensgemeinschaft, aus der ein im Dezember 2000 geborenes Kind hervorging, und hatten gemeinsam eine Wohnung gemietet. Da die Beklagte nach Beendigung einer Ausbildung, infolge ihrer Schwangerschaft und anschließend aufgrund der Betreuung des gemeinsamen Kindes ohne wesentliche Einkünfte war, wurde die Miete allein aus dem Einkommen des Klägers bestritten. Nachdem Mietrückstände aufgelaufen waren, erbrachte der Kläger hierauf im Juni 2001, kurz vor Trennung der Parteien, 2.169 €. Einige Zeit danach zahlte er weitere 2.046 €. Er hat hälftigen Ausgleich der Gesamtsumme verlangt. Das Berufungsgericht verurteilte die Beklagte zur Zahlung von 1.023 €, der Hälfte des nach der Trennung zurückgeführten Betrags.

Die Entscheidung des Gerichts: Auf die Revision der Beklagten hat der BGH das Berufungsurteil aufgehoben und die Klage insgesamt abgewiesen. Zwischen Gesamtschuldnern könne sich eine anderweitige Bestimmung i.S.v. § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB nach ständiger Rechtsprechung aus Gesetz, aus ausdrücklicher oder stillschweigender Vereinbarung oder „aus der Natur der Sache“ ergeben, mithin aus der besonderen Gestaltung des tatsächlichen Geschehens. Diese könne – ähnlich wie in der Ehe – auch in der nichtehelichen Lebensgemeinschaft dahin gehen, dass der alleinverdienende Teil zugunsten des haushaltführenden Teils die gemeinsamen Verpflichtungen allein trage und daher ein Ausgleichsanspruch ausscheide. Es gelte der Grundsatz, dass – wenn die Partner nicht etwas Besonderes unter sich geregelt haben – persönliche und wirtschaftliche Leistungen nicht gegeneinander aufzurechnen seien. Die Miete habe hier allein der dauerhaft erwerbstätige Kläger aufbringen können. An der sich so ergebenden, vom Regelfall der Gesamtschuld abweichenden Bestimmung ändere sich auch nichts dadurch, dass er seiner Verpflichtung nicht fristgerecht, sondern erst nach Trennung der Parteien nachgekommen sei. Ein Ausgleich würde nur in Betracht kommen, wenn über die Deckung der laufenden Bedürfnisse hinaus durch wesentliche Beiträge einer Seite ein Vermögenswert von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung geschaffen worden wäre.

Konsequenzen für die Praxis: Neben der hier gegebenen Situation der Deckung laufenden Lebensbedarfs durch den allein leistungsfähigen Partner können Fragen des Gesamtschuldnerausgleichs in der nichtehelichen Lebensgemeinschaft auch in verschiedenen anderen Fallgestaltungen auftreten. Der gemeinsame Kredit kann etwa für die Anschaffung von Gegenständen aufgenommen worden sein, die nach der Trennung im Besitz eines der Partner verbleiben; er kann für einen gemeinsamen Urlaub verbraucht worden sein oder der Umschuldung von Altverbindlichkeiten nur eines Partners gedient haben. Hier ist die Rechtsprechung unübersichtlich und einzelfallbezogen; der Ausgang eines gerichtlichen Verfahrens ist nicht ohne weiteres vorherzusagen (vgl. Schröder/Bergschneider/*Burger,* Familienvermögensrecht, 2. Aufl. 2007, Rz. 7.202 ff.).

Für den hier nur zur Abgrenzung erwähnten Vermögensausgleich von erheblichen Vermögenswerten – meistens: für die Gemeinschaft angeschafftes Wohneigentum – lässt der BGH in neuerer Rechtsprechung neben Ansprüchen nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen nunmehr auch solche nach Bereicherungsrecht (Zweckverfehlung) oder wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage zu (grundlegend BGH v. 9.7.2008 – XII ZR 179/05, FamRZ 2008, 1822 = FamRB 2008, 302).

Beraterhinweis: Für den Gesamtschuldnerausgleich zwischen getrennt lebenden oder geschiedenen Ehegatten sind jetzt nach § 266 Abs. 1 Nr. 3 FamFG die Familiengerichte zuständig. Dagegen müssen bei der nichtehelichen Lebensgemeinschaft auch solche Streitigkeiten weiterhin bei den allgemeinen Zivilgerichten anhängig gemacht werden. ◁

RiOLG Winfrid Burger, Zweibrücken

Mehr zum Thema: Zu den Ausgleichsansprüchen, wenn die nichteheliche Lebensgemeinschaft durch den Tod des Zuwendenden ein Ende gefunden hat, s. BGH v. 25.11.2009 – XII ZR 92/06, FamRB 2010, 82.

Personenstandsrecht

Wiederannahme des Geburtsnamens durch den verwitweten oder geschiedenen Ehegatten unwiderruflich

Nimmt der geschiedene oder verwitwete Ehegatte durch Erklärung ggü. dem Standesbeamten seinen Geburtsnamen bzw. seinen früher geführten Namen wieder an, so ist diese Erklärung unwiderruflich.

OLG Frankfurt, Beschl. v. 28.8.2009 – 20 W 87/09
(LG Marburg – 3 T 75/08)
BGB § 1355
Bestell-Nr.: FE-02964

Das Problem: Die nach langjähriger Ehe 1981 verwitwete, annähernd 90-jährige Antragstellerin beabsichtigte, die Kinder ihres verstorbenen Bruders zu adoptieren. Da sie zu diesem Zeitpunkt den Namen ihres verstorbenen Mannes als Ehenamen führte, gab sie 2007 eine schriftliche Erklärung ggü. dem Standesbeamten ab, nach der sie ihren Geburtsnamen wieder annehme. Das Standesamt stellte daraufhin über die vollzogene Namensänderung eine Bescheinigung aus. Später gab die Antragstellerin den Plan zur Adoption auf und erklärte mehrfach ggü. dem Standesamt, ihren Ehenamen wieder führen zu wollen und ihre frühere Erklärung zu widerrufen. Eine Namensänderung i.S.d. Namensänderungsgesetzes strebe sie ausdrücklich nicht an. Ist ein solcher Widerruf zulässig?

Die Entscheidung des Gerichts: Das OLG verneint diese Frage. Nach § 1355 Abs. 5 BGB behalte der geschiedene oder verwitwete Ehegatte zunächst grundsätzlich den Ehenamen, könne aber durch eine Erklärung gem. § 1355 Abs. 5 Satz 2 BGB den vor der Ehe geführten Namen wieder annehmen oder diesen Namen dem Ehenamen voranstellen oder anfügen. Ein Widerrufsrecht bezüglich dieser Erklärung bestehe aber nicht, obwohl gem. § 1355 Abs. 5 Satz 3 BGB die Regelung des § 1355 Abs. 4 BGB entsprechend gelte, welche unter bestimmten Umständen ein einmaliges Widerrufsrecht ausdrücklich vorsieht. Eine Auslegung, die aufgrund dessen eine Widerrufsmöglichkeit auch für die Wahlerklärung nach § 1355 Abs. 5 BGB vorsehe, sei nach der Entstehungsgeschichte sowie nach Sinn und Zweck der Vorschrift ausgeschlossen. Der Gesetzgeber habe mit der Neuregelung des § 1355 BGB insbesondere die Vorgaben des BVerfG (BVerfG v. 5.3.1991 – 1 BvL 83/86, 1 BvL 24/88, FamRZ 1991, 535 = MDR 1991, 873) umsetzen wollen. Nachdem die Regelbestimmung des Mannesnamens zum Ehenamen für verfassungswidrig erklärt worden sei, habe man mit der Regelung des § 1355 Abs. 4 BGB das Ziel verfolgt, so weit wie möglich die Namenseinheit in der Ehe zu fördern und deshalb eine breite Palette von Kombinationsmöglichkeiten und das einmalige Widerrufsrecht vorgesehen. Eine grundsätzliche Widerrufsmöglichkeit für die Wiederannahme des Geburtsnamens habe der Gesetzgeber hierbei aber nicht im Sinn gehabt.

Konsequenzen für die Praxis: Die Verweisung des § 1355 Abs. 5 Satz 3 BGB auf eine entsprechende Anwendung des § 1355 Abs. 4 BGB begründet kein Widerrufsrecht, welches die Wiederannahme des Ehenamens erlauben würde. § 1355 Abs. 4 Satz 3 BGB dient ausschließlich der Förderung des rechtspolitisch gewollten Ziels eines einheitlichen, aus nur einem Namen bestehenden Ehenamens und ermöglicht es daher nur, den Begleitnamen abzulegen, nicht aber, den Ehenamen wieder anzunehmen.

Beraterhinweis: Statt des unzulässigen Widerrufs der Erklärung zur Wiederannahme des Geburtsnamens wäre an eine Änderung gemäß Namensänderungsgesetz (NamÄndG) zu denken, die die Antragstellerin hier ausdrücklich nicht anstrebte. Voraussetzung für die Namensänderung ist gem. § 3 Abs. 1 NamÄndG ein wichtiger Grund, der die Änderung rechtfertigt. Dies ist anhand einer Abwägung aller für und gegen die Namensänderung streitenden Interessen zu bestimmen (vgl. BVerwG v. 9.1.1990 – 10 A 1476/86, FamRZ 1990, 879).
Gerade in Fällen wie dem hier besprochenen, in denen der Ehename jahrzehntelang geführt wurde, der Grund für die Wiederannahme des Geburtsnamens weggefallen ist und dieser auch zwischenzeitlich nur für eine relativ kurze Zeit geführt wurde, könnte die Abwägung durchaus zugunsten des Antragstellers ausfallen. ◁

RiAG Andreas Wiegelmann, Köln

Erbrecht

Erbberechtigung vor dem 1.7.1949 nichtehelich geborener Kinder

Der EuGHMR hat am 28.5.2009 auf eine Individualbeschwerde entschieden, dass die in Art. 12 Abs. 1 § 10 Abs. 2 Satz 1 NEhelG enthaltene Regelung, nach der die vor dem 1.7.1949 geborenen nichtehelichen Kinder von der gesetzlichen Erbfolge nach ihrem Vater ausgeschlossen sind, gegen das Diskriminierungsverbot des Art. 14 i.V.m. Art. 8 EMRK verstößt. Die vorrangige Pflicht der deutschen Gerichte zu einer konventionsgemäßen Auslegung von Art. 12 Abs. 1 § 10 Abs. 2 Satz 1 NEhelG erfordert entsprechende Auslegungs- und Abwägungsspielräume, die bei der genannten Vorschrift nicht gegeben sein dürften. Zumindest zwingt der vorliegend zu beurteilende abweichende Sachverhalt nicht zu einer solchen Auslegung. Die Rechtsbeschwerde ist wegen der Problematik der „völkerrechtskonformen" Auslegung der Vorschrift zugelassen.

OLG Stuttgart, Beschl. v. 24.11.2009 – 8 W 462/09
(Notariat Leutkirch – I NG 22/2009)
BGB §§ 1589, 1924, 1925; NEhelG Art. 12 Abs. 1 § 10;

EMRK Artt. 8, 14
Bestell-Nr.: FE-02917

Das Problem: Der EuGHMR hat in seiner Entscheidung v. 28.5.2009, FamRZ 2009, 1293 ff. den Ausschluss eines vor dem 1.7.1949 nichtehelich geborenen Kindes vom gesetzlichen Erbrecht nach seinem Vater (Art. 12 Abs. 1 § 10 Abs. 2 Satz 1 NEhelG) für menschenrechtswidrig erklärt. Der Ausschluss des gesetzlichen Erbrechts verstoße gegen das Diskriminierungsverbot und das Recht auf Achtung des Familienlebens i.S.d. Art. 14 i.V.m. Art. 8 EMRK. Dem lag der Fall eines nichtehelichen Kindes zugrunde, das ein gesetzliches Erbrecht nach seinem leiblichen Vater geltend machte. Die Besonderheit des Falls lag darin, dass das Kind (nicht sein Vater) bis zur Wiedervereinigung in der DDR, in der eheliche und nichteheliche Kinder denselben Status hatten, gelebt und Kontakt zu seinem Vater gepflegt hatte, was letztlich den Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 EMRK (Schutz des Familienlebens) eröffnete.

In der Rechtsprechung ist bislang ungeklärt, ob und wie die Entscheidung des EuGHMR bei der Anwendung des Art. 12 Abs. 1 § 10 Abs. 2 Satz 1 NEhelG zur Geltung kommt. Hierüber hatte das OLG Stuttgart im Rahmen eines Erbscheinsantrags eines vor dem 1.7.1949 geborenen nichtehelichen Kindes zu befinden, das ein gesetzliches Erbrecht nach der Erblasserin, der verstorbenen Schwester seines vorverstorbenen Vaters, geltend machte. Die Erblasserin selbst hatte keine Kinder. Ihre Eltern waren vorverstorben.

Die Entscheidung des Gerichts: Das OLG stellt zunächst fest, dass aufgrund der schon früher ergangenen Entscheidungen des BVerfG (BVerfG NJW 1977, 1677; v. 20.11.2003 – 1 BvR 2257/03, FamRZ 2004, 433) die Verfassungsmäßigkeit des Art. 12 Abs. 1 § 10 Abs. 2 Satz 1 NEhelG nicht zu bezweifeln sei und deshalb eine Vorlage zum BVerfG ausscheide. (Zur verfassungsrechtlichen Frage bei Heirat der leiblichen Eltern nach Aufhebung der Legitimationsvorschriften zum 1.7.1998 siehe aber BVerfG v. 8.1.2009 – 1 BvR 755/08, FamRB 2009, 211: Die Wirkungen der Legitimation, nämlich die Ehelichkeit und damit das Erbrecht des vor dem 1.7.1949 geborenen nichtehelichen Kindes, müssen auch bei Heirat der Eltern nach dem 1.7.1998 eintreten.)

Ein vom EuGHMR festgestellter Verstoß gegen die EMRK, die innerstaatlich nur den Rang einfachen Bundesrechts besitzt (BVerfG v. 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04, NJW 2004, 3407 [3408] = FamRBint 2005, 8), führt nicht dazu, dass die menschenrechtswidrige innerstaatliche Norm nichtig und von den Gerichten nicht zu beachten wäre. Zur Bindung der Gerichte an Gesetz und Recht i.S.d. Art. 20 Abs. 3 GG gehöre es aber, die Gewährleistungen der EMRK und die Entscheidungen des EuGHMR im Rahmen einer methodisch vertretbaren Gesetzesauslegung zu berücksichtigen (BVerfG v. 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04, NJW 2004, 3407 [3411] = FamRBint 2005, 8) und so nach Möglichkeit einen fortdauernden Verstoß gegen die EMRK zu beenden.

Das OLG sieht jedoch aufgrund der klaren Stichtagsbezogenheit der Regelung des Art. 12 Abs. 1 § 10 Abs. 2 Satz 1 NEhelG schon keinen Auslegungsspielraum, nach innerstaatlich geltendem Recht den Erbrechtsausschluss der vor dem 1.7.1949 geborenen nichtehelichen Kinder zu überwinden (a.A. *Leipold*, ZEV 2009, 488 [492]). Lediglich der Gesetzgeber habe die Möglichkeit, durch Gesetzesänderung den Konventionsverstoß zu beseitigen.

Zudem weist das OLG darauf hin, dass es anders als im Fall des EuGHMR in dem ihm vorliegenden Sachverhalt nicht um das Erbrecht eines nichtehelichen Kindes nach seinem Vater, zu dem im Fall des EuGHMR eine familiäre Bindung bestanden hatte, ging, sondern um ein Erbrecht nach einer Schwester des Vaters. Ferner weise der Fall auch anders als im Fall des EuGHMR keinen Bezug zur ehemaligen DDR auf. Von daher geht das OLG davon aus, dass in dem ihm vorliegenden Fall der Vertrauensschutz der Erblasserin auf die Verfassungsmäßigkeit und Geltung des Art. 12 Abs. 1 § 10 Abs. 2 Satz 1 NEhelG Vorrang genieße vor dem Interesse eines fernen Angehörigen an einer gesetzlichen Erbenstellung. Nach Auffassung des OLG ist somit im vorliegenden Fall, anders als im Fall des EuGHMR, schon kein Konventionsverstoß feststellbar.

Konsequenzen für die Praxis: Nach Ansicht des OLG Stuttgart steht aufgrund der Entscheidung des EuGHMR nicht die generelle Konventionswidrigkeit des Art. 12 Abs. 1 § 10 Abs. 2 Satz 1 NEhelG fest, sondern nur in Fällen, in denen durch familiär gelebte Beziehungen zum Erblasser ein schutzwürdiges Vertrauen des Erbprätendenten entstanden ist (s.a. *Leipold*, ZEV 2009, 488 [492]). Mangelt es schon hieran, erübrigen sich Überlegungen zu einer restriktiven Auslegung der Vorschrift. Mit dem Argument des fehlenden Auslegungsspielraums dürfte darüber hinaus der Erbrechtsausschluss insgesamt weiter anzuwenden sein, bis der Gesetzgeber eine Neuregelung schafft.

Beraterhinweis: Die Rechtsfrage, ob und inwieweit Art. 12 Abs. 1 § 10 Abs. 2 Satz 1 NEhelG noch Anwendung findet, kann keinesfalls als geklärt angesehen werden. In der erbrechtlichen Beratung ist bei vor dem 1.7.1949 geborenen Kindern nicht nur auf den – wohl nur beschränkten – Umfang der Konventionswidrigkeit des Erbrechtsausschlusses hinzuweisen, sondern auch darauf, dass jedenfalls bis zu einer Entscheidung des BGH noch nicht abschließend geklärt ist, ob bis zu einer möglichen Reform innerstaatlich der Erbrechtsausschluss fort gilt.

Das Bundesministerium der Justiz hat in einer Presseerklärung vom 22.1.2010 (s. FamRB 2010, 100) bekannt gegeben, dass der Vertrauensschutz auf die bisherige Rechtslage jedenfalls für Erbfälle vor der Entscheidung des EGMR bestehen bleiben soll, soweit nicht der Fiskus Erbe ist. Für die übrigen – insb. künftigen – Erbfälle sollen nach einem Referentenentwurf nichteheliche Kinder nach ihrem Vater grundsätzlich gleichgestellt werden, jedoch gegenüber hinterbliebenen Ehegatten oder Lebenspartnern nur als gesetzliche Nacherben. Eine streitanfällige gesetzliche Vor- und Nacherbschaft, die den Grundprinzipien der gesetzlichen Erbfolge zudem fremd ist, schafft aber mehr Probleme, als sie, bezogen auf den von EGMR behandelten Einzelfall, lösen muss.

Diese „Kinder“ sind heute über 60 Jahre alt. Sie werden den Eintritt der Nacherbfolge in vielen Fällen selbst nicht erleben. Wegen der Vererblichkeit des Nacherbenanwartschaftsrechts kommen eher deren Erben in den Genuss der Nacherbschaft.

Wegen der Beschränkung durch die Vorerbschaft stellt diese Regelung wohl keine Gleichstellung dar und dürfte daher wiederum diskriminierend sein. ◁

RAuN Dr. Hubertus Rohlfing, FAErbR, Hamm/Westf.

Sonstiges

Sozialrechtliche Regelleistungen für minderjährige Kinder

Das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG sichert jedem Hilfebedürftigen diejenigen materiellen Voraussetzungen zu, die für seine physische Existenz und für ein Mindestmaß an Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben unerlässlich sind.

Dieses Grundrecht aus Art. 1 Abs. 1 GG hat als Gewährleistungsrecht in seiner Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 GG neben dem absolut wirkenden Anspruch aus Art. 1 Abs. 1 GG auf Achtung der Würde jedes Einzelnen eigenständige Bedeutung. Es ist dem Grunde nach unverfügbar und muss eingelöst werden, bedarf aber der Konkretisierung und stetigen Aktualisierung durch den Gesetzgeber, der die zu erbringenden Leistungen an dem jeweiligen Entwicklungsstand des Gemeinwesens und den bestehenden Lebensbedingungen auszurichten hat. Dabei steht ihm ein Gestaltungsspielraum zu.

Zur Ermittlung des Anspruchumfangs hat der Gesetzgeber alle existenznotwendigen Aufwendungen in einem transparenten und sachgerechten Verfahren realitätsgerecht sowie nachvollziehbar auf der Grundlage verlässlicher Zahlen und schlüssiger Berechnungsverfahren zu bemessen.

Der Gesetzgeber kann den typischen Bedarf zur Sicherung des menschenwürdigen Existenzminimums durch einen monatlichen Festbetrag decken, muss aber für einen darüber hinausgehenden unabweisbaren, laufenden, nicht nur einmaligen, besonderen Bedarf einen zusätzlichen Leistungsanspruch einräumen.

BVerfG, Urt. v. 9.2.2010 – 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09
(LSG Hessen – L 6 AS 336/07; BSG – B 14 AS 5/08 R; BSG – B 14/11b AS 9/07 R)
GG Artt. 1, 20; SGB II §§ 20, 28
Bestell-Nr.: FE-02956

Das Problem: Sind die sozialrechtlichen Regelleistungen für minderjährige Kinder in verfassungswidriger Weise fehlerhaft bemessen? Diese Frage hatten das LSG Hessen sowie das BSG aus unterschiedlichen Gründen bejaht und nach Art. 100 GG dem BVerfG zur Entscheidung vorgelegt. Während sich das LSG auch mit der Höhe der Leistungen auseinandergesetzt hat, hat das BSG allein auf methodische Schwächen abgestellt, die es in der nicht hinreichend begründeten Ableitung aus dem Bedarf eines Erwachsenen, eines einheitlichen Bedarfs für die Zeit bis zum 14. Lebensjahr und dem Fehlen einer Öffnungsklausel für besondere Bedarfssituationen gesehen hat.

Die Entscheidung des Gerichts: Das BVerfG hat die Richtervorlagen für zulässig erachtet und nach mündlicher Verhandlung die in den §§ 20, 28 SGB II gesetzlich festgelegten Regelleistungen für Alleinstehende und erwerbsfähige Haushaltsangehörige sowie das Sozialgeld für Kinder für nicht mit dem Grundgesetz vereinbar erklärt.

Mit dem SGB II habe der Gesetzgeber ein der Verpflichtung aus Artt. 1 Abs. 1, 20 Abs. 1 GG gerecht werdendes System zur umfassenden sozialen Sicherung des Existenzminimums – das auch die Teilnahme am sozialen Leben einschließe – geschaffen. In seiner Begründung hat das BVerfG dabei den vom Gesetzgeber gewählten Ausgangspunkt gebilligt, die Höhe des sozialrechtlich relevanten Existenzminimums nicht mehr anhand eines Warenkorbmodells zu bestimmen, sondern auf statistische Erhebungen zurückzugreifen. Mit der Wahl dieser Methode halte sich der Gesetzgeber im Rahmen seines Gestaltungsspielraums. Die Methode sei sogar vorteilhaft, weil sie vom tatsächlichen Ausgabeverhalten ausgehe und eine Bindung an einzelne Bedarfspositionen vermeide. Ebenso sei es nicht zu beanstanden, dass in der Regel ein Pauschalbetrag zur Verfügung gestellt werde, aus dem der Hilfeempfänger auch einmalige in größerem zeitlichen Abstand anfallende Aufwendungen zu bestreiten habe. Die geringeren Leistungen für erwachsene Partner seien aufgrund der Ersparnisse in einer Haushaltsgemeinschaft berechtigt. Zudem sei keine der im Gesetz vorgesehenen Leistungen (seinerzeit 345, 311 und 207 €) evident unzureichend.

Bei der Bemessung der Regelsätze könne der Gesetzgeber auch Abschläge vornehmen, wenn Aufwendungen nicht für den Regelsatz relevant seien, insbesondere dann, wenn die Aufwendungen durch Ansprüche auf Sachleistungen oder Kostenbefreiungen gedeckt seien. Die Regelleistung von 345 € sei jedoch deshalb nicht in verfassungskonformer Weise ermittelt worden, weil sich der Gesetzgeber bei der gesetzlichen Umsetzung nicht an die von ihm selbst gewählte Methode gehalten und ohne sachliche Rechtfertigung von den Grundlagen der Bemessung abgewichen sei. Bei der Bemessung des Regelsatzes fehle es an tragfähigen Begründungen, die vorgenommenen Kürzungen seien empirisch nicht belegt.

Es sei z.B. nicht nachvollziehbar, weshalb in der Position für Fahrzeuge ein erheblicher Abschlag vorgenommen werde, ohne dass zugleich ein dann ggf. anfallender höherer Bedarf für die Nutzung öffentlicher Verkehrsmittel bedacht worden sei. Entsprechendes gelte für den Aus-

schluss jeglicher Ausgaben für Bildung. Solche Abweichungen von dem Statistikmodell hätten einer besonderen Begründung bedurft. Leistungen der Länder wären nur dann bedarfsmindernd zu berücksichtigen, wenn ihnen entsprechende Rechtsansprüche zugrunde lägen. Zudem sei die Anbindung der Regelleistungen an die Rentenentwicklung ein ungeeigneter Anpassungsmechanismus.

Diese bereits die Basisleistung betreffenden Mängel setzten sich bei den hiervon abgeleiteten weiteren Bedarfssätzen fort. Darüber hinaus sei eine pauschale Bedarfskürzung ungeeignet, den Bedarf für Kinder bis zum vollendeten 14. Lebensjahr zu bestimmen. Kinder seien keine „kleinen Erwachsenen". Ihr Bedarf müsse vielmehr eigenständig nach ihren in den jeweiligen Entwicklungsphasen unterschiedlichen Bedürfnissen bemessen werden. Dabei sei auch der Schulbedarf zu berücksichtigen. Sachleistungen und Vergünstigungen könnten den Regelsatz nur mindern, soweit diese aufgrund eines gesicherten Anspruchs erbracht würden. Eine Anpassung der Leistungen müsse sich an den Kosten der Lebenshaltung orientieren und dürfe künftig nicht mehr anhand der Rentenentwicklung vorgenommen werden.

Dem Gesetzgeber hat das BVerfG aufgegeben, bis zum Ende dieses Jahres das Existenzminimum für Kinder und Erwachsene jeweils eigenständig und realitätsgerecht neu festzusetzen. Bis zu einer Neufestsetzung – spätestens aber bis zum Ende dieses Jahres – bleibt es bei den geltenden Regelleistungen. Ergänzend hat das BVerfG einen unmittelbaren Anspruch gegen den Bund angeordnet, um einen zusätzlich auftretenden und unabweisbar notwendigen Bedarf decken zu können.

Konsequenzen für die Praxis: Das Urteil hat keine unmittelbaren Auswirkungen auf die Höhe der Regelleistungen. Diese werden weiterhin in der festgelegten Höhe gezahlt. Auch eine den Vorgaben des Urteils folgende Neubemessung muss nicht zu einer Anhebung führen. Weitergehende Veränderungen sind am ehesten beim Bedarf für Schulkinder zu erwarten. Dabei können Sachleistungen (z.B. Lehrmittelfreiheit) höhere Zahlungen ersetzen, sofern es sich um gesicherte Ansprüche handelt. Wie sich die notwendigen Neuberechnungen auf die Leistungen auswirken und ob damit ergänzende Umgestaltungen des sozialen Leistungssystems verbunden sind, lässt sich derzeit noch nicht verlässlich einschätzen.

Unmittelbare Auswirkungen ergeben sich aus dem Urteil aufgrund der erlassenen vorläufigen Anordnung. Diese begründet einen **sofort wirksamen Anspruch auf zusätzliche Leistungen**, soweit ein regelmäßiger Bedarf durch die Regelleistungen nicht gedeckt ist. Die Verwaltung hat bereits eine Härtefallregelung mit einer Positiv- und Negativliste erarbeitet. Nicht als Zusatzbedarfe gelten die Praxisgebühr, Kleidung in Übergrößen, Unterrichtsmaterialien und Schulverpflegung. Hingegen können unter bestimmten Voraussetzungen Zuschüsse für Arznei- und Hilfsmittel, Putz- und Haushaltshilfen bei Rollstuhlfahrern sowie Kosten für Nachhilfeunterricht in Anspruch genommen werden. In Familiensachen sind vor allem die **Kosten des Umgangsrechts** von Interesse, weil die besondere Lebenssituation getrennt lebender Familien durch die Regelsätze nur unzureichend abgedeckt wird. Diese können ebenfalls in einem angemessenen Umfang übernommen werden. Der Katalog ist nicht abschließend, sondern lässt eine Leistungsgewährung auch in anderen, vergleichbaren Fällen zu.

Beraterhinweis: Die Neubemessung des kindlichen Bedarfs wird sich insbesondere auf das Unterhaltsrecht auswirken. Für 2011 ist mit einer **weiteren Änderung** beim **Mindestunterhalt** zu rechnen. Weitere Veränderungen sind bei der Bemessung der **Selbstbehaltssätze zu erwarten**. Dies ist bei Entscheidungen und Vereinbarungen über den Unterhalt vorausschauend zu bedenken. In jedem Fall empfiehlt sich eine genaue Prüfung, ob die schematischen Bewertungen im Unterhaltsrecht gegenwärtig den Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalls noch gerecht werden können. ◁

VorsRiOLG Heinrich Schürmann, Oldenburg

FamRB-Beratungspraxis

Aktuelle Praxisfragen

Das Verfahren in sonstigen Familiensachen nach dem FamFG

von RiOLG Norbert Heiter, Stuttgart

Der Beitrag befasst sich mit den Regelungen des FamFG in sonstigen Familiensachen. Dabei erfolgt zunächst eine Einordnung dieser Verfahren in die Systematik des FamFG. Sodann werden allgemeine Fragen der Zuordnung behandelt und die einzelnen Fallgruppen des § 266 FamFG erläutert. Das in sonstigen Familiensachen anwendbare Recht wird dargestellt und die Unterschiede zum regulären Zivilverfahren werden hervorgehoben.

I. Allgemeine Fragen

Die Einführung der **neuen Gruppe** der sonstigen Familiensachen hat ggü. dem bisherigen Rechtszustand zu einer Erweiterung der Zuständigkeit der Familiengerichte geführt und ist ein wesentliches Element des nunmehr verwirklichten **großen Familiengerichts**. § 266 FamFG bestimmt, welche Verfahren sonstige Familiensachen sind. Die Vorschrift ist nicht dispositiv.[1] Sonstige Familiensachen nach **§ 266 Abs. 1 FamFG sind Familienstreitsachen**.[2] Diese Untergruppe ist ggü. den übrigen Familiensachen subsidiär (Auffangfunktion), auch die Regelungen über „sonstige Lebenspartnerschaftssachen" nach § 269 Abs. 2 und 3 FamFG gehen vor. Sonstige Familiensachen nach **§ 266 Abs. 2 FamFG sind Familiensachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit**.

Verfahren nach § 266 FamFG sind in § 137 FamFG nicht erwähnt und können daher von vornherein **nicht Folgesache** sein, also nicht in den Verbund mit einer Scheidungssache einbezogen werden. In diesem Punkt kann die Neuregelung nicht überzeugen. Zwar werden die von § 266 FamFG umfassten Ansprüche, anders als die in § 137 Abs. 2 FamFG genannten Ausgleichsmechanismen, häufig nicht tatbestandlich an die Scheidung der Ehe anknüpfen, jedoch sind auch im Anwendungsbereich des § 266 Abs. 1 Nr. 3 FamFG ohne weiteres „für den Fall der Scheidung" bestehende Ansprüche, etwa auf vertraglicher Grundlage, denkbar. Allgemein-vermögensrechtliche Ansprüche können für einen Ehegatten mit den in § 137 Abs. 2 Nr. 1 bis 4 FamFG genannten Ansprüchen mindestens gleichbedeutend sein, etwa wenn letztere vertraglich ausgeschlossen sind. Dem hätte durch die Schaffung einer auf die Fälle des § 266 Abs. 1 Nr. 3 FamFG bei Ansprüchen nur zwischen den Ehegatten im Fall der Scheidung begrenzten, **flexiblen Einbeziehungsregelung** nach dem Vorbild des § 137 Abs. 3 FamFG Rechnung getragen werden können. Dies wäre auch kein Verstoß gegen die Systematik des § 137 FamFG, da auch bei Folgesachen nach § 137 Abs. 3 FamFG nicht vorausgesetzt wird, dass eine Entscheidung gerade für den Fall der Scheidung zu treffen ist.

II. Sonstige Familiensachen nach § 266 Abs. 1 FamFG

1. Allgemeines zur Einordnung

a) Vorprüfung

Damit ein Verfahren sonstige Familiensache nach § 266 Abs. 1 FamFG sein kann, muss es zunächst „Zivilsache" i.S.d. § 13 GVG n.F. sein; es darf also **kein anderer Rechtsweg** als der zu den ordentlichen Gerichten – und damit zu den Familiengerichten – gegeben sein. Sodann darf es sich **nicht** um eines der in **§ 23a Abs. 2 GVG** n.F. aufgezählten fG-Verfahren handeln; diese können, wie sich aus §§ 13 und 23a Abs. 1 GVG n.F. ergibt, von vornherein keine Familiensachen sein. Weiter darf das Verfahren **nicht** bereits **nach** einer **anderen Vorschrift Familiensache** (gleich welcher Art) sein; dies ergibt sich aus der Subsidiaritätsklausel am Ende des § 266 Abs. 1 FamFG. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, kann § 266 Abs. 1 FamFG zur Anwendung kommen.

b) Ansprüche

Der in allen Nummern des § 266 Abs. 1 FamFG verwendete Begriff des Anspruchs ist weit auszulegen,[3] er wird **jedes Rechtsverhältnis und jede materiell-rechtliche Rechtsposition** umfassen, auch dingliche oder sonstige absolute Rechte sowie Gestaltungsrechte. Darauf, ob der Anspruch vermögensrechtlicher Natur ist oder nicht, kommt es nicht an.

c) Zusammenhang

Der **nur in § 266 Abs. 1 Nr. 1 und 3 FamFG geforderte** Zusammenhang mit der Beendigung des Verlöbnisses bzw. mit Trennung, Scheidung oder Aufhebung der Ehe muss in doppelter Hinsicht gegeben sein: Zum einen muss ein **inhaltlicher Bezug** zu einem der genannten Ereignisse bestehen, dieser kann etwa rechtlicher oder wirtschaftlicher Art sein. Zum anderen muss ein gewisser **zeitlicher Zusammenhang** bestehen,[4] es darf also seit

1 *Heinemann*, MDR 2009, 1026 (1029).
2 Vgl. § 112 Nr. 3 FamFG.
3 Nicht maßgeblich ist die Legaldefinition des § 194 BGB.
4 Im Einzelnen str., zur Begründung vgl. *Heiter* in Prütting/Helms, FamFG, § 266 Rz. 47 ff.

der Beendigung des Verlöbnisses bzw. der Ehe kein allzu langer Zeitraum verstrichen sein. Hierbei wird es entscheidend auf die Umstände des Einzelfalls ankommen, etwa auf den konkreten Verfahrensgegenstand und darauf, ob die Rechtsbeziehungen der früheren Partner schon seit längerem weitgehend auseinandergesetzt waren.

d) Die Ausschlussklausel

Das Verfahren darf **nicht** in die Zuständigkeit der **Arbeitsgerichte**[5] fallen und weiterhin nicht eines der in **§ 348 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 Buchst. a bis k ZPO genannten Sachgebiete, das Wohnungseigentumsrecht oder das Erbrecht** betreffen. Dies gilt auch dann, wenn für die Bearbeitung des konkreten Einzelfalls spezielle Kenntnisse in den genannten Rechtsbereichen nicht erforderlich sind. Bei der Prüfung, ob ein Verfahren einem dieser Rechtsgebiete zuzuordnen ist, ist ein **großzügiger Maßstab** anzulegen. Dies ergibt sich bereits aus der Verwendung des Begriffes „betrifft", der im FamFG, verglichen mit den Formulierungen „... zum Gegenstand hat" oder „Verfahren nach ...", die geringsten Anforderungen an den Zusammenhang mit der jeweils genannten Materie stellt. Es bietet sich an, die Grundsätze, nach denen sich bestimmt, ob eine Familiensache „kraft Sachzusammenhangs" vorliegt, spiegelbildlich auch auf die Frage der Zugehörigkeit zu einem der genannten speziellen zivilrechtlichen Rechtsgebiete anzuwenden.

e) Zweifelsfragen der Abgrenzung

Kann derselbe Streitgegenstand (Anspruch im prozessualen Sinne) auf **mehrere Anspruchsgrundlagen** gestützt werden, von denen nur eine unter § 266 Abs. 1 FamFG fällt, wird wie folgt zu unterscheiden sein: Kommt neben der Einordnung als sonstige Familiensache das Vorliegen einer **anderen Familiensache** nach § 111 FamFG in Betracht, geht diese Zuordnung vor, da § 266 Abs. 1 FamFG **subsidiär** ist. Kommt neben einer sonstigen Familiensache nach § 266 Abs. 1 FamFG auch die Annahme einer **Nichtfamiliensache** in Betracht, wird das Verfahren **als sonstige Familiensache anzusehen** sein.[6]

f) Analoge Anwendung des § 266 Abs. 1 FamFG?

Mit den Kriterien des § 266 Abs. 1 FamFG hat sich der Gesetzgeber bewusst an den Regelungen im **materiellen Familienrecht** orientiert: Einbezogen sind nur Ansprüche, die ihren Grund unmittelbar in einem familienrechtlich geregelten Rechtsverhältnis haben, und Ansprüche, die mit der Beendigung eines familienrechtlich geregelten Rechtsverhältnisses in Zusammenhang stehen. Diese Grundentscheidung ist auch bei der Auslegung der Vorschrift und bei der Behandlung von Zweifelsfällen zu berücksichtigen; eine **analoge Anwendung des § 266 Abs. 1 FamFG auf andere Gemeinschaften** ist daher **nicht möglich**. Dies gilt auch, wenn zwischen den Beteiligten eine „sozial-familiäre Beziehung" oder ein „personaler Grundkonflikt" besteht oder bestand; beides ist nach Wortlaut und Zweck des Gesetzes für das Vorliegen oder Nichtvorliegen einer sonstigen Familiensache ohne Bedeutung. Ansprüche zwischen Personen, die in einer **nichtehelichen Lebensgemeinschaft** zusammenleben oder gelebt haben, ohne dass eine familienrechtliche Sonderbeziehung vorliegt, erfüllen die Voraussetzungen des § 266 Abs. 1 FamFG nicht.

2. Die einzelnen Fallgruppen des § 266 Abs. 1 FamFG

a) Ansprüche im Zusammenhang mit der Beendigung eines Verlöbnisses

Dieser Fallgruppe kommt nur geringe Bedeutung zu, sie wurde der Vollständigkeit halber in das Gesetz aufgenommen. Als Anwendungsfälle kommen neben den speziellen Ansprüchen nach **§§ 1298, 1299 BGB** (Ersatz für in Erwartung der Ehe getätigte Aufwendungen usw.) etwa Ansprüche auf **Rückgewähr von Zuwendungen** aller Art in Betracht.

b) Aus der Ehe herrührende Ansprüche

Hierunter fallen nur **unmittelbar** aus der Ehe, insbesondere aus **§ 1353 BGB** hergeleitete Ansprüche persönlicher oder vermögensrechtlicher Art, sowie etwaige Schadenersatzansprüche bei Verletzung ensprechender Pflichten. Zu nennen sind etwa der Anspruch auf Mitwirkung bei der **gemeinsamen steuerlichen Veranlagung** und der Schadensersatzanspruch bei Verletzung dieser Pflicht. Sofern einer **Teilungsversteigerung** des im Miteigentum beider Ehegatten stehenden Familienheims gerade unter Berufung auf § 1353 BGB widersprochen wird, kann ebenfalls ein Fall der Nr. 2 gegeben sein. Weiter gehören hierzu Ansprüche, durch die der **Schutz des räumlich-gegenständlichen Bereichs der Ehe** ggü. dem anderen Ehegatten oder gegenüber Dritten verwirklicht werden soll (§ 823 Abs. 1, § 1004 BGB; sog. Ehestörungsklagen) sowie diesbezügliche Schadensersatzansprüche. Auch der auf § 1353 BGB gestützte Anspruch auf **Herstellung des ehelichen Lebens** sowie der als „negativer Herstellungsantrag" anzusehende Antrag auf Feststellung des Rechts zum Getrenntleben sind Verfahren nach Nr. 2. Durch die Reform wurden diese Verfahren nicht abgeschafft, sie sind aber keine Ehesachen mehr.[7]

c) Ansprüche im Zusammenhang mit Trennung oder Scheidung

Der Fallgruppe des § 266 Abs. 1 Nr. 3 FamFG kommt die größte praktische Bedeutung zu.

Die Vorschrift enthält eine **Einschränkung in persönlicher Hinsicht:** Der Anspruch muss **zum Zeitpunkt seiner Entstehung** bestanden haben:

---

5 Hier ist bereits der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten nicht gegeben, vgl. BGH v. 19.12.1996 – III ZB 105/96, NJW 1998, 909.

6 Vgl. für Güterrechtssachen BGH v. 10.11.1982 – IVb ARZ 44/82, MDR 1983, 296 = FamRZ 1983, 155.

7 Vgl. § 121 FamFG. Zum Ausschluss der Vollstreckung in diesen Fällen vgl. § 120 Abs. 3 FamFG.

- **zwischen beiden Ehegatten**[8] oder
- **zwischen** einem **Ehegatten** einerseits **und** einem (oder beiden) **Elternteilen**[9] andererseits, wobei hierunter die Eltern desselben Ehegatten oder des anderen Ehegatten fallen können.

Eine Erweiterung, etwa durch Einbeziehung sonstiger Personen, ist nicht nicht möglich. Darauf, wer an dem gerichtlichen Verfahren beteiligt ist, kommt es nicht an, insbesondere ist es unschädlich, dass der einmal zwischen den vorgenannten Personen entstandene Anspruch auf Aktiv- oder Passivseite auf Dritte übergegangen ist oder im Verfahren von Dritten geltend gemacht wird.

Unter § 266 Abs. 1 Nr. 3 FamFG können insbesondere Verfahren fallen, die die folgende Ansprüche[10] betreffen:

- Anspruch auf Zustimmung zu einer bestimmten **(Neu-)Regelung der Verwaltung** und Benutzung eines im Miteigentum der Ehegatten stehenden Gegenstands
- Anspruch auf Zahlung von **Nutzungsentgelt** bei im Alleineigentum eines Ehegatten oder im Miteigentum beider Ehegatten stehenden Gegenständen
- Anspruch auf **Auflösung von Miteigentum** der Ehegatten durch Teilung in Natur
- Anspruch auf Zustimmung zur **Auszahlung des hinterlegten Erlöses** aus der Versteigerung einer gemeinsamen Immobilie
- Ansprüche wegen **Auseinandersetzung von Gesamtschulden** der Ehegatten (§ 426 BGB), z.B. Freistellungsansprüche
- Ansprüche auf **Rückgewähr von Schenkungen** oder Ausgleich **ehebedingter Zuwendungen**
- Ansprüche zwischen den Ehegatten wegen Auflösung einer zwischen ihnen bestehenden **Gesellschaft bürgerlichen Rechts**, auch einer Ehegatteninnengesellschaft, nicht aber einer Miterbengemeinschaft oder einer Handelsgesellschaft[11]
- Ansprüche wegen der **Aufteilung von Guthaben** auf gemeinsamen Konten oder Depots sowie von Steuerguthaben oder sonstigen Forderungen der Ehegatten
- Ausgleichs- oder Schadensersatzansprüche wegen **unerlaubter Kontoverfügungen**, z.B. wegen Überschreitung einer Kontovollmacht
- **Schadensersatzansprüche zwischen Ehegatten**, etwa wegen unerlaubter Handlung, bei Straftaten, sittenwidriger Schädigung oder Körperverletzung, auch dann, wenn Schadenersatzansprüche aus dem Verlust oder der Zerstörung von Haushaltsgegenständen herrühren, jeweils sofern ein **Zusammenhang mit der Beendigung der Ehe** besteht
- **mietrechtliche Ansprüche**, soweit ein inhaltlicher Zusammenhang mit der Beendigung der Ehe besteht (str.),[12] nicht aber Verfahren, die das Wohnungseigentumsrecht betreffen
- mit den vorgenannten Fällen vergleichbare Ansprüche nach ausländischem Recht
- Ansprüche aus Vereinbarungen über die vorgenannten Fragen.

Auch bei typischen Fallkonstellationen muss jeweils geprüft werden, ob die gesetzlichen Voraussetzungen im Einzelfall tatsächlich erfüllt sind und ob nicht die Ausschlussklausel des § 266 Abs. 1 a.E. FamFG eingreift.

d) Aus dem Eltern-Kind-Verhältnis herrührende Ansprüche

Gemeint sind damit nicht Verfahren über die elterliche Sorge oder die Abstammung, diese sind bereits nach §§ 151, 169 FamFG Familiensachen. Aus dem Eltern-Kind-Verhältnis[13] können sich Ansprüche des Kindes auf **Schadensersatz nach § 1664 BGB** ergeben, etwa im Fall der missbräuchlichen, nicht von § 1649 BGB gedeckten Verwendung von Kindesvermögen oder bei Verletzung der Aufsichtspflicht. Auch der Anspruch auf **Herausgabe des Kindesvermögens und Rechnungslegung nach § 1698 BGB** fällt unter § 266 Abs. 1 Nr. 4 FamFG. In Betracht kommen auch Ansprüche auf **Schadensersatz wegen Verletzung** des absoluten Rechts (§ 823 Abs. 1 BGB) der **elterlichen Sorge**, etwa Detektivkosten, die von einem Elternteil zur Auffindung eines ihm von dem anderen Elternteil entzogenen Kindes aufgewandt wurden. Auch ein Verfahren wegen der **Herausgabe persönlicher Gegenstände des Kindes** kann unter Nr. 4 fallen.[14]

e) Aus dem Umgangsrecht herrührende Ansprüche

Gemeint sind damit nicht Umgangsverfahren, diese sind bereits nach § 151 Nr. 2 FamFG Familiensachen. In Betracht kommt hier vielmehr insbesondere der Anspruch auf **Schadensersatz wegen Vereitelung des Umgangsrechts**.[15] Der Gesetzgeber hat damit die bisherige entgegenstehende Rechtsprechung zur Zuständigkeitsfrage korrigiert.

3. Die in Verfahren nach § 266 Abs. 1 FamFG anwendbaren Bestimmungen

Die zentrale Vorschrift, die regelt, welche verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Familienstreitsachen anzuwenden sind, § 113 Abs. 1 FamFG, ist nicht leicht verständlich. Ihre Grundaussage ist folgende: In Familienstreitsachen kommen weitgehend anstelle der allgemei-

8 Miteinander verheirateten Personen stehen vormals miteinander verheiratete Personen gleich.

9 Die Gleichstellung von Zuwendungen der Schwiegereltern mit Zuwendungen unter Ehegatten war zwar das gesetzgeberische Motiv für die Einbeziehung der Eltern in § 266 Abs. 1 Nr. 3 FamFG, dennoch ändert die Änderung dieser Rspr. (BGH v. 3.2.2010 – XII ZR 189/06; s. FamRB Heft 3/2010 auf S. VII) am Verständnis der Gesetz gewordenen Textfassung nichts.

10 Zum materiellen Recht vgl. *Wever*, Vermögensauseinandersetzung der Ehegatten außerhalb des Güterrechts, 5. Aufl., sowie *ders.*, FamRZ 2010, 237 ff. (Rechtsprechungsübersicht).

11 § 266 Abs. 1 a.E. FamFG i.V.m. § 348 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 f.) ZPO.

12 Wie hier *Wever*, FamRZ 2010, 237, *Heinemann*, MDR 2009, 1026 (1028); a.A. *Götz/Brudermüller*, NJW 2010, 5 (10 f.).

13 Dass das Kind minderjährig ist, ist nicht erforderlich.

14 Vgl. OLG Frankfurt v. 8.10.2008 – 6 UF 120/08, FamRB 2009, 176 = ZKJ 2009, 129 mit Anm. *Stockmann*, jurisPR-FamR 8/2009 Anm. 2.

15 BGH v. 19.6.2002 – XII ZR 173/00, MDR 2002, 1193 = FamRB 2002, 295 = FamRZ 2002, 1099. Vgl. auch *Bernau*, FamRZ 2007, 248 m.w.N.

nen Vorschriften des FamFG die **Vorschriften der ZPO** (§§ 1 bis 494a) zur Anwendung. Dies gilt praktisch für das **gesamte Verfahren in erster Instanz in der Hauptsache**,[16] **mit Ausnahme der Endentscheidung**. Auch die Kostenentscheidung ist nach den Bestimmungen der ZPO (§§ 91 ff.) zu treffen. Die Voraussetzungen und das Verfahren der Verfahrenskostenhilfe richten sich ebenfalls allein nach der ZPO.[17]

In folgenden Bereichen gelten hingegen von der ZPO abweichende Regeln:

- **Endentscheidung:** Die Vorschriften der ZPO über das Urteil werden durch die unmittelbar geltenden **§§ 38, 39 FamFG** (Beschluss, Rechtsbehelfsbelehrung) verdrängt. § 116 FamFG wiederholt, dass Entscheidungen durch Urteil ausgeschlossen sind, und enthält Regelungen zur (sofortigen) Wirksamkeit des Beschlusses. § 120 Abs. 2 FamFG behandelt die vorläufige Einstellung der Vollstreckung.
- **Einstweiliger Rechtschutz:** Die Vorschriften der ZPO über die einstweilige Verfügung sind nach § 113 Abs. 1 FamFG nicht anwendbar, vielmehr gelten **§§ 49 ff. FamFG** über die einstweilige Anordnung.[18] Nach § 119 Abs. 2 FamFG gelten zudem die Vorschriften der ZPO über den Arrest entsprechend.
- **Rechtsmittelverfahren:** Die Vorschriften der ZPO über die Berufung und die Revision sind nach § 113 Abs. 1 FamFG nicht anwendbar, vielmehr gelten die **§§ 58 bis 75 FamFG** über die Beschwerde[19] und die Rechtsbeschwerde, ergänzt durch einige spezielle Regelungen, z.B. in § 117 FamFG.

4. Unterschiede zwischen sonstigen Familiensachen nach § 266 Abs. 1 FamFG und bürgerlichen Rechtstreitigkeiten

Zwar unterliegen **sonstige Familiensachen** i.S.d. § 266 Abs. 1 FamFG wie dargestellt weitgehend den Regelungen der ZPO, es bestehen aber dennoch erhebliche Unterschiede zu einem über denselben Gegenstand geführten bürgerlichen Rechtstreit:

- **Sachlich ausschließlich zuständig** ist stets das AG – Familiengericht, auch bei einem Verfahrenswert über 5.000 € (§ 23a Abs. 1 GVG).
- Bei Anhängigkeit einer Ehesache ist das Gericht der Ehesache **örtlich ausschließlich zuständig** (§ 267 Abs. 1 FamFG); wird nachträglich eine Ehesache bei einem anderen Gericht rechtshängig, muss das Verfahren dorthin abgegeben werden (§ 268 FamFG).
- Ist bei dem Familiengericht bereits eine dieselben Personen betreffende Familiensache anhängig, wird das Verfahren **demselben Referat** zugeteilt (§ 23b Abs. 2 GVG).
- Es besteht stets **Anwaltszwang**, auch vor dem Familiengericht (§ 114 Abs. 1 FamFG).
- Die mündliche Verhandlung ist in aller Regel **nicht öffentlich** (§ 170 Abs. 1 GVG).
- Die Geltung der **Präklusionsvorschriften** ist stark eingeschränkt (§ 115 FamFG).
- Die Endentscheidung ergeht durch einen mit einer Rechtsbehelfsbelehrung versehenen **Beschluss** (§§ 38, 39, 116 Abs. 1 FamFG). Dieser wird mit Rechtskraft wirksam, wenn nicht das Gericht die sofortige Wirksamkeit anordnet (§ 116 Abs. 3 FamFG).
- Die **einstweilige Anordnung** nach §§ 49 ff. FamFG tritt an die Stelle der einstweiligen Verfügung. Die im einstweiligen Anordnungsverfahren in einer sonstigen Familiensache ergangene Endentscheidung ist nach § 57 FamFG nicht anfechtbar.
- Die Endentscheidung des Familiengerichts in der Hauptsache ist nicht mit der Berufung sondern mit der **Beschwerde zum OLG** nach §§ 58 ff., § 117 FamFG anfechtbar. Die Beschwerde ist binnen einer Frist von einem Monat (vgl. § 63 FamFG) beim AG einzulegen (§ 64 Abs. 1 FamFG). Die Begründung erfolgt dann ggü. dem OLG (vgl. § 117 Abs. 1 FamFG). Gegen die Beschwerdeentscheidung ist die Rechtsbeschwerde zum BGH nur statthaft, wenn sie durch das OLG zugelassen wurde (vgl. § 70 FamFG). Eine Nichtzulassungsbeschwerde sieht das Gesetz nicht vor.

III. Sonstige Familiensachen nach § 266 Abs. 2 FamFG

Sonstige Familiensachen nach § 266 Abs. 2 FamFG sind die (seltenen) **Verfahren nach § 1357 Abs. 2 Satz 2 BGB**. Das Familiengericht kann danach die von einem Ehegatten ausgesprochene Beschränkung oder Ausschließung der kraft Gesetzes (und unabhängig vom Güterstand) gegebenen Möglichkeit, Geschäfte zur angemessenen Deckung des Lebensbedarfs mit Wirkung für ihn vorzunehmen, aufheben. Bei dem Verfahren handelt es sich um eine **Familiensache der freiwilligen Gerichtsbarkeit**, es sind also die Verfahrensvorschriften des Buches 1 des FamFG anzuwenden.[20]

IV. Kosten

Für die Gerichtskosten in allen sonstigen Familiensachen sind allein die Regelungen des neu geschaffenen **FamGKG** maßgeblich, die weitgehend dem GKG nachempfunden sind. Für die Bestimmung des Verfahrenswerts in sonstigen Familiensachen nach § 266 Abs. 1 FamFG gelten die allgemeinen Vorschriften der §§ 33 bis 41 FamGKG. In der Regel fällt eine 3,0-Gebühr[21] aus dem jeweiligen Verfahrenswert an, die regelmäßig als Vorschuss zu zahlen ist.[22] In den üblichen Ermäßigungs-

16 Vgl. ergänzend §§ 114, 115 FamFG sowie zur örtlichen Zuständigkeit §§ 267, 268 FamFG.
17 §§ 114 ff. ZPO; die restriktivere Regelung zur Anwaltsbeiordnung in § 78 Abs. 2 FamFG ist in Familienstreitsachen nicht anwendbar.
18 Nach § 51 Abs. 2 Satz 1 FamFG richtet sich das Verfahren der einstweiligen Anordnung nach den Vorschriften, die für eine entsprechende Hauptsache gelten, sofern sich nicht aus speziellen Vorschriften oder aus den Besonderheiten des einstweiligen Rechtschutzes etwas anderes ergibt.
19 Gemäß § 68 Abs. 3 Satz 1 FamFG sind im Verfahren der Beschwerde nach §§ 58 ff. FamFG nur ergänzend die Vorschriften über das Verfahren im ersten Rechtszug anzuwenden.
20 Vgl. auch die Sonderregelung des § 40 Abs. 3 FamFG zur Wirksamkeit der Entscheidung.
21 Vgl. Nr. 1220 KV-FamGKG.
22 Vgl. §§ 14, 15 FamGKG.

fällen erfolgt eine Reduktion auf eine 1,0-Gebühr.[23] Der Verfahrenswert in sonstigen Familiensachen nach § 266 Abs. 2 FamFG richtet sich nach § 42 FamGKG. Für das Verfahren im Allgemeinen entsteht regelmäßig eine 2,0-Gebühr.[24]

V. Übergangsrecht, Art. 111 FGG-RG

Nach Art. 111 Abs. 1 FGG-RG kommt es darauf an, ob das konkrete Verfahren vor oder **nach dem 1.9.2009 eingeleitet** wurde. Die Regelung des **Art. 111 Abs. 3 FGG-RG**, wonach auch auf „Altverfahren", die an oder nach diesem Stichtag ausgesetzt waren oder ruhten, im Fall der Fortsetzung das neue Recht anzuwenden ist, wird i.d.R. **nicht** anwendbar sein, da die in § 266 FamFG genannten Verfahren zuvor (mit wenigen Ausnahmen) keine Familiensachen waren.

23 Vgl. Nr. 1221 KV-FamGKG.
24 Vgl. Nr. 1320 KV-FamGKG.
25 OLG Frankfurt v. 18.11.2009 – 19 W 74/09, NJW 2010, 244 = FamRB 2010, 79.
26 Für spezielle Konstellationen wird ein Wahlrecht vertreten, vgl. Musielak/*Borth*, FamFG, Einl. Rz. 92 a.E.
27 OLG Stuttgart v. 7.12.2009 – 15 UF 208/09.
28 Für dasselbe Verfahren vor der Zivilabteilung des AG sind 150 Minuten vorgesehen, vor der Zivilkammer des LG 480 Minuten; alle Angaben nach *Herrler*, DRiZ 2009, 240 f.

Der **Erweiterung** einer bei der Zivilkammer des LG anhängigen Klage nach dem 1.9.2009 um einen unter § 266 Abs. 1 FamFG fallenden Verfahrensgegenstand soll die inzwischen gegebene Zuständigkeit der Familiengerichte entgegenstehen.[25]

Eine von Art. 111 FGG-RG **abweichende Vereinbarung** des anwendbaren Rechts wird im Regelfall[26] **unzulässig** sein,[27] schon da mit der Entscheidung über das anwendbare Recht wegen der damit verbundenen kostenrechtlichen Folgen (Anwendbarkeit des FamGKG statt des bisherigen Kostenrechts) die Interessen der an der Vereinbarung nicht beteiligten Staatskasse berührt sein können.

VI. Verfahrensrealität

Für Verfahren nach § 266 Abs. 1 FamFG am AG ist im System der Personalbedarfsberechnung eine richterliche Bearbeitungszeit von 170 Minuten vorgesehen,[28] wovon Verfahren der einstweiligen Anordnung in derselben Angelegenheit in der Regel mit umfasst sind. Dieser Wert gilt auch, wenn mehrere Verhandlungstermine durchzuführen sind. Da die Personalausstattung der Familiengerichte trotz der hinzugekommenen Aufgaben oftmals nicht verbessert wurde, werden die neuen Verfahren zunächst zu einer längeren Verfahrensdauer bei nicht vorrangigen Familiensachen führen.

Anordnung und Durchführung eines Informationsgesprächs nach § 135 Abs. 1 FamFG

von Notar Dr. Jörn Heinemann, Neumarkt i.d.OPf.

Ein Hauptanliegen, das der Gesetzgeber mit dem neuen FamFG verfolgt, ist die Stärkung konfliktvermeidender und konfliktlösender Elemente im familiengerichtlichen Verfahren (BT-Drucks. 16/6308, 164). Dieses Bestreben wird durch die neue Bestimmung des § 135 Abs. 1 FamFG verdeutlicht, wonach das Gericht in Folgesachen anordnen kann, dass die Beteiligten an einem Beratungsgespräch über Mediation oder andere Möglichkeiten zur außergerichtlichen Streitbeilegung teilnehmen (vgl. Kühner, FamRB 2009, 82 [83 f.]).

1 Keidel/*Weber*, FamFG, 16. Aufl. 2009, § 135 Rz. 3.
2 Keidel/*Weber*, § 135 Rz. 3; anders *Helms* in Prütting/Helms, FamFG, 2009, § 135 Rz. 2: nur Anwendungsvorrang; anders wohl auch *Musielak/Borth*, FamFG, 2009, § 135 Rz. 2.
3 *Heiter* in MünchKomm/ZPO, 3. Aufl. 2010, § 135 FamFG Rz. 3; *Löhnig* in Bork/Jacoby/Schwab, FamFG, 2009, § 135 Rz. 1.
4 *Roßmann* in Horndasch/Viefhues, FamFG, 2009, § 135 Rz. 4; krit. *Heiter* in MünchKomm/ZPO, § 135 FamFG Rz. 4: zu später Zeitpunkt.
5 *Heiter* in MünchKomm/ZPO, § 135 FamFG Rz. 7; *A. Walter* in Bassenge/Roth, FamFG/RPflG, 12. Aufl. 2009, § 135 FamFG Rz. 2.
6 BT-Drucks. 16/6308, 229.
7 BT-Drucks. 16/6308, 229.

I. Anwendungsbereich

In sachlicher Hinsicht findet § 135 Abs. 1 FamFG nur auf **Folgesachen** (§ 137 Abs. 2 FamFG) in Familien- und Lebenspartnerschaftssachen (§ 269 Abs. 1 Nr. 1, § 270 Abs. 1 Satz 1 FamFG) Anwendung. Dabei spielt es keine Rolle, ob es sich um Familienstreitsachen (§ 112 FamFG) oder Familiensachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit handelt.[1] In **Kindschaftsfolgesachen** (§ 137 Abs. 3 FamFG) ist § 156 Abs. 1 und 2 FamFG als *lex specialis* anzuwenden.[2] Für das **Scheidungsverfahren** gilt allein § 136 FamFG.[3] In zeitlicher Hinsicht gilt die Vorschrift erst **nach Anhängigkeit** (§ 124 Satz 1 FamFG) einer Folgesache.[4] Auch wenn die Folgesache vom Verbundverfahren nach § 140 FamFG **abgetrennt** wird, bleibt § 135 Abs. 1 FamFG anwendbar, § 137 Abs. 5 Satz 1 Halbs. 1 FamFG.[5]

II. Ermessen des Gerichts

Seine Entscheidung trifft das Gericht nach „freiem Ermessen".[6] Allerdings betont die Gesetzesbegründung unter Berufung auf die Zumutbarkeit eines solchen Informationsgesprächs,[7] dass die Ermessensausübung dem **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz** genügen muss. Die

schematische Anordnung in allen Folgesachen wäre also ermessensfehlerhaft.[8]

Beraterhinweis: Eine ermessensgerechte Entscheidung erfordert außerdem, den Beteiligten durch Gelegenheit zur Stellungnahme **rechtliches Gehör** einzuräumen.[9] ◁

1. Geeignetheit

Das Informationsgespräch muss – trotz des von § 135 Abs. 2 FamFG abweichenden Wortlauts – überhaupt geeignet sein, eine außergerichtliche Streitbeilegung zu fördern. Hieran fehlt es, wenn **keinerlei Einigungsbereitschaft** der Beteiligten vorliegt,[10] wenn die Beteiligten bereits **außergerichtliche Regelungen** getroffen haben oder wenn außergerichtliche Einigungsversuche erfolglos verlaufen sind. Ungeeignet ist die Anordnung schließlich, wenn es **keine kostenfreien Informationsangebote** gibt,[11] z.B. weil es gänzlich an Beratungsstellen fehlt oder weil diese nicht zu kostenlosen Gesprächen bereit sind.[12] Die Beratung durch den **eigenen Rechtsanwalt** lässt die Eignung eines Informationsgesprächs nicht entfallen.[13]

2. Erforderlichkeit

Das Informationsgespräch muss erforderlich sein, weshalb das Gericht zunächst von sich aus auf ein **Einvernehmen hinwirken** (§ 113 Abs. 1 Satz 2 FamFG i.V.m. § 278 Abs. 1 ZPO) muss,[14] bevor es eine Maßnahme nach § 135 Abs. 1 FamFG trifft.[15] Der Anordnung nach § 135 Abs. 1 FamFG kann, muss aber nicht, ein Vorschlag des Gerichts nach § 135 Abs. 2 FamFG vorangehen.

3. Zumutbarkeit

Schließlich muss das Gespräch den Beteiligten auch zumutbar sein. Die **Zumutbarkeitsschwelle** ist **nicht zu niedrig** anzusetzen, so dass Terminschwierigkeiten, Zerstrittenheit oder die allgemeine Lästigkeit des Termins für sich allein keine Unzumutbarkeit begründen.[16] Unzumutbar ist das Gespräch in der Regel erst dann, wenn es zu **gewalttätigen Auseinandersetzungen**[17] oder **schweren Demütigungen** gekommen ist,[18] aber auch, wenn die Anordnung mit unangemessenem Aufwand und hohen Kosten verbunden wäre, etwa weil die Informationsstelle **sehr weit entfernt vom Wohnsitz** eines Beteiligten liegt.[19]

III. Inhalt der Entscheidung

1. Anordnung des Informationsgesprächs

Die Entscheidung muss die **Teilnahme an einem Informationsgespräch** über Mediation und/oder[20] eine sonstige Möglichkeit der außergerichtlichen Streitbeilegung über Folgesachen anordnen. Die unmittelbare Teilnahme an einer **Mediations- oder Schlichtungsverhandlung** kann nicht angeordnet,[21] sondern allenfalls nach § 135 Abs. 2 FamFG vorgeschlagen werden. Trotz des Wortlauts kann das Gericht über den bei ihm anhängigen Verfahrensgegenstand hinaus anordnen, dass sich das Informationsgespräch auch auf **nicht anhängige** oder sogar **alle Folgesachen** erstrecken soll.[22]

2. Anordnung der Bestätigungsvorlage

In der Entscheidung ist anzuordnen, dass eine **Teilnahmebestätigung** der benannten Stelle über das erfolgte Informationsgespräch vorzulegen ist. Wird mit der Anordnung eine **Fristsetzung** verbunden, was möglich ist,[23] muss die Bestätigung spätestens bis Fristablauf, ansonsten bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung vorgelegt werden.

3. Adressat der Anordnung

Das Gericht kann die Anordnung sowohl **gegenüber einem** als auch **gegenüber beiden** Ehegatten bzw. Lebenspartnern erlassen.[24] Es kann **einzelne** (getrennte) oder **gemeinsame Teilnahme** anordnen, darf dies aber auch ins Belieben der Beteiligten stellen.[25] Ein **gemeinsames Gespräch** sollte angeordnet werden, wenn beide Partner damit einverstanden sind oder wenn zwischen den Beteiligten keine erheblichen Differenzen bestehen.[26]

4. Benennung der Person oder Stelle

a) Auswahlermessen

Hinsichtlich der zu benennenden Person oder Stelle hat das Gericht ein **Auswahlermessen**, das vom konkreten Einzelfall bestimmt sein sollte und die Erfahrung, Fachkunde und Unabhängigkeit der einzelnen Stellen berücksichtigen muss.[27]

---

8 *Löhnig* in Bork/Jacoby/Schwab, § 135 Rz. 5.
9 *Heiter* in MünchKomm/ZPO, § 135 FamFG Rz. 9; *Musielak/Borth*, § 135 Rz. 2.
10 *Löhnig* in Bork/Jacoby/Schwab, § 135 Rz. 5; im Ergebnis ebenso *Musielak/Borth*, § 135 Rz. 3 und *Roßmann* in Horndasch/Viefhues, § 135 Rz. 8 („völlige Zerstrittenheit"), die allerdings von einem Fall der Unzumutbarkeit ausgehen.
11 Vgl. BT-Drucks. 16/6308, 229.
12 Zöller/*Philippi*, ZPO, 28. Aufl., § 135 FamFG Rz. 1; im Ergebnis ebenso *Löhnig* in Bork/Jacoby/Schwab, § 135 Rz. 4, der allerdings von einem Fall der Unzumtbarkeit ausgeht.
13 *Heiter* in MünchKomm/ZPO, § 135 FamFG Rz. 8.
14 *Helms* in Prütting/Helms, § 135 Rz. 1.
15 *Bumiller/Harders*, FamFG, 9. Aufl., § 135 Rz. 3.
16 *Heiter* in MünchKomm/ZPO, § 135 FamFG Rz. 8.
17 Vgl. BT-Drucks. 16/6308, 229 („häusliche Gewalt").
18 *Musielak/Borth*, § 135 Rz. 3.
19 Vgl. BT-Drucks. 16/6308, 229; *Löhnig* in Bork/Jacoby/Schwab, § 135 Rz. 4.
20 *Heiter* in MünchKomm/ZPO, § 135 FamFG Rz. 10.
21 *Bumiller/Harders*, § 135 Rz. 1; *Helms* in Prütting/Helms, § 135 Rz. 3; *Löhnig* in Bork/Jacoby/Schwab, § 135 Rz. 2.
22 *Heiter* in MünchKomm/ZPO, § 135 FamFG Rz. 10; Bahrenfuss/*Blank*, FamFG, 2009, § 135 Rz. 1; vgl. BT-Drucks. 16/6308, 229; anders *Musielak/Borth*, § 135 Rz. 2: nur anhängige Folgesachen.
23 *Ullrich* in Saenger/Ullrich/Siebert, Gesetzesformulare ZPO, 2009, § 135 FamFG Rz. 5; anders *Heiter* in MünchKomm/ZPO, § 135 FamFG Rz. 13.
24 *Heinemann*, FamFG für Notare, 2009, Rz. 191; *Heiter* in MünchKomm/ZPO, § 135 FamFG Rz. 10.
25 *Heiter* in MünchKomm/ZPO, § 135 FamFG Rz. 9.
26 Zu eng *Heiter* in MünchKomm/ZPO, § 135 FamFG Rz. 9.
27 *Heiter* in MünchKomm/ZPO, § 135 FamFG Rz. 11a.

b) Geeignete Personen und Stellen

Der Gesetzgeber hat die Entscheidung, welche Personen und Stellen in Betracht kommen, den Gerichten überlassen, die sich selbst einen Überblick über das in ihren Bezirken **vorhandene Angebot** an „Dienstleistungen der außergerichtlichen Streitbeilegung" verschaffen sollen.[28]

Beraterhinweis: Neben **Privatpersonen**, wie **Rechtsanwälten**,[29] Mediatoren und Streitschlichtern, kommen auch **öffentliche Stellen**, wie kommunale Ehe- und Familienberatungen, Güte- und Schiedsstellen sowie **Notare**[30] in Frage. Keine geeignete Stelle ist das Gericht selbst, so dass eine **gerichtsinterne Mediation ausscheidet**.[31] ◁

Von vornherein ungeeignet sind solche Personen und Stellen, die **kein kostenfreies Informationsgespräch** zur Verfügung stellen können oder wollen. **Rechtsanwälte** und **Notare** sind trotz § 49b Abs. 1 Satz 1 BRAO bzw. § 17 Abs. 1 Satz 1 BNotO nicht gehindert, das Gespräch kostenfrei zu führen, denn es handelt sich nicht um eine gebührenpflichtige Beratung, sondern um ein reines Vorgespräch.[32]

c) Konkrete oder abstrakte Benennung

Das Gericht kann eine **bestimmte Person oder Stelle** benennen. Es genügt jedoch auch, wenn das Gericht den Beteiligten **mehrere Personen oder Stellen** zur Auswahl benennt,[33] wobei eine namentliche Bezeichnung nicht erforderlich ist, vielmehr die **abstrakte Angabe** geeigneter Stellen (z.B. der Eheberatungsstellen oder Notare innerhalb eines Landkreises) ausreicht.[34] Die Verweisung auf eine bei Gericht geführte **Adressenliste** genügt jedoch nicht.[35]

5. Kosten

Für die Entscheidung fallen **keine Gerichtsgebühren** an.[36]

IV. Form und Bekanntgabe der Entscheidung

Bei der Auflage[37] nach § 135 Abs. 1 FamFG handelt es sich um keine Endentscheidung, sondern um eine **verfahrensleitende Zwischenentscheidung**,[38] so dass § 38 FamFG nicht einschlägig ist. Die Entscheidung muss daher nicht in Beschlussform, sondern kann als **Verfügung** ergehen.[39] Einer Begründung bedarf es nicht, allerdings sollte die Verfügung der ausgewählten Beratungsstelle erkennen lassen, warum das Gericht ein Informationsgespräch für angemessen hält und warum es gerade diese Stelle ausgewählt hat.[40] Die Verfügung ist den Beteiligten **formlos mitzuteilen**, es bedarf keiner Verkündung und keiner förmlichen Zustellung, § 113 Abs. 1 Satz 2 FamFG i.V.m. § 329 Abs. 2 Satz 1 ZPO.[41] Wird die Verfügung allerdings mit einer **Fristsetzung** (z.B. zur Vorlage der Teilnahmebestätigung) verbunden, so bedarf es der Zustellung nach § 329 Abs. 2 Satz 2 ZPO.

V. Anfechtbarkeit und Abänderbarkeit der Entscheidung

Die Entscheidung des Gerichts ist **unanfechtbar**, was § 135 Abs. 1 Satz 2 FamFG klarstellt.

Beraterhinweis: Allerdings findet gegen die Anordnung, da es sich um eine selbständige Zwischenentscheidung handelt, die **Gehörsrüge** statt (§ 113 Abs. 1 Satz 2 FamFG i.V.m. § 321a ZPO),[42] insbesondere wenn das Gericht den Beteiligten keine Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt hat. Auf die Rüge hin kann z.B. die Person oder Stelle abgeändert werden. ◁

Das Gericht kann die von ihm erlassene Verfügung **abändern oder aufheben** (§ 113 Abs. 1 Satz 2 FamFG i.V.m. § 329 Abs. 1 Satz 2 ZPO),[43] sofern es sich nicht, z.B. hinsichtlich einer Fristsetzung, gebunden hat.[44]

VI. Das Informationsgespräch

1. Keine Pflicht zur Übernahme

Die vom Gericht benannte Stelle ist **nicht verpflichtet**, das Informationsgespräch durchzuführen,[45] es fehlt an einer gesetzlichen Übernahmepflicht (vgl. §§ 1785, 1898 Abs. 1 BGB; §§ 48, 49, 49a BRAO). Auch **öffentliche Stellen** können die Gewährung des Gesprächs ablehnen (vgl. § 15 Abs. 1 Satz 1 BNotO).

2. Rechtsnatur des Informationsgesprächs

Erklärt sich die benannte Person oder Stelle dazu bereit, das Informationsgespräch durchzuführen, so kommt weder mit den Beteiligten noch mit dem Staat ein privates oder öffentlich-rechtliches Vertragsverhältnis zustande,[46] es handelt sich um eine **bloße Raterteilung** nach § 675 Abs. 2 BGB, so dass aus dem Informationsgespräch **kei-**

28 BT-Drucks. 16/6308, 229.
29 Vgl. *Hartmann* in Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 67. Aufl. 2009, § 135 FamFG Rz. 6; *Hüßtege* in Thomas/Putzo, ZPO, 30. Aufl., § 135 FamFG Rz. 7.
30 Ausführlich *Heinemann*, FamFG für Notare, Rz. 190; St. *Zimmermann* in Kersten/Bühling, 22. Aufl. 2008, § 90 Rz. 87.
31 *Heiter* in MünchKomm/ZPO, § 135 FamFG Rz. 10.
32 Ausführlich *Heinemann*, FamFG für Notare, Rz. 191; *Hüßtege* in Thomas/Putzo, § 135 FamFG Rz. 7.
33 *Heiter* in MünchKomm/ZPO, § 135 FamFG Rz. 11a.
34 *Heinemann*, FamFG für Notare, Rz. 194.
35 *Heiter* in MünchKomm/ZPO, § 135 FamFG Rz. 11a.
36 *Hartmann* in Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 135 FamFG Rz. 6; *Hüßtege* in Thomas/Putzo, § 135 FamFG Rz. 7.
37 BT-Drucks. 16/6308, 229.
38 BT-Drucks. 16/6308, 229.
39 *Ullrich* in Saenger/Ullrich/Siebert, § 135 FamFG Rz. 1, 2 mit Musterformulierung; *Heiter* in MünchKomm/ZPO, § 135 FamFG Rz. 13; a.A. *Hartmann* in Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 135 FamFG Rz. 3; *Helms* in Prütting/Helms, § 135 Rz. 3; *Hüßtege* in Thomas/Putzo, § 135 FamFG Rz. 4.
40 *Hartmann* in Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 135 FamFG Rz. 3; *Hüßtege* in Thomas/Putzo, § 135 FamFG Rz. 4.
41 Vgl. Zöller/*Vollkommer*, § 329 ZPO Rz. 4, 44.
42 Zöller/*Philippi*, § 113 FamFG Rz. 4; Zöller/*Vollkommer*, § 321a ZPO Rz. 5; § 329 ZPO Rz. 41a.
43 *Heiter* in MünchKomm/ZPO, § 135 FamFG Rz. 13; Zöller/*Vollkommer*, § 329 ZPO Rz. 38, 44.
44 Zöller/*Vollkommer*, § 329 ZPO Rz. 44.
45 *Hartmann* in Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 135 FamFG Rz. 5; *Heiter* in MünchKomm/ZPO, § 135 FamFG Rz. 11.
46 Anders wohl *Hartmann* in Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 135 FamFG Rz. 5, 6.

ne Haftungsansprüche abgeleitet werden können. Es handelt sich um **keine Rechtsdienstleistung** i.S.d. RDG. Wird das Gespräch von einer öffentlichen Stelle übernommen, so liegt ohnehin kein Vertragsverhältnis vor. Amtshaftungsansprüche scheiden mangels Amtspflichten ggü. den Beteiligten aus, da die Übernahme **ausschließlich im öffentlichen Interesse** erfolgt.

3. Ablauf und Inhalt

Über Ablauf und Inhalt des Informationsgesprächs macht das Gesetz keine Vorgaben. Die Gesetzesbegründung scheint auch eine (möglicherweise regelmäßig stattfindende) **Informationsveranstaltung** vor einem unbestimmten Kreis von Zuhörern ausreichen zu lassen.[47] Sinn und Zweck der Norm erfordern zwar keine individuelle, jedoch eine **persönliche Information**, so dass eine Massenveranstaltung nicht geeignet ist, den Beteiligten die Möglichkeiten zur außergerichtlichen Beilegung ihres Scheidungsverfahrens aufzuzeigen. Aus demselben Grund hält die Gesetzesbegründung die Information mittels eines **Merkblatts** für unzureichend.[48] Die das Gespräch führende Person bzw. Stelle kann den Beteiligten die erforderliche Teilnahmebestätigung nur ausstellen, wenn sie sich davon überzeugt hat, dass die Beteiligten der Information auch tatsächlich zugehört haben, was bei einer Veranstaltung im größeren Kreis unmöglich ist.[49]

Den genauen Gesprächsinhalt bestimmt die benannte Person bzw. Stelle nach eigenem Ermessen und unter Einhaltung **berufsrechtlicher Vorgaben**, vgl. §§ 14, 18 BNotO; §§ 43, 43a BRAO, § 18 BORA. Es sollen lediglich die Möglichkeiten dargestellt werden, auf welche Weise und in welcher Form (z.B. durch notarielle Scheidungsvereinbarung) Folgesachen einer mediativen oder außergerichtlichen Einigung zugeführt werden können.

4. Teilnahmebestätigung

Die Person bzw. Stelle hat den Beteiligten eine Bestätigung über die Gesprächsteilnahme zur Vorlage bei Gericht auszustellen. Aus der Bescheinigung muss sich nur ergeben, **dass** an dem Gespräch **teilgenommen wurde**. Angaben über Ort, Zeit und Inhalt[50] des Gesprächs sind nicht erforderlich, gleichwohl ratsam.[51] Das Ergebnis des Gesprächs muss nicht aus der Bestätigung hervorgehen.[52]

Musterformulierung

Teilnahmebestätigung

Herr und Frau [Name] haben heute an einem Informationsgespräch über Mediation [bzw. die Möglichkeit der außergerichtlichen Streitbeilegung] von Folgesachen teilgenommen. Sie wurden insbesondere darauf hingewiesen, welche Regelungen sie zu notarieller Urkunde treffen können.

[Ort, Datum] [gez. Notar]

5. Kosten

Für das Informationsgespräch dürfen **keine Kosten** erhoben werden, da es schon mangels Vertragsschlusses an einer Entgeltabrede fehlt bzw. keine gebührenpflichtige Amtstätigkeit vorliegt. Daher bestehen auch **keine Erstattungsansprüche** gegen die Staatskasse.[53] Etwas anderes kann dann gelten, wenn das reine Informationsgespräch verlassen wird und die Beteiligten einen weitergehenden Mediations- bzw. Beratungsvertrag schließen[54] bzw. eine gebührenpflichtige Beratungsleistung beantragen.[55] Ein Anspruch auf **Beratungs- oder Mediationshilfe** kann aus § 135 Abs. 1 FamFG nicht abgeleitet werden.[56]

VII. Sanktion bei Nichtteilnahme am Gespräch

Zur Durchsetzung der Teilnahme am Informationsgespräch können **keine Zwangsmittel** nach § 35 FamFG angeordnet werden, § 135 Abs. 1 Satz 2 FamFG.[57] Allerdings verzögert die Weigerung der Beteiligten die zügige Verfahrensdurchführung.[58] Außerdem kann das Gericht im Rahmen der **Kostenentscheidung** ein unentschuldigtes Fernbleiben zu Lasten des Säumigen berücksichtigen, § 150 Abs. 4 Satz 2 FamFG[59] und, sofern die Voraussetzungen des § 150 Abs. 4 Satz 1 FamFG vorliegen,[60] eine unbillige Kostenverteilung korrigieren. Bleiben beide Partner dem Gespräch fern, scheidet eine abweichende Kostenentscheidung aus.[61] Dem Säumigen können nicht nur die Mehrkosten, sondern auch die gerichtlichen und außergerichtlichen **Verfahrenskosten ganz oder zum Teil auferlegt** werden,[62] was im Regelfall auch ermessensgerecht ist.[63] Auf diese Rechtsfolge sollte das Gericht schon vor der Anordnung nach § 135 Abs. 1 FamFG hinweisen.[64]

47 BT-Drucks. 16/6308, 229 („Weiterhin muss ein kostenfreies Angebot für Informationsgespräche oder Informationsveranstaltungen bestehen."); ähnlich *Heiter* in MünchKomm/ZPO, § 135 FamFG Rz. 10: Gruppengespräch.
48 BT-Drucks. 16/6308, 229.
49 *Heinemann*, FamFG für Notare, Rz. 192.
50 *Hüßtege* in Thomas/Putzo, § 135 FamFG Rz. 8.
51 *Hartmann* in Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 135 FamFG Rz. 3.
52 *Heiter* in MünchKomm/ZPO, § 135 FamFG Rz. 12.
53 *Heiter* in MünchKomm/ZPO, § 135 FamFG Rz. 11; *Helms* in Prütting/Helms, § 135 Rz. 3; anders *Hartmann* in Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 135 FamFG Rz. 6.
54 Ähnlich *Hüßtege* in Thomas/Putzo, § 135 FamFG Rz. 7.
55 *Heinemann*, FamFG für Notare, Rz. 191.
56 *Bumiller/Harders*, § 135 Rz. 2; *Heiter* in MünchKomm/ZPO, § 135 FamFG Rz. 11; a.A. *Koritz*, Das neue FamFG, 2009, § 8 Rz. 26; *Spangenberg*, FamRZ 2009, 834 (835).
57 BT-Drucks. 16/6308, 229.
58 *Heiter* in MünchKomm/ZPO, § 135 FamFG Rz. 14.
59 BT-Drucks. 16/6308, 229, 233.
60 *Bumiller/Harders*, § 135 Rz. 6; *Heiter* in MünchKomm/ZPO, § 135 FamFG Rz. 15.
61 *Heiter* in MünchKomm/ZPO, § 135 FamFG Rz. 15; *Caspary*, FPR 2009, 303 (304).
62 *Heiter* in MünchKomm/ZPO, § 135 FamFG Rz. 15.
63 *Löhnig* in Bork/Jacoby/Schwab, § 135 Rz. 6; a.A. *Helms* in Prütting/Helms, § 150 Rz. 12; Zöller/*Herget*, § 150 FamFG Rz. 3; *A. Walter* in Bassenge/Roth, FamFG/RPflG, § 150 FamFG Rz. 5: Kostenüberwälzung auf den Säumigen sollte nur im Ausnahmefall erfolgen.
64 *Heinemann*, FamFG für Notare, Rz. 193; *Heiter* in MünchKomm/ZPO, § 135 FamFG Rz. 15.

Beraterhinweis: Zur Vermeidung dieser Kostenfolge sollte der Anwalt seinem Mandanten raten, den Termin über das Informationsgespräch in jedem Fall, auch wenn eine außergerichtliche Einigung unwahrscheinlich ist, wahrzunehmen.[65] ◁

VIII. Fortgang des Scheidungsverfahrens

Die Anordnung nach § 135 Abs. 1 FamFG rechtfertigt **keine Aussetzung** des Verfahrens. Das Gericht hat einen **neuen Termin** anzuberaumen und die Verhandlung fortzusetzen, unabhängig davon, ob das Gespräch stattgefunden hat. Das Verfahren **ruht** nur, wenn die Beteiligten dies übereinstimmend beantragt haben, § 113 Abs. 1 Satz 2 FamFG i.V.m. § 251 Satz 1 ZPO;[66] eine § 278 Abs. 5 Satz 3 ZPO entsprechende Vorschrift wurde nicht eingeführt.[67]

IX. Fazit

Die Meinungen darüber, ob § 135 Abs. 1 FamFG eine sinnvolle Neuregelung darstellt, gehen weit auseinander. Während teilweise eine **Signalwirkung** zur Stärkung des Gedankens außergerichtlicher Streitbeilegung erwartet wird,[68] lehnen andere Autoren das Informationsgespräch ab, weil es zu einer **Verzögerung und Verteuerung des Verfahrens** führen wird.[69] Im besonderen wird der mittelbare Zwang zur Gesprächsteilnahme, der von der **Kostenverteilungsregelung** des § 150 Abs. 4 Satz 2 FamFG ausgeht, kritisiert.[70]

65 *Krause*, FamRB 2009, 123 (124).
66 *Musielak/Borth*, § 135 Rz. 4.
67 BT-Drucks. 16/6308, 229; *Roßmann* in Horndasch/Viefhues, § 135 Rz. 10.
68 *Roßmann* in Horndasch/Viefhues, § 135 Rz. 11.
69 *W. Zimmermann*, Das neue FamFG, 2009, Rz. 332; hiergegen wiederum *Heiter* in MünchKomm/ZPO, § 135 FamFG Rz. 5.
70 *Caspary*, FPR 2009, 303 (304); zum Teil wird diese Sanktion aber auch als unzureichend kritisiert, vgl. *Heiter* in MünchKomm/ZPO, § 135 FamFG Rz. 15; *Borth*, FamRZ 2007, 1925 (1932).

Das FamFG und die Scheidungsreform – die schleichende Entwertung des Scheidungsverfahrens

von FAFamR und FAErbR Ernst Sarres, Düsseldorf

Das seit dem 1.9.2009 geltende FamFG regelt in den §§ 133–150 FamFG u.a. die Voraussetzungen für den formell richtigen Scheidungsantrag, das Verbundverfahren mit Folgesachen und deren Abtrennung aus dem Verbund bis zum Scheidungsausspruch. Reformziele waren u.a. auch die Beschleunigung des Verfahrens und eine frühere rechtskräftige Scheidung.Das muss zwangsläufig zur Vernachlässigung des Schutzes des Schwächeren, ggf. auch des verfahrensfördernden Ehegatten führen, obwohl bei jährlich zwischen ca. 190.000 und 200.000 Ehescheidungen der Schutzgedanke im Mittelpunkt des Scheidungsverfahrens stehen sollte.

Der Beitrag befasst sich mit einigen Aspekten des Scheidungsverfahrens als Teil des neuen FamFG und kommt zu praxisorientierten Zwischenergebnissen. Die Beibehaltung der bisherigen Verfahrensregeln in Kombination mit punktuellen Teiländerungen bei Entstehen des Verbunds sowie die Erleichterungen bei seiner Auflösung gem. §§ 133 ff., 140 FamFG repräsentieren keinen durchgreifenden Verfahrenswandel, sondern führen zu einer weiteren Entwertung des Ehescheidungsverfahrens. Das Verbundsystem wird weiter an Bedeutung verlieren. Der Gesetzgeber ist mit seinem verfahrensrechtlichen Reformansatz inkonsequent auf halber Strecke stehen geblieben: Der Verfahrensbevollmächtigte stagniert – betrachtet aus Sicht der Anwaltschaft mit ihren steigenden Verantwortlichkeiten – in seiner geteilten Rechtsmacht zwischen Mandantenfreiheit und Anwaltszwang.

1. Der Scheidungsantrag und der Scheidungsprozess

§ 133 FamFG ist die **Kernvorschrift** mit den formell unabdingbaren und den formell verzichtbaren Erfordernissen für die Scheidungsantragsschrift.

Unentbehrliche Angaben sind:

- Namen und Geburtsdaten der gemeinschaftlichen minderjährigen Kinder sowie die Mitteilung ihres gewöhnlichen Aufenthalts (Abs. 1 Nr. 1)
- Erklärung, ob die Ehegatten eine Regelung über die elterliche Sorge, den Umgang und die Unterhaltspflicht ggü. den gemeinschaftlichen minderjährigen Kindern sowie die durch die Ehe begründete gesetzliche Unterhaltspflicht, die Rechtsverhältnisse an der Ehewohnung und an den Haushaltsgegenständen getroffen haben (Abs. 1 Nr. 2)
- Angabe, ob Familiensachen, an denen beide Ehegatten beteiligt sind, anderweitig anhängig sind (Abs. 1 Nr. 3).

Entbehrliche Formerfordernisse sind (Abs. 2):

- Beifügung der Heiratsurkunde
- Beifügung der Geburtsurkunden der gemeinschaftlichen Kinder.

„**Regelungen**“[1] **i.S.d. § 133 Abs. 1 Nr. 2 FamFG** müssen schon nach dem Wortlaut der Vorschrift nicht mündlich dargelegt werden. Erst recht besteht keine Obliegen-

1 BT-Drucks. 16/6308, 228.

heit der Beteiligten, das Gericht im Detail über Art und Umfang der Vereinbarungen zu informieren[2] und diese zu belegen. Es geht daher im Weiteren auch weder um die Vollständigkeit noch die rechtliche Wirksamkeit solcher Vereinbarungen, soweit sie überhaupt tatsächlich existieren. Denn der Wahrheitsgehalt der Erklärung bleibt verschlossen, da ihre **Nachprüfbarkeit nicht vorgesehen** ist. Demzufolge kann die Scheidung ausgesprochen werden, obwohl eine Folgesache sachlich nicht behandelt wurde und einem Ehegatten durch ihre Nichtbehandlung (z.B. Ehegattenunterhalt, Zugewinn) erhebliche Nachteile drohen können. Die Praxis lehrt, dass Ehegatten häufig einfach nur schnell und ohne Rücksicht auf Erledigung maßgeblicher Folgesachen geschieden werden wollen. Dies zeigt sich auch darin, dass sich die hohe Zahl von Scheidungsverfahren festigt, bei denen **nur ein Ehegatte anwaltlich vertreten** ist.[3] Der anwaltlich nicht vertretene Ehegatte nimmt hierbei ungeahnte Rechtsnachteile in Kauf und „stört" insbesondere die zügige Scheidung nicht. Die Chancen des Verbunds geraten dadurch ins Hintertreffen.

Der Widerspruch ist eklatant: Es besteht angeblich wegen der sozialen Bedeutung der Familiensachen im Scheidungsverfahren zumindest für die Antrag*steller*seite **Anwaltszwang**,[4] **nicht aber für die Antrags*gegner*seite**. Die Beteiligten können daher den Verbund und seine positiven Wirkungen umgehen, da das Familiengericht (weiterhin) lediglich „Abfragestelle" ist, ob die Beteiligten in wesentlichen Folgesachen eine Einigung erzielt haben. Eine fehlende Sanktionierung[5] bewirkt aber im Einzelfall gerade das, was der Verbund vermeiden soll: Die Benachteiligung des Schwächeren, die übereilte Scheidung und die Unterlassung zukunftsorientierter Gesamtregelungen im Interesse beider Ehegatten. Diese gegenteilige Entwicklung in der Rechtswirklichkeit wird durch statistische Erhebungen, zumindest stark indiziell, bestätigt. Im Jahre 2007 wurden von den rund 68.000 Verfahren wegen Ehegattenunterhalts lediglich rund 15.600 zusammen mit der Scheidung anhängig gemacht. Allein anhängig ohne Ehegattenunterhalt war der Löwenanteil von fast 52.000 Verfahren.[6] Der **Verbund erfüllt seine Funktion nicht mehr** im gewünschten Umfang. In der Praxis wird häufig erst nach dem gewünschten schnellen Abschluss der Scheidung – bei anwaltlicher Vertretung nur auf der Antragstellerseite[7] – später der Bedarf an gerichtlicher Hilfe für bestimmte Folgesachen erkannt. Bis zu diesem Zeitpunkt haben berechtigte Ansprüche bereits gelitten.

Beraterhinweis: Der Antragsteller-Anwalt wird dazu beitragen müssen, dass sein Mandant die wirtschaftlich relevanten Folgesachen konkret erwägt und bei Bedarf gerichtlich klären lässt und nicht aus falschen Motiven wegen **sog. Eilscheidung** seine eigenen Interessen vernachlässigt. Hier kann der Verfahrensbevollmächtigte aus Eigeninteresse gehalten sein, „Beratung aufzudrängen", um sich als vorsorgender Berater zu exkulpieren.[8] Zudem sind zur zügigen Zustellung eines Scheidungsantrags deren Formalien zu beachten. Denn *nur* die Zustellung kann auch den Wegfall des Ehegattenerbrechts herbeiführen, § 1933 BGB.[9] ◁

2. Der Scheidungstermin und das persönliche Erscheinen

Schon die Norm des § 613 a.F. ZPO galt nach wohl herrschender Meinung als **Soll-Vorschrift**,[10] die allerdings regelmäßig das Erscheinen beider Beteiligten zum Scheidungstermin vorsah.[11] Eine Ausnahme von der Erscheinungspflicht sollte nur ausnahmsweise gelten: Bestand z.B. auch für Folgetermine keine Aussicht auf Beteiligung des Antragsgegners am Scheidungstermin, konnte die Scheidung allein mit dem antragstellenden Ehegatten, seinem Anwalt und z.B. nur dem gegnerischen Anwalt zum Abschluss kommen. Vertreten wurde hierzu diese abweichende Ansicht bereits vor der Reform mit der Begründung, der eigenverantwortlich terminverweigernde Ehegatte (Antragsgegner) habe aus Art. 103 GG keinen Anspruch auf Mündlichkeit.[12] Jetzt ist in **§ 128 Abs. 1 Satz 1 FamFG** weiterhin als Sollvorschrift geregelt, dass das Gericht das persönliche Erscheinen der Ehegatten anordnen und sie anhören soll. Dabei steht die Anordnung des persönlichen Erscheinens weiterhin nicht im Ermessen des Gerichts, auch in Zukunft kann aber in Ausnahmefällen – mit zunehmender Tendenz[13] – von ihr abgesehen werden. Nach Wortlaut und systematischer Stellung gilt die Vorschrift aber nur für Ehesachen i.S.v. § 121 FamFG und weder für Folgesachen noch isolierte andere Familiensachen.[14]

---

2 *Hüßtege* in Thomas/Putzo, ZPO/FamFG, 30. Aufl. 2009, § 133 FamFG Rz. 3.

3 Vgl. BT-Drucks. 16/6308, 229 li. Sp.: 2005 waren das 43,7 % aller Scheidungspaare.

4 Die Beiordnung gem. § 138 FamFG ist Ermessenssache und basiert auch auf dem höchstpersönlichen Ermittlungsengagement des Gerichts.

5 Z.B. Anwaltszwang für beide Ehegatten und/oder aufgenommene Scheidungsfolgenregelung als Voraussetzung für die Scheidung.

6 Statistisches Bundesamt Fachreihe 10 – 2.2. Rechtspflege Familiengerichte 2007.

7 Von allen Ehepaaren mit beidseitiger Scheidungsabsicht im Jahre 2005 war in 43,7 % der Fälle nur ein Ehegatte anwaltlich vertreten, vgl. BT-Drucks. 16/6308, 229 li. Sp.

8 OLG Düsseldorf v. 18.10.2005 – I-24 U 24/05, FamRZ 2006, 786 = FamRB 2006, 115; s.a. *Sarres*, FamRB 2008, 223: Beratungsdefizite wegen Wunsch nach „Eilscheidung" durch unvernünftigen Mandanten.

9 BGH v. 6.6.1990 – IV ZR 88/89, BGHZ 111, 329 = FamRZ 1990, 1109: „Erfolgszustellung" zur Erreichung der Rechtshängigkeit, die das Ehegattenerbrecht ausschließen kann.

10 OLG Hamm v. 9.2.1999 – 1 UF 179/98, FamRZ 1999, 1090; AG Lüdenscheid v. 19.11.2008 – 5 F 650/07, FamRZ 2009, 804 m.w.N.; *Hüßtege* in Thomas/Putzo, ZPO/FamFG, 30. Aufl. 2009, § 128 FamFG Rz. 1 ff.

11 Vgl. *Hüßtege* in Thomas/Putzo, ZPO/FamFG, 30. Aufl. 2009, § 128 FamFG Rz. 3.

12 Weiterhin AG Lüdenscheid v. 19.11.2008 – 5 F 650/07, FamRZ 2009, 804 unter Hinweis auf BVerfG v. 25.1.2005 – 2 BvR 656/99, 657/99 u. 683/99, NJW 2005, 1999 (2000).

13 Gründe: insbesondere unbekannter Aufenthalt oder Auslandsaufenthalt eines Beteiligten; in Einzelfällen auch bei eindeutiger Scheidungsabsicht auf beiden Seiten; weitergehend: AG Lüdenscheid v. 19.11.2008 – 5 F 650/07, FamRZ 2009, 804: keine Aussicht auf Versöhnung, keine weitere Sachaufklärung durch Anhörung.

14 So *Helms* in Prütting/Helms, FamFG, § 128 Rz. 3.

Diese Interpretationen gesetzlicher Grundlagen zur Realisierung eines effektiven Scheidungsverfahrens provozieren den **Trend**, das Scheidungsverfahren zum „Verfahren zweiter Klasse“ herabzustufen. Dann ist es auch nur noch ein nächster kleiner Schritt dahin, das Ehescheidungsverfahren als **reines Anwaltsverfahren**[15] zu gestalten. Es besteht dann kein Grund mehr dafür, dass der Antragsteller noch selbst den Termin wahrnimmt, wenn beide Ehepartner schriftsätzlich Trennungszeit und Scheitern der Ehe vorgetragen haben. Hierdurch würde im Ergebnis aber auch die **richterliche Aufgabe** infrage gestellt, Ehescheidungen durch verfahrensrechtliche Instrumente[16] möglichst noch zu vermeiden und **eheerhaltend** tätig zu werden. Die jetzt im FamFG aufgenommenen **Beratungsangebote** oder -hinweise waren auch vor der Reform zum Teil schon bekannt und der Wahrnehmung zugänglich. Hiervon wurde schon bislang nicht hinreichend Gebrauch gemacht. Eheerhaltende Umstände werden insbesondere aber dann zwangsläufig zurückgedrängt, wenn auf persönliche Anhörung der Beteiligten verzichtet werden darf.

Beraterhinweis: Für den Familienanwalt ist ein Scheidungsverfahren mit Erörterungsmöglichkeiten in der Regel von Vorteil, weil Streit beigelegt werden kann und/oder Vergleiche möglich sind. Es liegt auch im Verantwortungsbereich des Verfahrensbevollmächtigten, den Mandanten möglichst anzuhalten, am Termin teilzunehmen. ◁

3. Die Folgesachen, die Abtrennung vom Verbund und der Anwaltszwang

In § 114 Abs. 4 FamFG werden alle Verfahren und Familiensachen aufgeführt, die dem Anwaltszwang *nicht* unterliegen. Hierzu gehört auch der Antrag auf Abtrennung der Folgesache, § 114 Abs. 4 Nr. 4 FamFG. Der anwaltlich vertretene wie der anwaltlich nicht vertretene Beteiligte kann in eigener Regie den Antrag auf Abtrennung stellen, ohne die weitreichenden Konsequenzen abschätzen zu können. Gerade in wirtschaftlich wesentlichen Folgesachen kann ihre Mitentscheidung im Verbund von überragender Bedeutung sein. Dies gilt allein schon für den Ehegattenunterhalt, aber insbesondere auch für den Zugewinn oder die Zuweisung der Ehewohnung. Hier liegt daher ein weiterer „Systembruch“, da der Stellenwert des Verbunds in diesem Verfahrensteil ausgeblendet ist. Zudem wäre eine Abtrennungsentscheidung durch das Gericht auch **nicht selbständig anfechtbar**, § 140 Abs. 6 FamFG. Auf eine Kurzformel gebracht bedeutet dies: Das **Verbund- und Rechtsmittelsystem versagt** hier zweifach: Der in der Regel rechtssichernde Anwaltszwang für eine Abtrennung ist ausgeschlossen. Die Abtrennung kann als Zwischenentscheidung[17] nicht mehr rückgängig gemacht werden.

Beraterhinweis: Zur bestmöglichen Abstimmung ist der Verfahrensbevollmächtigte gehalten, den Mandanten darauf zu verpflichten, nicht im Alleingang Abtrennungsanträge zu stellen. Hierdurch wird der Anwaltsseite grundsätzlich eine neue Obliegenheit zur ungefragten Belehrung auferlegt. ◁

15 Die Bezeichnung „Scheidung light“ klingt hier unpassend und eher zynisch, weil zu viele berechtigte Interessen gefährdet sind.

16 Aussetzung des Verfahrens, Beratungsangebote/Mediation §§ 135, 136, 155 ff. FamFG.

17 Vgl. hierzu auch *Rakete-Dombek/Türck-Brocker*, NJW 2009, 2775.

FamRB*informativ*

Neu im Internet: *www.FamFG.de*

PKH-Begrenzungsgesetz

Der Bundesrat hat am 12.2.2010 beschlossen, den der Diskontinuität anheimgefallenen Entwurf eines Gesetzes zur Begrenzung der Aufwendungen für die Prozesskostenhilfe (PKHBegrenzG; BR-Drucks. 250/06) erneut in den Bundestag einzubringen.

BR-Drucks. 37/10

Änderung des Beratungshilferechts

Der Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Beratungshilferechts wurde vom Bundesrat am 12.2.2010 an die zuständigen Ausschüsse, federführend an den Rechtsausschuss überwiesen.

BR-Drucks. 69/10

BGH: Eigenbedarfskündigung: Nichten und Neffen als privilegierte Familienangehörige

Leibliche Nichten und Neffen des Vermieters sind kraft ihres nahen Verwandtschaftsverhältnisses zum Vermieter Familienangehörige i.S.v. § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB (Fortführung des Senatsurt. v. 9.7.2003 – VIII ZR 276/02, NJW 2003, 2604).

BGH, Urt. v. 27.1.2010 – VIII ZR 159/09

OLG Düsseldorf: Sicherung des Rückübertragungsanspruchs bei Betreuungspflichtverletzung

Der Anspruch des Grundstückseigentümers, der sein Grundstück gegen Übernahme einer Betreuungsverpflichtung übertragen hat, auf Rückübertragung für den Fall des Rücktritts wegen Verletzung dieser Vereinbarung (hier: „ ... wenn G. seine in dieser Urkunde übernommenen Betreuungspflichten beharrlich nicht erfüllt oder sonstwie erheblich und nachhaltig gegen den Geist dieses Vertrages verstößt ...“) ist hinreichend bestimmt und kann durch eine entsprechende Eigentumsvormerkung gesichert werden.

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 4.1.2010 – I-3 Wx 227/09

BFH: Kindergeld: Verletztenrente aus der gesetzlichen Unfallversicherung

Entstehen dem Kind als Folge eines Unfalls Aufwendungen zur Heilung einer gesundheitlichen Beeinträchtigung, die von der gesetzlichen Unfallversicherung nicht erstattet werden, ist die als Bezug anzusetzende Verletztenrente um diese Aufwendungen zu mindern.

BFH, Urt. v. 17.12.2009 – III R 74/07

Anwendbares Rechtsmittelrecht nach der FGG-Reform

Nach Art. 111 Abs. 1 FGG-RG ist das bis zum 31.8.2009 geltende Verfahrensrecht auch auf das Rechtsmittelverfahren anzuwenden, wenn das erstinstanzliche Verfahren vor dem 1.9.2009 eingeleitet worden ist. Die Einfügung des Art. 111 Abs. 2 FGG-RG gibt keine Veranlassung von diesem Grundsatz abzurücken.

OLG Nürnberg, Beschl. v. 11.1.2010 – 7 UF 1471/09

Deutschlands Frauen lebten zu 42 % von ihrer eigenen Arbeit

2008 führten 32,5 Mio. Frauen einen Privathaushalt in Deutschland. 42 % von den 32,5 Mio. Frauen finanzierten ihren Lebensunterhalt überwiegend durch ihre eigene Erwerbs- oder Berufstätigkeit. Rund drei von zehn Frauen (29 %) bestritten ihren überwiegenden Lebensunterhalt durch Rente oder Pension. Weitere 19 % der Frauen waren auf die Einkünfte ihrer Angehörigen angewiesen, 10 % hatten andere Quellen des überwiegenden Lebensunterhalts, zum Beispiel Arbeitslosengeld, Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende (Hartz IV) oder das eigene Vermögen.

Von den 32,5 Mio. Frauen waren mehr als die Hälfte (57 %) Ehefrauen, 28 % Alleinstehende, 8 % Partnerinnen in einer Lebensgemeinschaft und 7 % alleinerziehende Mütter.

Quelle: PM des Statistischen Bundesamts v. 8.3.2010

Impressum

Der Familien-Rechts-Berater (FamRB)
Redaktion: Peter Marqua (verantw. Redakteur) · Ursula Beckers-Baader (Redakteurin) · Leticia Seidl (Redaktionsassistentin), Anschrift des Verlags, Tel. 0221/9 37 38-502 (Redaktions-Sekr.) bzw. -499 (Vertrieb/Abonnementsverwaltung), Fax 0221/9 37 38-953 (Redaktions-Sekr.) bzw. -943 (Vertrieb/Abonnementsverwaltung), E-Mail: famrb@otto-schmidt.de
Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Gustav-Heinemann-Ufer 58, 50968 Köln, Postfach 51 10 26, 50946 Köln, Erfüllungsort und Gerichtsstand ist Köln.
Anzeigenleitung: Ralf Pötzsch, Tel. 0211/8 87-1490, Fax 0211/8 87-1500, E-Mail: fz.rws@fachverlag.de, gültig ist die Preisliste 8 vom 1.1.2010.
Satz und Druck: Boyens Offset GmbH & Co. KG, Wulf-Isebrand-Platz 1–3, 25746 Heide
Erscheinungsweise: Jeweils zum Anfang eines Monats.
Bezugspreis: Jahresabonnement 144,– €, Einzelheft 14,40 €. Alle Preise verstehen sich inkl. gesetzlicher MwSt. sowie zzgl. Versandkosten. Die Rechnungsstellung erfolgt jährlich zu Beginn des Bezugszeitraumes für das aktuelle Kalenderjahr (ggf. anteilig).
ISSN 1618-8349

Bestellungen bei jeder Buchhandlung sowie beim Verlag. Kündigungstermin für das Abonnement 6 Wochen vor Jahresschluss.
Volltext-Service: FamRB-Bezieher können die Volltexte der vorgestellten BGH- und OLG-Entscheidungen online bei der Verlagsredaktion abrufen: famrb@otto-schmidt.de.
Urheber- und Verlagsrechte: Manuskripte werden nur zur Alleinveröffentlichung angenommen. Der Autor versichert, über die urheberrechtlichen Nutzungsrechte an seinem Beitrag einschließlich aller Abbildungen allein verfügen zu können und keine Rechte Dritter zu verletzen. Mit Annahme des Manuskripts (Aufsatz, Entscheidungsbearbeitung) gehen für die Dauer von vier Jahren das ausschließliche, danach das einfache Nutzungsrecht vom Autor auf den Verlag über, jeweils auch für Übersetzungen, Nachdrucke, Nachdruckgenehmigungen und die Kombination mit anderen Werken oder Teilen daraus. Das Nutzungsrecht umfasst insbesondere auch die Befugnis zur Einspeicherung in Datenbanken sowie zur weiteren Vervielfältigung und Verbreitung zu gewerblichen Zwecken im Wege fotomechanischer, elektronischer und anderer Verfahren einschließlich CD-ROM und Online-Diensten.
Die Zeitschrift und alle veröffentlichten Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt. Jede vom Urheberrechtsgesetz nicht ausdrücklich zugelassene Verwertung bedarf vorheriger schriftlicher Zustimmung des Verlags. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigung, Bearbeitung, Übersetzung, Mikroverfilmung und Einspeicherung, Verarbeitung bzw. Wiedergabe in Datenbanken oder anderen elektronischen Medien und Systemen. Fotokopien dürfen nur als Einzelkopien für den persönlichen Gebrauch hergestellt werden.

FamRB*aktuell*

BGH: Herabsetzung oder zeitliche Begrenzung des nachehelichen Unterhalts

Im Rahmen der Billigkeitsentscheidung über eine Herabsetzung oder zeitliche Begrenzung des nachehelichen Unterhalts ist vorrangig zu berücksichtigen, inwieweit durch die Ehe Nachteile im Hinblick auf die Möglichkeit eingetreten sind, für den eigenen Unterhalt zu sorgen. § 1578b BGB beschränkt sich allerdings nicht auf die Kompensation ehebedingter Nachteile, sondern berücksichtigt auch eine darüber hinausgehende nacheheliche Solidarität (im Anschluss an die Senatsurt. v. 26.11.2008 – XII ZR 131/07, FamRZ 2009, 406 = FamRB 2009, 68 und v. 27.5.2009 – XII ZR 111/08, FamRZ 2009, 1207 = FamRB 2009, 234).

Der Maßstab des angemessenen Lebensbedarfs, der nach § 1578b BGB regelmäßig die Grenze für die Herabsetzung des nachehelichen Unterhalts bildet, bemisst sich nach dem Einkommen, das der unterhaltsberechtigte Ehegatte ohne die Ehe und Kindererziehung aus eigenen Einkünften zur Verfügung hätte. Dabei ist auch auf die konkrete Lebenssituation des Unterhaltsberechtigten abzustellen. Beim Krankheitsunterhalt kann deswegen nur auf das Einkommen abgestellt werden, das der Unterhaltsberechtigte ohne die Ehe und Kindererziehung im Fall seiner Krankheit zur Verfügung hätte. Aus dem Begriff der Angemessenheit folgt aber zugleich, dass der nach § 1578b BGB herabgesetzte Unterhaltsbedarf jedenfalls das Existenzminimum des Unterhaltsberechtigten erreichen muss (im Anschluss an das Senatsurt. v. 14.10.2009 – XII ZR 146/08, FamRZ 2009, 1990 [1991] = FamRB 2010, 2).

BGH, Urt. v. 17.2.2010 – XII ZR 140/08

BGH: Bestimmtheitsanforderungen für vollstreckbare Urkunden

Eine 1972 von einem Notar aufgenommene Urkunde, in der sich der Schuldner verpflichtet, an den Gläubiger Unterhalt in Höhe der Bruttobezüge eines ledigen Regierungsrats der Besoldungsgruppe A, letzte Dienstaltersstufe (14) der Saarl. Besoldungsordnung gem. Gesetz Nr. 935 zzgl. Ortszuschlag I. b, Stufe 1 zu zahlen, genügt jedenfalls dann nicht mehr den Bestimmtheitsanforderungen für vollstreckbare Urkunden i.S.v. § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO in der bis zum 31.12.1998 geltenden Fassung, wenn die zum Zeitpunkt der Klauselerteilung geltende Besoldungsordnung keinen Ortszuschlag mehr enthält.

BGH, Beschl. v. 11.2.2010 – VII ZB 102/08

BGH: (Kein) Geldausgleich für übernommene Pflegeverpflichtung bei Heimaufenthalt

Kann ein Familienangehöriger, der als Gegenleistung für die Übertragung eines Grundstücks die Pflege des Übergebers übernommen hat, seine Leistung wegen Umzugs des Übergebers in ein Pflegeheim nicht mehr erbringen, wird sich dem im Rahmen einer ergänzenden Vertragsauslegung zu ermittelnden hypothetischen Parteiwillen im Zweifel nicht entnehmen lassen, dass an die Stelle des ersparten Zeitaufwands ein Zahlungsanspruch des Übergebers treten soll.

BGH, Urt. v. 29.1.2010 – V ZR 132/09

BGH: Unpfändbarkeit eines Kfz, das Ehegatte für Erwerbstätigkeit benötigt

Unpfändbar sind auch die Gegenstände des Schuldners, die sein Ehegatte zur Fortsetzung einer Erwerbstätigkeit benötigt. Zur Fortsetzung der Erwerbstätigkeit i.S.d. § 811 Abs. 1 Nr. 5 ZPO erforderliche Gegenstände können auch Kraftfahrzeuge sein, die ein Arbeitnehmer für die täglichen Fahrten von seiner Wohnung zu seinem Arbeitsplatz und zurück benötigt.

BGH, Beschl. v. 28.1.2010 – VII ZB 16/09

BGH: Erwerbsobliegenheiten im Abänderungsverfahren

Hat das Gericht dem unterhaltsberechtigten Ehegatten im Vorprozess keine zusätzlichen Erwerbseinkünfte fiktiv zugerechnet und damit nach § 1577 Abs. 1 BGB zugleich entschieden, dass er seiner Erwerbsobliegenheit genügt hat, ist diese Feststellung auch im Abänderungsverfahren maßgebend. Der Unterhaltsverpflichtete kann deshalb nicht einwenden, der Unterhaltsberechtigte erleide bei Aufnahme der ihm obliegenden Erwerbstätigkeit keinen ehebedingten Nachteil, weshalb eine Befristung des Unterhalts aus diesem Gesichtspunkt ausscheidet. Etwas anders gilt nur, wenn der Unterhaltsverpflichtete eine wesentliche Veränderung der Verhältnisse dargetan hat, die eine solche Obliegenheit im Nachhinein begründen könnte.

BGH, Urt. v. 27.1.2010 – XII ZR 100/08

Neu! März 2010!

aktuell kompakt praxisnah FamRZ-Buch 33

Helms/Kieninger/Rittner

Abstammungsrecht in der Praxis

– Materielles Recht, Verfahrensrecht, Medizinische Abstammungsbegutachtung –

von
Prof. Dr. jur. *Tobias Helms,*
o. Professor an der Universität Marburg,
Jörg Kieninger,
Richter am AG Stuttgart-Bad Cannstatt,
Prof. Dr. med. *Christian Rittner,*
em. Professor an der Universität Mainz
(März) 2010; ca. XXI und 210 Seiten,
brosch. € [D] 54,–
ISBN 978-3-7694-1065-5

Herausgeber der FamRZ-Bücher:
Prof. Dr. Dr. h.c. Peter Gottwald
Dr. Ingrid Groß
Dr. Meo-Micaela Hahne
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Dieter Henrich
Prof. Dr. Dr. h.c. Dieter Schwab
Prof. Dr. Thomas Wagenitz

Abstammungsfragen haben zentrale Bedeutung: Die statusrechtliche Zuordnung hat nicht nur **tiefgreifende persönliche,** sondern etwa in puncto Unterhalt oder Erbfall auch weitreichende **finanzielle Folgen.**

Das Problem: Das Abstammungsrecht ist kompliziert und hat in den letzten Jahren **grundlegende Änderungen** erfahren (u.a. behördliches Anfechtungsrecht / isolierte Abstammungsklärung – neues FamFG-Verfahren – GenDG seit 1.2.2010). Daneben sind die unverzichtbaren Grundlagen zur **genetischen Abstammung** eine für Juristen äußerst **schwer zu durchdringende Materie.**

Die Lösung: Sämtliche Gebiete sind im FamRZ-Buch vereinigt, u.a.

- ➡ Vaterschaft: Anerkennung/Feststellung/Anfechtung/Klärung ohne Statusfolgen mit Verfahrensteil einschl. Internationalem Recht sowie allen Nebenfragen (z.B. VKH, Kosten)
- ➡ Grundlagen der Medizinischen Abstammungsbegutachtung.

. . . praxisgerecht aufbereitet von einem **interdisziplinären Expertenteam,** das sowohl über fundierte wissenschaftliche als auch über langjährige praktische Erfahrung verfügt.

Für alle, die nach einer **umfassenden** und **zuverlässigen Orientierung** auf aktuellem Stand suchen: (Fach-)Anwälte, Richter, Mitarbeiter von Jugendämtern, medizinische Sachverständige.

. . . Ihre Buchhandlung erwartet Sie!

GIESEKING

Gieseking Verlag
Postfach 130120
33544 Bielefeld
Fax 0521 - 143715
kontakt@gieseking-verlag.de
www.gieseking-verlag.de

BGH: Pflichtteilsberechnung bei unentgeltlicher Zuwendung im Wege vorweggenommener Erbfolge

Erfolgt eine Zuwendung „im Wege vorweggenommener Erbfolge unentgeltlich", ist für die Pflichtteilsberechnung im Auslegungsweg zu ermitteln, ob der Erblasser damit eine Ausgleichung gem. §§ 2316 Abs. 1, 2050 Abs. 3 BGB, eine Anrechnung gem. § 2315 Abs. 1 BGB oder kumulativ Ausgleichung und Anrechnung gem. § 2316 Abs. 4 BGB anordnen wollte. Ausschlaggebend für den Willen des Erblassers ist, ob mit seiner Zuwendung zugleich auch eine Enterbung des Empfängers mit bloßer Pflichtteilsberechtigung festgelegt (Anrechnung) oder aber nur klargestellt werden sollte, dass der Empfänger lediglich zeitlich vorgezogen bedacht wird, es im Übrigen aber bei den rechtlichen Wirkungen einer Zuwendung im Erbfall verbleiben soll (Ausgleichung).

BGH, Urt. v. 27.1.2010 – IV ZR 91/09

OLG Karlsruhe: Vollstreckungsverfahren als selbständige Verfahren i.S.d. Art. 111 FGG-RG

Vollstreckungsverfahren sind selbständige Verfahren i.S.d. Art. 111 FGG-RG. Wird ein Vollstreckungsverfahren nach dem 31.8.2009 eingeleitet, sind die §§ 86 ff., 120 FamFG auch dann anzuwenden, wenn der Vollstreckungstitel vor dem 1.9.2009 entstanden ist.

OLG Karlsruhe, Beschl. v. 19.2.2010 – 5 WF 28/10

OLG Hamm: Keine Beschwerde gegen ablehnenden VKH-Beschluss für einstw. Unterhaltsanordnung

Hat das Familiengericht in einem Verfahren auf Erlass einer isolierten einstweiligen Anordnung betreffend Unterhalt die Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe mangels hinreichender Erfolgsaussicht versagt, ist das Rechtsmittel der Beschwerde hiergegen nicht statthaft, da auch Entscheidungen in der Hauptsache der Anfechtung nach § 57 FamFG nicht unterliegen.

OLG Hamm, Beschl. v. 9.2.2010 – II-2 WF 12/10

Verlag Dr. Otto Schmidt Köln

Seminar

Angriffs- und Verteidigungsstrategien im Zugewinn

– vor und nach der Güterrechtsnovelle –

27. Mai 2010 in Köln • **28. Mai 2010** in Frankfurt

RA/FAFamR Dr. Walter Kogel,

ständiger Mitarbeiter der Zeitschrift „Der Familien-Rechts-Berater", ist seit 1975 in Aachen als Rechtsanwalt tätig. Durch zahlreiche Publikationen zum Thema Zugewinnausgleich, durch die Kommentierung im Münchener AnwaltsHandbuch Familienrecht (ehebezogene Zuwendung, Ehegatteninnengesellschaft, familienrechtlicher Kooperationsvertrag) und seine jahrelange Referententätigkeit, hat er sich in der Fachwelt einen Namen gemacht.

Themen

- Die Güterrechtsnovelle – erste Erkenntnisse und Erfahrungen
  - – Erweiterung der Auskunftsrechte
  - – Verbesserung des vorläufigen Rechtsschutzes
  - – Neufassung der §§ 1378, 1384 BGB
  - – Beispielsfälle mit negativem Anfangs- und Endvermögen
  - – Übergangsrecht – eine ernüchternde Zwischenbilanz
- Grundstücke und Nießbrauchsrechte
- das selbstständige Beweisverfahren im Zugewinnausgleich
- Bruchteilsgemeinschaft im Innenverhältnis – eine Allzweckwaffe im Güterrecht

Zeitablauf 13.45 - 18.00 Uhr

Teilnahmegebühr
☐ 190,– €
☐ 150,– € für **Abonnenten des FamRB**
jeweils zzgl. 19% USt., inkl. Arbeitsunterlage und Tagungsgetränke; Fortbildungsnachweis (§ 15 FAO) auf Wunsch

Anmeldung Per Fax / www.otto-schmidt.de/seminare

Fax und fertig! 0221 93738-969

☐ **27. Mai 2010 in Köln**
Hotel Mondial am Dom
Kurt-Hackenberg-Platz 1, 50667 Köln
Seminar-Nr.: 5900.10.2006.1

☐ **28. Mai 2010 in Frankfurt**
InterCityHotel
Poststraße 8, 60329 Frankfurt
Seminar-Nr.: 5900.10.2006.2

Name/Vorname

Beruf

Kanzlei/Firma

Straße

PLZ/Ort

Telefon Fax

Datum/Unterschrift

1 2 3 4 5 6 7 8 9 10 11 12 13 14 15 16 17 18 19 / 10

Verlag Dr. Otto Schmidt KG · Gustav-Heinemann-Ufer 58 · 50968 Köln · Tel. 0221-9 37 38-656 · Fax 0221-9 37 38-969
www.otto-schmidt.de · seminare@otto-schmidt.de

Verlag Dr. Otto Schmidt Köln

Da weiß man, was man hat.

Mit dem Kommentar von Prütting/Helms weiß man, was man hat: erstklassige Qualität, wie bei allen großen Praxiskommentaren aus dem Verlag Dr. Otto Schmidt. Das heißt, der Kommentar ist richtungweisend, ausgewogen, kritisch, meinungsfreudig, argumentativ.

Auf fast 2.800 Seiten beantworten Ihnen renommierte Herausgeber und exzellente Autoren alle Fragen zum neuen Recht – auch zu den Kosten! – und orientieren sich dabei strikt an den Bedürfnissen der Praxis von Anwälten, Notaren und Richtern.

Die gesamte Literatur, die bis September 2009 zum FamFG veröffentlicht worden ist, wurde ausgewertet und verarbeitet. Das gilt auch für die noch relevante Rechtsprechung und Literatur zum alten Recht. In allen Erläuterungen wird auch auf die Vorschriften des alten Verfahrens- und Kostenrechts Bezug genommen. Bei der Kommentierung von Verfahren mit Auslandsbezug werden die einschlägigen internationalen Übereinkommen im Wortlaut an Ort und Stelle mit abgedruckt. Und die stichhaltige Argumentation der versierten Praktiker hilft Ihnen vor allem da, wo es überhaupt noch keine Anhaltspunkte gibt.

Prütting/Helms (Hrsg.) **FamFG** Kommentar mit FamGKG. *Herausgegeben von Prof. Dr. Hanns Prütting und Prof. Dr. Tobias Helms. Bearbeitet von 18 exzellenten Spezialisten. 2009, 2.780 Seiten Lexikonformat, gbd. 129,– €. ISBN 978-3-504-47949-7*

Selbstverständlich sind auch alle Änderungen berücksichtigt, die FamFG und FamGKG bereits vor Inkrafttreten ereilt haben.

Prütting/Helms (Hrsg.), FamFG. Da weiß man, was man hat. Leseprobe? **www.otto-schmidt.de**

---------- **Bestellschein** ausfüllen und faxen **(02 21) 9 37 38-9 43** ----------

☒ Ja, ich bestelle mit 14-tägigem Rückgaberecht Prütting/Helms (Hrsg.) **FamFG**. *129,– € plus Versandkosten. ISBN 978-3-504-47949-7*

Name | Straße | PLZ | Ort

Telefon | Fax | Datum | Unterschrift | 1/2010

Bestellen Sie bei Ihrer Buchhandlung oder beim Verlag Dr. Otto Schmidt · Postfach 51 10 26 · 50946 Köln