PVSt 57932

Januar 2015 | 14. Jahrgang | Seiten 1-44

1
15

In diesem Heft:
Ihre neuen
Freischaltcodes

famrb FamilienRechts-berater

Informationsdienst für die familienrechtliche Praxis

fam rb.de **Berater-Modul Familienrecht**

Rechtsprechung

Eheliches Güter- und Vermögensrecht

- BGH: Kein vorzeitiger Zugewinnausgleich wegen Nichterfüllung der Auskunftspflicht 3

Ehescheidung

- BGH: Verzicht auf Versorgungsausgleich bei Doppelverdienerehe 4

Unterhaltsrecht

- BGH: Vertretung des Kindes getrenntlebender Eltern durch Jugendamt als Beistand 5
- BGH: Betreuungsunterhalt bei überobligatorischer Erwerbstätigkeit 7
- BGH: Zurechnung fiktiver Nebeneinkünfte beim Kindesunterhalt 9

Versorgungsausgleich

- BGH: Ausgleichsreife betrieblicher Anrechte 11

Beiträge für die Beratungspraxis

Aktuelle Praxisfragen

- Die Wohnkosten im Selbstbehalt, *Schürmann* 26
- Die sofortige Wirksamkeit von Beschlüssen in Unterhaltssachen, *Giers* 29
- Kollisionsrecht der Ehescheidung und der Scheidungsfolgen im Verhältnis zur Türkei, *Finger* 33

Arbeitshilfen

- Anpassung der Selbstbehaltssätze zum 1.1.2015, *DFGT* 41
- Bremer Tabelle zur Berechnung des Altersvorsorgeunterhalts, *Gutdeutsch* 43

ottoschmidt

In Heft 1/2015:
Ihr Freischaltcode

Im Familien-Rechtsberater lesen Sie monatlich die neueste Rechtsprechung fachkundig aufbereitet mit konkreten Beraterhinweisen und praxisbezogenen Aufsätzen zum nationalen und internationalen Familienrecht. Im dazugehörigen Berater-Modul Familienrecht finden Abonnenten unter **www.famrb.de** ihre exklusive Datenbank für die praktische Online-Recherche mit diesen hochwertigen Inhalten:

- **Zeitschriften-Archiv** des FamRB komplett ab 2002
- **Prütting/Helms (Hrsg.), FamFG Kommentar mit FamGKG** rund 3.200 Seiten (Printwert: 149,– €)
- **Krenzler/Borth (Hrsg.), Anwaltshandbuch Familienrecht** rund 1.900 Seiten (Printwert: 129,– €)
- **Ehinger/Griesche/Rasch, Handbuch Unterhaltsrecht** rund 1.000 Seiten (Printwert: 79,80 €)
- **Rechtsprechung und Gesetze**

fam rb.de **Berater-Modul Familienrecht**

ottoschmidt

Inhaltsverzeichnis

FamRBinformativ (Auszug)

- Neue Düsseldorfer Tabelle 1
- PKH-Bekanntmachung 2015 1
- Sozialversicherungs-RechengrößenVO 2015 1
- Europaweiter Gewaltschutz; zunächst keine Änderung des Rechtsmittelrechts in Ehesachen 1

Rechtsprechung

Eheliches Güter- und Vermögensrecht

- Keine Anwendbarkeit neuen Güterrechts bei Scheidung vor dem 1.9.2009
  BGH, Beschl. v. 22.10.2014 – XII ZR 194/13 2
- Kein vorzeitiger Zugewinnausgleich wegen Nichterfüllung der Auskunftspflicht zum Trennungsvermögen
  BGH, Beschl v. 17.9.2014 – XII ZB 604/13 3

Ehescheidung

- Verzicht auf Versorgungsausgleich bei Doppelverdienerehe
  BGH, Beschl. v. 8.10.2014 – XII ZB 318/11 4

Unterhaltsrecht

- Vertretung des Kindes getrenntlebender Eltern durch Jugendamt als Beistand
  BGH, Beschl. v. 29.10.2014 – XII ZB 250/14 5
- Erfüllung des Auskunftsanspruchs durch den Unterhaltsschuldner
  BGH, Beschl. v. 22.10.2014 – XII ZB 385/13 6
- Betreuungsunterhalt bei überobligatorischer Erwerbstätigkeit
  BGH, Beschl. v. 1.10.2014 – XII ZB 185/13 7
- Zurechnung fiktiver Nebeneinkünfte beim Kindesunterhalt
  BGH, Beschl. v. 24.9.2014 – XII ZB 111/13 9
- Vollstreckung von nach § 7 UVG übergegangenen Unterhaltsansprüchen
  BGH, Beschl. v. 17.9.2014 – VII ZB 21/13 10

Versorgungsausgleich

- Ausgleichsreife betrieblicher Anrechte
  BGH, Beschl v. 22.10.2014 – XII ZB 325/14 11
- Durchführung des schuldrechtlichen Versorgungsausgleichs
  BGH, Beschl v. 1.10.2014 – XII ZB 635/13 12

Kindschaftssachen

- Kein Beschwerderecht der Staatsanwaltschaft im Verfahren über Einrichtung einer Ergänzungspflegschaft
  BGH, Beschl. v. 8.10.2014 – XII ZB 406/13 13
- Umgang des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters mit dem Kind
  OLG Bremen, Beschl. v. 10.10.2014 – 5 UF 89/14 14
- Keine Beschwerdebefugnis von Pflegeeltern betr. Vormundbestellung
  OLG Nürnberg, Beschl v. 14.3.2014 – 11 WF 141/14 16

Verfahrensrecht

- Ausgangskontrolle bei Telefaxversendung fristgebundener Schriftsätze
  BGH, Beschl. v. 27.8.2014 – XII ZB 255/14
  BGH, Beschl. v. 11.12.2013 – XII ZB 229/13 17
- Verfahrenskostenhilfe nur zur Wahrnehmung eigener Rechte
  BGH, Beschl. v. 22.10.2014 – XII ZB 125/14 18
- Versäumnisbeschluss im schriftlichen Beschwerdeverfahren
  BGH, Beschl. v. 24.9.2014 – XII ZB 111/13 19
- Vergütung des Verfahrenspflegers
  BGH, Beschl. v. 24.9.2014 – XII ZB 444/13 20

Betreuung/Unterbringung

- Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen (I)
  BGH, Beschl. v. 17.9.2014 – XII ZB 202/13 21
- Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen (II)
  BGH, Beschl. v. 17.9.2014 – XII ZB 202/13 23

Erbrecht

- Regress der Staatskasse auf Rückforderung der gesetzlichen Vergütung aus der Betreuung des Erblassers
  BGH, Beschl. v. 27.8.2014 – XII ZB 133/12 25

>>>

Ihr Berater-Modul über www.famrb.de:

Den neuen Zugangscode für 2015 finden Sie in diesem Heft.

Inhaltsverzeichnis (Fortsetzung)

Beiträge für die Beratungspraxis

Aktuelle Praxisfragen

- **Die Wohnkosten im Selbstbehalt**
  VorsRiOLG Heinrich Schürmann, Oldenburg 26
- **Die sofortige Wirksamkeit von Beschlüssen in Unterhaltssachen**
  DirAG Dr. Michael Giers, Neustadt a. Rbge. 29
- **Kollisionsrecht der Ehescheidung und der Scheidungsfolgen bei Antragstellung nach dem 21.6.2012 im Verhältnis zur Türkei – Nachträge und Ergänzungen**
  Priv.-Doz. Dr. Peter Finger, FAFamR und Mediator, Frankfurt/M. 33

Arbeitshilfen

- **Anpassung der Selbstbehaltssätze zum 1.1.2015**
  mitgeteilt von DirAG Birgit Niepmann, Bonn, Vorsitzende der Unterhaltskommission des DFGT 41
- **Bremer Tabelle zur Berechnung des Altersvorsorgeunterhalts**
  fortgeführt von RiOLG a.D. Werner Gutdeutsch, Ebersberg 43

FamRBaktuell (Auszug)

- BGH: Verjährung der Rückforderung von Schwiegerelternschenkungen V
- BVerfG: Zeitpunkt der Einholung eines Abstammungsgutachtens V
- BVerfG: Sorgerechtsentziehung: Eingehende Feststellungen zur Kindeswohlgefährdung VI
- BGH: Barunterhaltspflicht im Wechselmodell VI

Bearbeiter

Familien-Rechtsberater (FamRB)

Redaktion:
› Ursula Beckers-Baader (verantw. Redakteurin) › Leticia Seidl (Redaktionsassistentin), Anschrift des Verlags, Tel. 0221/93738-502 (Redaktions-Sekr.) bzw. -499 (Vertrieb/Abonnementsverwaltung), Fax 0221/93738-953 (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:
› DirAG Volker Bißmaier, Besigheim › RiAG Doris Block, Berlin-Schöneberg › RiOLG Dr. Regina Bömelburg, Köln › RAin FAinFamR FAinErbR Notarin Stefanie Brielmaier, Berlin › RAin FAinStR Susanne Christ, Köln › RAin FAinFamR Monika Clausius, Saarbrücken › RA FAFamR Priv.-Doz. Dr. Peter Finger, Frankfurt a.M. › DirAG Dr. Michael Giers, Neustadt a. Rbge. › RiOLG Frank Götsche, Brandenburg/Havel › Notar Prof. Dr. Dr. Herbert Grziwotz, Regen › RiBGH Dr. Frank Klinkhammer, Karlsruhe › RA FAFamR Dr. Walter Kogel, Aachen › RA FAFamR Dr. Lambert Krause, Waldshut-Tiengen/Wurmlingen (Tuttlingen) › RAin FAinFamR Gisela Kühner, Hamm › RiOLG Dr. Matthias Locher, Hamm › Notar Dr. Dr. Ingo Ludwig, Völklingen › RiKG Dr. Martin Menne, Berlin › VorsRiOLG Eva Moll-Vogel, Celle › Ri und Lehrbeauftragte Dr. Juliana Mörsdorf-Schulte, LL.M. Berkeley, Düsseldorf/Mannheim › VorsRiOLG Dr. Stefan Motzer, Stuttgart › Notar Dr. Christof Münch, Kitzingen › RiAG a.D. Ralph Neumann, Brühl › RA FAFamR Michael Nickel, Hagen › RAin FAinFamR Dr. Kerstin Niethammer-Jürgens, Potsdam › RA FAErbR Notar Dr. Hubertus Rohlfing, Hamm › Dr. Andrea Schulz, LL.M., Bonn › VorsRiOLG Eberhard Stößer, Stuttgart › VPräsLG Martin Streicher, Tübingen › RiOLG Mallory Völker, Saarbrücken › Notar Dr. Eckhard Wälzholz, Füssen › RA FAFamR Klaus Weil, Marburg › VPräsOLG Reinhardt Wever, Bremen › RiAG Andreas Wiegelmann, Köln

Beilagenhinweis

Dieser Ausgabe liegt eine ovs-Beilage bei. Wir bitten unsere Leser um freundliche Beachtung.

Immer informiert:
Ihr Newsletter Familienrecht

Kostenlos alle zwei Wochen per E-Mail.
Einfach abonnieren unter:
www.famrb.de

Jetzt abonnieren:
Familien-Rechtsberater

Probe-Abo kostenlos mit 3 Heften und 3 Monaten Zugang zum Berater-Modul Familienrecht und zur Zeitschriften-App. Jetzt bestellen!

FamRB erscheint monatlich.

www.famrb.de
Aboservice Telefon 0221 93738-997

FamRBinformativ

Neue Düsseldorfer Tabelle

Am 4.12.2014 hat das OLG Düsseldorf die neue Düsseldorfer Tabelle mit **Stand 1.1.2015** veröffentlicht. Die für Unterhaltspflichtige zu berücksichtigenden Selbstbehalte sind erhöht worden. Der Kindesunterhalt konnte nicht schon zum 1.1.2015 erhöht werden, da er sich nach dem durch das BFM festzusetzenden steuerlichen Kinderfreibetrag richtet, dessen Neufestsetzung bislang nicht erfolgt ist, aber voraussichtlich noch im Laufe des Jahres erfolgen soll. Bis zu einer Anhebung muss es bei den derzeitigen Kindesunterhaltsbeträgen bleiben.

Zur Anpassung der Selbstbehaltssätze zum 1.1.2015 s. die Erläuterungen der Unterhaltskommission des DFGT in diesem Heft auf S. 41. Vertiefend zu den Wohnkosten im Selbstbehalt schreibt *Schürmann* in diesem Heft auf S. 26.

Die neue Düsseldorfer Tabelle steht für Sie auf der Homepage des FamRB zum Download bereit (unter ***www.famrb.de***/Materialien/Unterhaltsleitlinien und -tabellen). Dort finden Sie auch die aktuellen Unterhaltsleitlinien der einzelnen Oberlandesgerichte, je nach Erscheinen.

PKH-Bekanntmachung 2015

Die **ab dem 1.1.2015** maßgebenden Beträge, die nach § 115 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1b und Nr. 2 ZPO vom Einkommen der Partei abzusetzen sind, betragen

1. für Parteien, die ein Einkommen aus Erwerbstätigkeit erzielen (§ 115 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1b ZPO), **210 €**,
2. für die Partei und ihren Ehegatten oder ihren Lebenspartner (§ 115 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2a ZPO), **462 €**,
3. für jede weitere Person, der die Partei auf Grund gesetzlicher Unterhaltspflicht Unterhalt leistet, in Abhängigkeit von ihrem Alter (§ 115 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2b ZPO):
   a) Erwachsene **370 €**,
   b) Jugendliche vom Beginn des 15. bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres **349 €**,
   c) Kinder vom Beginn des siebten bis zur Vollendung des 14. Lebensjahres **306 €**,
   d) Kinder bis zur Vollendung des sechsten Lebensjahres **268 €**.

BGBl. 2014 I, 2007

Sozialversicherungs-RechengrößenVO 2015

Die VO über maßgebende Rechengrößen der Sozialversicherung für 2015 v. 1.12.2014 ist im Bundesgesetzblatt verkündet. Mit der VO werden die Rechengrößen gemäß der Einkommensentwicklung im vergangenen Jahr angepasst.

BGBl. 2014 I, 1957

Europaweiter Gewaltschutz; zunächst keine Änderung des Rechtsmittelrechts in Ehesachen

Das Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2011/99/EU über die Europäische Schutzanordnung und zur Durchführung der VO (EU) Nr. 606/2013 über die gegenseitige Anerkennung von Schutzmaßnahmen in Zivilsachen ist im Bundesgesetzblatt verkündet: BGBl. 2014 I, 1964.

Im Rahmen dieses Gesetzgebungsvorhabens sollte § 145 FamFG einen neuen Abs. 3 erhalten, um durch falsche Rechtskraftzeugnisse zur Ehescheidung mögliche Doppelehen zu vermeiden. Dazu sollte der Scheidungsausspruch nicht im Wege der Anschließung angefochten werden können, wenn die Beschwerde ausschließlich von einem oder mehreren Versorgungsträgern eingelegt wurde. Diese im Gesetzentwurf noch vorgesehene **Änderung im Rechtsmittelrecht in Ehesachen** (wir berichteten FamRB 2014, 361), ist hingegen **einstweilen zurückgestellt**.

Buchtipp: Rahm/Künkel, 69. Ergänzungslieferung

Rahm/Künkel, Handbuch Familien- und Familienverfahrensrecht, 69. Erg.-Lfg., Stand: Dez. 2014, 514 S., 84,80 €

Die 69. Lieferung komplettiert das Werk im ersten Teil um die Abschnitte I 6 B „**Elterliche Sorge**“ und I 6 D „**Kindesherausgabe**“ des 6. Kapitels „Kindschaftssachen“, beide vorgelegt von Frau RiAG Dr. Alexandra *Altrogge*.

Zugleich wird Teil II des Handbuchs, **Familiensachen mit Auslandsbezug**, weiter vervollständigt und aktualisiert. Herr DirAG a.D. Kai *Breuer* legt das 4. Kapitel, „**Unterhaltssachen**“ neu vor und aktualisiert im einleitenden Kapitel II 1 die Teile A und D.

Abgerundet wird die Lieferung im Materialienteil durch die **neuen Rechengrößen zum Versorgungsausgleich**.

Rechtsprechung

Eheliches Güter- und Vermögensrecht

››› Keine Anwendbarkeit neuen Güterrechts bei Scheidung vor dem 1.9.2009

§ 1378 Abs. 2 Satz 2 BGB, wonach sich das für die Begrenzung der Ausgleichsforderung maßgebliche Vermögen des Ausgleichspflichtigen in Fällen der illoyalen Vermögensminderung um den dem Endvermögen hinzuzurechnenden Betrag erhöht, findet keine Anwendung, wenn die Ehe vor dem 1.9.2009 rechtskräftig geschieden worden ist (im Anschluss an Senatsurt. v. 16.7.2014 – XII ZR 108/12, FamRZ 2014, 1610 = FamRB 2014, 363). (amtlicher Leitsatz)

BGH, Beschl. v. 22.10.2014 – XII ZR 194/13
(OLG Karlsruhe, Entsch. v. 19.7.2013 – 5 UF 288/11, FamRZ 2014, 940)
BGB §§ 1365, 1375 Abs. 2, 1378 Abs. 2, 1384

Das Problem

Unmittelbar nach Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags im November 1999 verschenkte der Ehemann an seine Kinder 80 % seines Vermögens in Form von Grundbesitz. Die Ehefrau machte im Verbund Zugewinn von 60.000 € geltend. Im Juni 2009 wurde die Ehe rechtskräftig geschieden. Seit 2007 war der Ehemann insolvent. Kann die Ehefrau im nunmehr abgetrennten Zugewinnverfahren weiterhin die 60.000 € geltend machen?

Die Entscheidung des Gerichts

Nach der Güterrechtsnovelle kommt es abschließend für die Höhe des Zugewinnausgleichs auf den Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Güterrechtsantrags an, vgl. § 1384 BGB. Nach altem Recht war für die Berechnung zwar dieser Zeitpunkt ebenfalls maßgebend. Sofern aber bei Beendigung des Güterstands (oftmals Rechtskraft des Scheidungsbeschlusses) nichts mehr vorhanden war, wurde auf entsprechende Einrede des Schuldners auch nichts geschuldet (vgl. § 1378 Abs. 2 BGB a.F.). Mit Urt. v. 16.7.2014 – XII ZR 108/12, FamRZ 2014, 1610 m. Anm. *Koch* = FamRB 2014, 363 hat der BGH bereits entschieden, dass bei Beendigung des Güterstands vor dem 1.9.2009 jedenfalls in Fällen eines *lauteren* Vermögensverlusts (z.B. Wertverlust von Aktien durch die Bankenkrise) nur auf die alte Rechtslage abzustellen sei. Sofern nach altem Recht ein Anspruch gerade nicht entstanden sei, könne schon unter dem Gesichtspunkt einer unzulässigen echten Rückwirkung dieses Ergebnis nicht im Nachhinein geändert werden. Offen blieb hingegen die Frage, wie in Fällen der *illoyalen* Vermögensminderung zu entscheiden sei. Diese Streitfrage hatte der BGH bislang nie entscheiden müssen. Die h.M. stand auf dem Standpunkt, dass selbst bei arglistigem Verhalten die Rechtsfolge aus § 1378 Abs. 2 BGB a.F. eintrete (vgl. zusammenfassend hierzu *Kogel*, Strategien beim Zugewinnausgleich, 4. Aufl., Rz. 1390 ff.). Dem schließt sich jetzt der Senat an. Er verweist zum einen auf den Gesetzeswortlaut, der keine Einschränkung kenne. Zum anderen habe der Gesetzgeber gerade dieses von ihm als unbillig empfundene Ergebnis zum Anlass genommen, § 1384 BGB zu ändern. Schließlich sei klarstellend in der Neufassung des § 1378 Abs. 2 BGB der Zusatz aufgenommen worden, dass verschwendete Vermögensgegenstände dem Endvermögen fiktiv hinzugerechnet werden.

Einen Verstoß gegen das Verfügungsverbot des § 1365 BGB lehnt der BGH ab. Durch die Übertragung der Immobilien an die Söhne sei jedenfalls die Grenze von 15 % an verbleibendem Restvermögen nicht unterschritten worden (vgl. hierzu bereits BGH v. 25.6.1980 – IVb ZR 516/80, FamRZ 1980, 765).

Konsequenzen für die Praxis

Es handelt es sich bei der Entscheidung um ein „Auslaufmodell“ nach altem Recht. Die Problematik eines Vermögensverlustes zwischen Rechtshängigkeit und Entscheidung über den Zugewinnausgleich wird aber weiterhin die Gerichte beschäftigen. Für den Fall der illoyalen Vermögensverschiebung wird der Schuldner sich zwar keinesfalls auf §§ 242, 1381 BGB berufen können. In den Fällen, in denen sich jedoch auf Grund von von ihm nicht beeinflussbarer Umstände Verluste einstellen (z.B. bei volatilen Vermögenswerten durch die Finanzkrise) wird weiterhin kontrovers diskutiert, ob überhaupt und in welchen Fällen der Schuldner sich auf eine der beiden Vorschriften berufen kann. Das KG hatte in seinem Urt. v. 20.4.2012 – 17 UF 87/11, FamRZ 2012, 1642 als Vorinstanz zu der Entscheidung BGH v. 16.7.2014 – XII ZR 108/12, FamRZ 2014, 1610 = FamRB 2014, 363 das Ergebnis hilfsweise mit der Anwendbarkeit des § 1381 BGB begründet. Die Problematik in diesen Fällen besteht in Folgendem (vgl. hierzu insgesamt *Schwab*, FamRZ 2009, 1445; *Haußleiter/Schulz*, Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung, 5. Aufl., Kap. 1 Rz. 531; *Kogel*, Strategien beim Zugewinnausgleich, 4. Aufl., Rz. 1405 ff., 1411 ff.):

- Sind nach der Gesetzesregelung überhaupt Abänderungsmöglichkeiten denkbar? Der Gesetzgeber wollte doch eigentlich durch die Neufassung des § 1384 BGB den Zugewinnausgleichsgläubiger begünstigen.
- Bis wann kann ein Vermögensverlust noch rechtlich berücksichtigt werden (Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags, Rechtskraft der Scheidung oder letzte mündliche Verhandlung über das Zugewinnausgleichsverfahren)?

Beraterhinweis

Einmal mehr verdeutlicht der Beschluss die Gefahren, die ein Zugewinnausgleichsverfahren im Verbund mit sich bringt. Zwar ist die nach altem Recht noch bestehende Problematik des § 1378 Abs. 2 BGB a.F. durch die Novelle im Wesentlichen gebannt. Nach wie vor ist es aber oftmals ein anwaltlicher „Kunstfehler", Zugewinnverfahren im Verbund geltend zu machen. Der Zinsbeginn wird dann nämlich durch die spätere Rechtskraft des Scheidungsbeschlusses nach hinten verlegt (§ 1378 Abs. 3 Satz 1 BGB). Entweder ist also die Scheidung – ohne Verbundverfahren – zeitlich vorzuziehen. Alternativ: Dauert das Getrenntleben länger als drei Jahre, muss immer an einen vorzeitigen Zugewinnausgleich gem. § 1385 Nr. 1 BGB gedacht werden. Selbst bei Anhängigkeit des Scheidungsverfahrens ist ein derartiger Antrag nicht etwa wegen anderweitiger Rechtshängigkeit unzulässig (vgl. OLG Karlsruhe v. 25.4.2003 – 16 WF 6/03, FamRZ 2004, 466; OLG Köln v. 1.7.2008 – 4 UF 8/08, FamRZ 2009, 605; *Büte*, FuR 2012, 517; *Büte*, Zugewinnausgleich, 4. Aufl., Rz. 347; *Kogel*, Strategien beim Zugewinnausgleich, 4. Aufl., Rz. 316 ff.). Diese Rechtslage galt i.Ü. auch schon nach altem Recht, vgl. § 1385 BGB a.F.

RA Dr. Walter Kogel, FAFamR, Aachen

››› Kein vorzeitiger Zugewinnausgleich wegen Nichterfüllung der Auskunftspflicht zum Trennungsvermögen

Wegen der Nichterfüllung der Auskunftspflicht nach § 1379 Abs. 2 BGB kann der vorzeitige Ausgleich des Zugewinns oder die vorzeitige Aufhebung der Zugewinngemeinschaft nach §§ 1385 Nr. 4, 1386 BGB nicht verlangt werden. (amtlicher Leitsatz)

BGH, Beschl v. 17.9.2014 – XII ZB 604/13
(OLG Frankfurt, Entsch v. 9.10.2013 – 2 UF 100/13)
BGB §§ 1353 Abs. 1 S. 2, 1379 Abs. 2, 1385 Nr. 2, Nr. 4, 1386

Das Problem

Mit Schreiben vom 3.9.2012 verlangte der Ehemann von seiner Frau Auskunft über den Bestand von deren Vermögen zum Zeitpunkt der Trennung am 27.7.2012. Nachdem eine substantielle Antwort ausblieb, wiederholte er am 8.11.2012 sein Auskunftsverlangen mit Fristsetzung zum 19.11.2012. „Klarstellend" fügte er hinzu, in diesem Auskunftsverlangen sei als „minus" auch die Aufforderung zur allgemeinen Unterrichtung über den Bestand des Vermögens enthalten. Unter dem 26.11.2012 hat der Ehemann einen Antrag auf vorzeitige Aufhebung der Zugewinngemeinschaft gestellt, den er darauf gestützt hat, die Antragsgegnerin habe sich ohne ausreichenden Grund beharrlich geweigert, ihn über den Bestand ihres Vermögens zu unterrichten (§ 1385 Nr. 4 BGB). Unter dem 20.12.2012 erteilte die Antragsgegnerin Auskunft über ihr Vermögen zum Zeitpunkt der Trennung.

Die Entscheidung des Gerichts

Der BGH bestätigt die antragsabweisenden Entscheidungen von AG und OLG. Bereits vor der Reform 2009 bestand eine aus § 1353 Abs. 1 Satz 2 BGB hergeleitete Pflicht, den anderen Ehegatten auf Verlangen zumindest in groben Rastern über den Bestand seines Vermögens zu unterrichten. Eine grundlose und beharrliche Verweigerung dieser Unterrichtung führte für den anderen Ehegatten bereits seinerzeit zu dem Recht, vorzeitigen Zugewinnausgleich zu verlangen (§ 1386 Abs. 2 BGB a.F.). Neu vom Gesetzgeber geschaffen wurde die in § 1379 Abs. 1 Nr. 2 BGB normierte Pflicht, auf Verlangen Auskunft über das Vermögen zum Zeitpunkt der Trennung zu erteilen. Bis zu dieser Entscheidung des BGH war ungeklärt und in der Literatur umstritten, in welchem Verhältnis der allgemeine eherechtliche Anspruch auf Unterrichtung über den Bestand des Vermögens einerseits und der Anspruch auf Auskunft über das Vermögen zum Zeitpunkt der Trennung andererseits stehen. Zum Teil wurde vertreten, der allgemeine eherechtliche Anspruch auf Unterrichtung sei als schwächerer Anspruch in dem Auskunftsanspruch nach § 1379 Abs. 2 Nr. 1 BGB enthalten. Die beharrliche Nichterfüllung des Auskunftsanspruchs bezüglich des Trennungsvermögens könne daher den Tatbestand des § 1385 Nr. 4 BGB erfüllen.

Dieser Auffassung erteilt der BGH eine eindeutige Absage. Er stellt klar, dass durch Schaffung des neuen Auskunftsanspruchs bezüglich des Trennungsvermögens keine Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Vorschriften über den vorzeitigen Zugewinnausgleich bezweckt war. Der aus § 1353 Abs. 1 Satz 2 BGB hergeleitete wechselseitige Unterrichtungsanspruch bestehe unabhängig vom Güterstand und sei darauf gerichtet, den Ehegatten während bestehender Ehe die notwendigen Informationen zu verschaffen, um die wirtschaftliche Grundlage der Ehe beurteilen zu können. Detaillierte Ausführungen oder gar Vorlage von Vermögensverzeichnissen seien nicht geschuldet. Demgegenüber diene der Anspruch nach § 1379 Abs. 2 Nr. 1 BGB dazu, die Geltendmachung von Zugewinnausgleichsansprüchen für den Fall der Scheidung vorzubereiten. Der berechtigte Ehegatte solle vor nachteiligen Vermögensdispositionen des Ausgleichspflichtigen in der Zeit zwischen Trennung und Rechtshängigkeit der Scheidung geschützt werden. Zur Erfüllung dieses Anspruchs sei die Übergabe eines detaillierten Vermögensverzeichnisses und auf Verlangen die Vorlage von Belegen notwendig. Die aufgezeigten Unterschiede der beiden Ansprüche stünden der Annahme entgegen, in dem Auskunftsanspruch nach § 1379 Abs. 2 Nr. 1 BGB sei als ein „minus" der aus § 1353 Abs. 1 Satz 2 BGB abgeleitete Unterrichtungsanspruch enthalten. Letzterer sei kein „minus", sondern ein „aliud" gegenüber dem Anspruch nach § 1379 Abs. 2 Nr. 1 BGB.

Konsequenzen für die Praxis

Mit der Entscheidung des BGH ist der in der Literatur ausgetragene und dargestellte Meinungsstreit für die Praxis entschieden. Ist der aus § 1353 Abs. 1 Satz 2 BGB hergeleitete allgemeine Unterrichtungsanspruch ein aliud zu dem Anspruch nach § 1379 Abs. 2 Nr. 1 BGB, so ist er ge-

sondert und als solcher gekennzeichnet geltend zu machen. Zu beachten ist, dass der aus § 1353 Abs. 1 Satz 2 BGB hergeleitete Unterrichtungsanspruch mit dem Scheitern der Ehe erlischt. Leben die Eheleute länger als ein Jahr getrennt, wird sich ein vorzeitiger Zugewinnausgleich kaum mit dem Tatbestand des § 1385 Nr. 4 BGB begründen lassen.

Beraterhinweis

Mit den Vorschriften der §§ 1385–1388 BGB ist den Beteiligten ein Instrument in die Hand gegeben, mit dem sie Einfluss auf den nach der Reform 2009 noch entscheidender gewordenen Stichtag für das Endvermögen nehmen können (§ 1387 BGB). Dies gilt nicht nur für den potentiell Ausgleichs*berechtigten*; gem. § 1386 BGB kann der potentiell Ausgleichs*verpflichtete* unter den Voraussetzungen des § 1385 BGB die vorzeitige Aufhebung der Zugewinngemeinschaft verlangen.

Die aus § 1353 Abs. 2 Satz 1 BGB hergeleitete allgemeine Unterrichtungspflicht setzt ein Getrenntleben nicht voraus und ist weitgehend unbekannt. Die Geltendmachung dieses Anspruchs wird im Regelfall zwar die Trennung zur Folge haben, kann aber als „Überraschungscoup" zu einem günstigen Stichtag im Endvermögen führen.

DirAG Hans-Otto Burschel, Bad Salzungen

Ehescheidung

››› Verzicht auf Versorgungsausgleich bei Doppelverdienerehe

Zur Ausübungskontrolle bei einem ehevertraglichen Verzicht auf den Versorgungsausgleich in einer Doppelverdienerehe von Freiberuflern. (amtlicher Leitsatz)

BGH, Beschl. v. 8.10.2014 – XII ZB 318/11
(KG, Entsch. v. 19.5.2011 – 13 UF 136/10)
BGB §§ 138, 242; VersAusglG § 8

Das Problem

Am 18.5.1994, acht Tage vor der Eheschließung, beurkundeten die Parteien einen Ehevertrag, in dem sie den Güterstand der Gütertrennung vereinbarten und den Versorgungsausgleich für den Fall der Scheidung ausschlossen. Ferner verzichteten sie wechselseitig auf nachehelichen Unterhalt mit Ausnahme des Kinderbetreuungsunterhalts. Beide Ehegatten brachten jeweils ein minderjähriges Kind im Alter von zehn bzw. elf Jahren in die Ehe ein. Der Ehemann ist Zahnarzt mit einer eigenen Praxis und hat während der Ehezeit Anwartschaften auf eine berufsständische Versorgung beim Versorgungswerk der Zahnärztekammer Berlin i.H.v. 772,13 € erworben. Die Ehefrau ist Physiotherapeutin und besaß im Zeitpunkt der Eheschließung eine Großpraxis mit acht Angestellten. Sie verfügte über eine kapitalbildende Lebensversicherung zur Deckung der Verbindlichkeiten aus der Anschaffung dieser Praxis. Ferner hatte sie vor Eheschließung bereits eine fondsgebundene Lebensversicherung mit Rentenwahlrecht abgeschlossen. Dem Versorgungsausgleich unterliegende Anrechte hat sie in der Ehezeit nicht erworben. Sie veräußerte später ihre Praxis und richtete eine psychotherapeutische Einzelpraxis in dem im Alleineigentum des Ehemannes stehenden Familienheim ein. Ihre Lebensversicherungen verwandte sie zur Tilgung ihrer Darlehen und zum Teil für den Umbau des Familienheims. Dieses wurde später verkauft. Darauf wurde ein Einfamilienhaus angeschafft, in das die Ehefrau ihre fondsgebundene Lebensversicherung einbrachte. Die physiotherapeutische Praxis befand sich nunmehr in der neuen Immobilie. Der jährliche Bruttogewinn von früher 50.000 € nahm auf höchstens 25.000 € jährlich ab.

Das AG hat die Ehe geschieden und die Durchführung des Versorgungsausgleichs zugunsten der Ehefrau abgelehnt. Das Berufungsgericht hat den Versorgungsausgleich nach früherem Recht uneingeschränkt durchgeführt und zu Lasten des Ehemannes Anwartschaften i.H.v. 386,07 € übertragen. Hiergegen wendet sich die Rechtsbeschwerde des Ehemannes, auf die noch das bis 31.8.2009 geltende Prozess- und materielle Recht anzuwenden ist (Art. 111 Abs. 5 FGG-RG, § 48 Abs. 3 VersAusglG).

Die Entscheidung des Gerichts

Die Rechtsbeschwerde hat Erfolg. Der Ehevertrag, mit dem die Ehefrau erst acht Tage vor der Hochzeit konfrontiert wurde, ist zwar nicht sittenwidrig. Beide Parteien wollten auch nach der Heirat wirtschaftlich selbständig bleiben und erzielten auskömmliche Einkünfte. Auch aufgrund einer Gesamtwürdigung ergibt sich kein unausgewogener Vertragsinhalt, der eine auf einer ungleichen Verhandlungsposition basierende einseitige Dominanz eines Ehegatten und damit eine Störung der subjektiven Vertragsparität wiederspiegeln würde.

Jedoch hält der Ehevertrag einer Ausübungskontrolle nicht stand. Dies ist beim Ausschluss des Versorgungsausgleichs dann der Fall, wenn ein Ehegatte aufgrund einvernehmlicher Änderung der gemeinsamen Lebensumstände über keine hinreichende Alterssicherung verfügt und dieses Ergebnis mit dem Gebot ehelicher Solidarität schlechthin unvereinbar erscheint. Die zumindest konkludente Willensübereinstimmung der Ehegatten über eine von der faktischen Grundlage des Ehevertrags abweichende Gestaltung ihrer Lebensverhältnisse ist Grund für eine diesbezügliche richterliche Korrektur. Der Richter muss diejenige Rechtsfolge anordnen, die die berechtigten Belange beider Parteien in der eingetretenen Situation in ausgewogener Weise berücksichtigt. Insbesondere sollen ehebedingte Nachteile ausgeglichen werden. Die richterliche Ausübungskontrolle hat sich deshalb daran zu orientieren, welche Versorgungsanrechte der sich durch den Ausschluss des Versorgungsausgleich benachteiligt sehende Ehegatte ohne die Ehe und die ehebedingte Rollenverteilung durch eigene Berufstätigkeit hätte erwerben können (so bereits BGH v. 27.2.2013 – XII ZB 90/11, FamRZ 2013, 770 = FamRB 2013, 169). Dabei ist allerdings zwingend zwischen dem Versorgungsausgleich und dem Zugewinn-

ausgleich zu unterscheiden. Ein „Hinübergreifen" auf das andere Ausgleichssystem kommt nur in Fällen in Betracht, in denen ein den Haushalt führender Ehegatte, der zugunsten der Familienarbeit auf die Ausübung einer versorgungsbegründenden Erwerbstätigkeit verzichtet hat, im Fall der Scheidung im Versorgungsausgleich keine Kompensation für seine Nachteile beim Aufbau von „Versorgungsvermögen" erlangt. Dies ist bei einer Doppelverdienerehe zweier selbständiger Ehegatten nicht der Fall. Wird die Altersvorsorge nur durch Bildung von Privatvermögen betrieben und ergibt sich im Zugewinnausgleich kein Anspruch, kann die daraus resultierende Lücke im Versorgungsausgleich nicht ausgeglichen werden. In Ausnahmefällen kann allerdings dem beim Zugewinnausgleich begünstigten Ehegatten die Berufung auf dessen Ausschluss durch die Vereinbarung der Gütertrennung als rechtsmissbräuchlich verwehrt sein. Dies ist der Fall, wenn die Ehegatten bei ihrer Abrede von beiderseitiger, ökonomisch vergleichbar gewinnbringender Berufstätigkeit ausgegangen sind, diese Planung sich aber später aufgrund von Umständen, die dem gemeinsamen Risikobereich der Ehegatten zugehören, nicht verwirklichen lässt (BGH v. 11.2.2004 – XII ZR 265/02, FamRZ 2004, 601 = FamRB 2004, 105 u. v. 17.10.2007 – XII ZR 96/05, FamRZ 2008, 386 = FamRB 2008, 133).

Konsequenzen für die Praxis

Die Entscheidung entspricht hinsichtlich des Ausschlusses des Versorgungsausgleichs der bisherigen Rechtsprechung des BGH. Insbesondere verbleibt es grundsätzlich bei den getrennten Systemen des Zugewinnausgleichs und des Versorgungsausgleichs. Der BGH geht ferner weiterhin davon aus, dass der Zugewinnausgleich im Hinblick darauf, dass die Ehe keine Vermögensgemeinschaft ist, vertraglicher Disposition weitgehend zugänglich ist. Allerdings weist er darauf hin, dass eine diesbezügliche Rechtsmissbrauchskontrolle, anders als von Teilen, vor allem der notarrechtlichen Literatur angenommen (vgl. zuletzt *Braeuer*, FamRZ 2014, 77 [79 ff.]), nicht ausgeschlossen ist. Dies entspricht der ständigen Rechtsprechung (vgl. nur BGH v. 13.7.1994 – XII ZR 1/93, FamRZ 1994, 1167).

Beraterhinweis

Die Vorsorge für das Alter und die Invalidität erfolgt bei vielen Paaren nicht allein über die gesetzliche Rentenversicherung, sondern auch über private Vorsorgesysteme, die teilweise dem Zugewinnausgleich und teilweise dem Versorgungsausgleich unterliegen. Besonders deutlich wird dies bei Kapitallebensversicherungen mit Rentenwahlrecht. Insofern kann die Vereinbarung der Gütertrennung oder der Ausschluss des Zugewinnausgleichs zugunsten eines selbständig tätigen Partners bei Scheidung der Ehe für den anderen Partner, der sich um den Haushalt und die Kinderbetreuung kümmert, zu einer Lücke in seiner Altersversorgung führen. Ein richterlicher Nachteilsausgleich ist hier nicht ausgeschlossen.

Treten ehebedingte Nachteile bei Ehegatten, die ihre Ehe zunächst als Doppelverdiener führen, erst nach einer geänderten Lebensplanung auf, erfolgt, sofern die Partner ihren Vertrag nicht selbst ändern, die Anpassung bei einer späteren Scheidung durch das Familiengericht hinsichtlich der ehebedingten Nachteile bei der Alters- und Invaliditätsvorsorge.

Notar Prof. Dr. Dr. Herbert Grziwotz, Regen und Zwiesel

Unterhaltsrecht

››› Vertretung des Kindes getrenntlebender Eltern durch Jugendamt als Beistand

Auch bei getrenntlebenden, verheirateten und gemeinsam sorgeberechtigten Eltern ist eine Vertretung des Kindes durch das Jugendamt als Beistand zur gerichtlichen Geltendmachung von Kindesunterhalt zulässig. (amtlicher Leitsatz)

BGH, Beschl. v. 29.10.2014 – XII ZB 250/14
(OLG Oldenburg, Beschl. v. 2.4.2014 – 11 UF 34/14)
BGB §§ 1629 Abs. 3 S. 1, 1712 Abs. 1 Nr. 2, 1713

Das Problem

Die minderjährige Antragstellerin lebt bei ihrem Vater, auf dessen Antrag eine Beistandschaft des Jugendamts zur Geltendmachung von Kindesunterhalt gegen die Mutter eingerichtet wurde. Die getrenntlebenden Eltern der Antragstellerin sind verheiratet und üben das Sorgerecht gemeinsam aus. Das AG hat den Unterhaltsantrag der vom Jugendamt als Beistand vertretenen Antragstellerin abgewiesen; die Beschwerde beim OLG (OLG Oldenburg v. 2.4.2014 – 11 UF 34/14, FamRZ 2014, 1652 = FamRB 2014, 322) war zunächst ohne Erfolg.

Die Entscheidung des Gerichts

Der BGH hebt nun die Entscheidung des OLG auf und verweist die Sache an das Beschwerdegericht zurück. Der Auffassung des OLG, wonach in diesen Fällen der Kindesunterhalt gem. § 1629 Abs. 3 Satz 1 BGB nur von dem die Obhut ausübenden Elternteil im eigenen Namen geltend gemacht werden könne, solange die gemeinsam sorgeberechtigten Eltern noch verheiratet sind und voneinander getrennt leben (so auch OLG Celle v. 10.4.2012 – 10 UF 65/12, FamRZ 2013, 53 = FamRB 2013, 76 und v. 8.5.2012 – 10 UF 65/12, NJW-RR 2012, 1409; AG Regensburg v. 23.4.2003 – 002 F 1739/02, JAmt 2003, 366; *Hamdan* in jurisPK/BGB, § 1629 Rz. 75; Zöller/*Lorenz*, 30. Aufll., § 234 FamFG Rz. 5; Staudinger/*Rauscher*, BGB, § 1713 Rz. 6c; Prütting/Helms/*Bömelburg*, 3. Aufl., § 234 FamFG Rz. 5), folgt der BGH so nicht. Aus dem Wortlaut von § 1629 Abs. 3 Satz 1 BGB sei nämlich nur zu entnehmen, dass in diesen Fällen der die Obhut innehabende Elternteil das Kind nicht vertreten könne und deshalb dessen Unterhalt nur im eigenen Namen geltend machen könne. Nicht ausgeschlossen sei jedoch, dass das Kind bei Vertretung durch einen Beistand seinen Unterhalt selbst gerichtlich geltend macht (so bereits bisher OLG Schleswig v.

11.7.2014 – 10 UF 87/14, FamRZ 2014, 1712; OLG Stuttgart v. 9.10.2006 – 17 UF 182/06, JAmt 2007, 40; Erman/*Roth*, 14. Aufl., § 1713 BGB Rz. 2a; MünchKomm.BGB/*v. Sachsen Gessaphe*, 6. Aufl., § 1713 Rz. 8; NK-BGB/*Zempel*, 3. Aufl., § 1712 Rz. 19; Palandt/*Götz*, 73. Aufl., § 1713 Rz. 3; *Knittel*, JAmt 2007, 40 ff.; *Meysen*, JAmt 2008, 120 [121 f.]; *Mix*, JAmt 2013, 122 [123]). Entsprechendes ergebe sich auch aus einer teleologischen Auslegung. Zweck des § 1629 Abs. 3 Satz 1 BGB sei es zu verhindern, dass das Kind in den Streit der Eltern „förmlich als Partei einbezogen wird" (BT-Drucks. 13/4899, 96). Demgegenüber sei die Erstreckung der Beistandschaft nach §§ 1712 ff. BGB auf Eltern, die die gemeinsame Sorge innehaben, von dem Gedanken getragen, Kinder solcher Eltern nicht schlechter zu stellen als Kinder, bei denen ein Elternteil die elterliche Sorge allein ausübt. Dazu heißt es in der Gesetzesbegründung: „Auch bei beibehaltener gemeinsamer Sorge kann eine Beistandschaft des Jugendamtes sinnvoll oder sogar notwendig sein. Die Neuregelung erspart es dem betreuenden Elternteil in diesem Fall, einen Antrag auf Übertragung der alleinigen elterlichen Sorge für den Aufgabenkreis Unterhalt allein zu dem Zweck zu beantragen, eine Beistandschaft des Jugendamtes für das Kind zu erreichen" (BT-Drucks. 14/8131, 10). Dabei sei auch zu berücksichtigen, dass die Einrichtung einer Beistandschaft keine Kosten verursacht (vgl. OLG Schleswig v. 11.7.2014 – 10 UF 87/14, FamRZ 2014, 1712 [1713]; *Mix*, JAmt 2013, 122 [123]). Eine vom Gesetzgeber nicht gewollte Benachteiligung würde eintreten, wenn man die Vertretung des Kindes verheirateter Eltern durch einen Beistand im Kindesunterhaltsverfahren untersagte (vgl. OLG Schleswig v. 11.7.2014 – 10 UF 87/14, FamRZ 2014, 1712 [1713]). Auch der mit § 1629 Abs. 3 Satz 1 BGB verfolgte Zweck werde erreicht, weil bei Hinzuziehung eines Beistands als gesetzlicher Vertreter regelmäßig sowohl der betreuende Elternteil als auch das Kind aus dem Unterhaltsverfahren herausgehalten und im Zweifel Konflikte eher vermieden würden (OLG Schleswig v. 11.7.2014 – 10 UF 87/14, FamRZ 2014, 1712 [1713]; *Mix*, JAmt 2013, 122 [123]).

Konsequenzen für die Praxis

Die Auffassung des BGH, der Wortlaut des § 1629 Abs. 3 BGB sei durch seine Auslegung gar nicht tangiert, überrascht zunächst, hatte doch sogar das OLG Schleswig (OLG Schleswig v. 11.7.2014 – 10 UF 87/14, FamRZ 2014, 1712 [1713]) insoweit ein „Versehen des Gesetzgebers" angenommen, dem dann durch „erweiternde Auslegung" entgegengewirkt werden könne; andere wollten eine „Verdrängung" des § 1629 Abs. 3 BGB durch §§ 1712 f. BGB annehmen (OLG Stuttgart v. 9.10.2006 – 17 UF 182/06, JAmt 2007, 40; *Mix*, JAmt 2013, 122; Palandt/*Götz*, 73. Aufl., § 1713 BGB Rz. 3). Dazu hatte die Gegenauffassung und die Vorinstanz darauf hingewiesen, dass der auch vom BGH zitierte Zweck von § 1629 Abs. 3 Satz 1 BGB, das Kind nicht förmlich als Partei einzubeziehen, für eine andere Auslegung spricht und der Gesetzgeber sowohl anlässlich der Unterhaltsrechtsreform als auch der Einführung des FamFG das etwaige „Versehen" zweimal nicht korrigiert hat, obwohl der Streit bekannt war. Die Annahme des BGH, durch Einrichtung einer Beistandschaft werde der Eltern-Kind-Konflikt eher vermieden, erscheint alles andere als gesichert. Die Lösung bringt auch nicht nur Vorteile; das Kind kann im Fall des Unterliegens sogar mit Kosten belastet werden, die es sonst nicht träfen. Für alle Beteiligten ist es zudem kostengünstiger, wenn ein Elternteil ggf. Trennungs- und Kindesunterhalt in einem Verfahren geltend machen kann. Um dies zu erreichen, müsste der betreuende Elternteil die Beistandschaft kündigen mit der auch vom BGH gesehenen Folge, dass dann während eines laufenden Unterhaltsverfahrens das Kind zunächst Beteiligter bliebe (vgl. dazu OLG Celle v. 10.4.2012 – 10 UF 65/12, FamRZ 2013, 53 [54] = FamRB 2013, 76) und der Antrag des Kindes im Wege eines Beteiligtenwechsels in einen solchen des betreuenden Elternteils umgestellt werden müsste. Ob dies der Gesetzgeber tatsächlich so wollte, erscheint zumindest zweifelhaft; ggf. wäre es aber seine Aufgabe gewesen, „korrigierend" einzugreifen.

Beraterhinweis

Die Praxis wird sich nun nach dieser Entscheidung zu richten haben. Wer Trennungs- und Kindesunterhalt zusammen geltend machen will, sollte danach eine Beistandschaft gar nicht erst einrichten lassen. Zu Recht weist der BGH übrigens noch darauf hin, dass sich die entschiedene Rechtsfrage im Rahmen eines Scheidungsverbundverfahrens nicht stellt, weil das als Beistand bestellte Jugendamt den Kindesunterhalt gem. § 137 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 FamFG nicht als Folgesache anhängig machen kann.

VorsRiOLG Werner Schwamb, Frankfurt/M.

››› Erfüllung des Auskunftsanspruchs durch den Unterhaltsschuldner

Eine Teilauskunft über das unterhaltsrechtliche Einkommen erfüllt nur im Zusammenhang mit den anderen Teilauskünften und einer umfassenden Erklärung des Schuldners hierzu die Verpflichtung zur Erteilung von Auskunft.

BGH, Beschl. v. 22.10.2014 – XII ZB 385/13
(OLG Karlsruhe, Entsch. v. 5.7.2013 – 5 UF 242/11)
BGB §§ 260, 1605

Das Problem

Die beteiligten Eheleute streiten über Trennungsunterhalt. Die Ehefrau begehrt Auskunft. Das Familiengericht hat den Ehemann durch Teilbeschluss verpflichtet, Auskunft über seine sämtlichen Einkünfte nach der jeweiligen Einkommensart in den Jahren 2008, 2009 und 2010 in Form einer systematischen Zusammenstellung zu erteilen. Mit seiner hiergegen eingelegten Beschwerde hat der Ehemann geltend gemacht, die Auskunft bereits in ausreichendem Maße erteilt zu haben. Die Ehefrau hat in der Beschwerdeinstanz eine Konkretisierung der Beschlussformel beantragt. Das OLG hat die Beschwerde des Ehemanns zurückgewiesen und ihn verpflichtet, der Ehefrau Auskunft über

sein Einkommen in den Jahren 2008, 2009, 2010 durch Vorlage eines nach Jahren systematisch geordneten Verzeichnisses hinsichtlich der Einnahmen und Ausgaben zu den Einkunftsarten Einkünfte aus selbständiger Tätigkeit, Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung, Kapitalerträgnisse sowie über die wertbildenden Faktoren des Werts des mietfreien Wohnens zu erteilen.

Die Entscheidung des Gerichts

Der BGH hat die Rechtsbeschwerde des Ehemanns zurückgewiesen. Zur Begründung hat er ausgeführt, das Berufungsgericht (richtig wäre: Beschwerdegericht) sei zutreffend davon ausgegangen, dass der Ehemann den Auskunftsanspruch der Ehefrau auch nicht teilweise erfüllt habe.

Konsequenzen für die Praxis

Der BGH hat unter Hinweis auf seine bereits ältere Rechtsprechung (vgl. BGH v. 6.6.1962 – V ZR 45/61, LM Nr. 14 zu § 260 BGB und v. 18.10.1961 – V ZR 192/60, FamRZ 1962, 21 [23]) noch einmal betont, dass die Auskunftspflicht gem. §§ 260, 261 BGB durch Vorlage einer in sich geschlossenen, schriftlichen, systematischen Aufstellung der erforderlichen Angaben zu erfüllen ist, die dem Berechtigten ohne übermäßigen Arbeitsaufwand ermöglicht, den Unterhaltsanspruch zu berechnen. Das in § 260 Abs. 1 BGB aufgestellte Erfordernis, die Auskunft in einer Form eines Verzeichnisses zu erteilen, kann nicht nur durch die Vorlage eines einzigen lückenlosen Gesamtverzeichnisses erfüllt werden. Es kann auch eine Mehrheit von Teilauskünften genügen. Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass sie nicht zusammenhanglos nebeneinander stehen, sondern nach dem erklärten Willen des Auskunftsschuldners in ihrer Summierung die Auskunft im geschuldeten Gesamtumfang darstellen. Für die Praxis ist bedeutsam, dass es der tatrichterlichen Beurteilung obliegt, ob einzelne Teilauskünfte i.V.m. anderen Teilauskünften nach Inhalt und Form dazu geeignet sind, die Auskunft in dem geschuldeten Gesamtumfang darzustellen. Eine einzelne Teilauskunft führt nicht zu einer teilweisen Erfüllung des Auskunftsanspruchs. Sie stellt lediglich eine Vorbereitung für die Erfüllung des Auskunftsanspruchs dar. Der Gesamtanspruch auf Auskunft ist bei verschiedenen Teilauskünften erst dann erfüllt, wenn der Schuldner ausdrücklich oder zumindest konkludent erklärt, dass weitere als alle von den Einzelauskünften erfassten Einkünfte nicht bestehen.

Beraterhinweis

Der Verfahrensbevollmächtigte des Unterhaltsgläubigers sollte darauf bestehen, dass die Auskunft nicht in verschiedenen Teilauskünften, sondern in einer einzigen zusammenhängenden Erklärung erteilt wird. Weiter muss darauf geachtet werden, dass bei den Einkunftsarten zwischen Einnahmen und Ausgaben differenziert wird. Bei Einnahmen aus Vermietung und Verpachtung sollte nach den einzelnen Mietobjekten und den einzelnen Wohnungen differenziert werden. Notwendig ist auch eine getrennte Ausweisung der einzelnen Vermietungen, um feststellen zu können, ob Leerstände bestehen und ob sie ggf. vom Unterhaltsschuldner schuldhaft zu vertreten sind.

Verfahrensbevollmächtigte, die den Unterhaltsschuldner vertreten, sollten bei der Erwägung, ob gegen die Verpflichtung zur Erteilung von Auskunft Beschwerde eingelegt werden soll, darauf achten, dass der Wert für das Auskunftsverfahren auf über 600 € festgesetzt wird. Denn nach ständiger Rechtsprechung des BGH ist für die Bemessung des Werts des Beschwerdegegenstands bei der Verurteilung zur Erteilung einer Auskunft das Interesse des Rechtsmittelführers maßgebend, die Auskunft nicht erteilen zu müssen. Dabei ist – von dem Fall eines besonderen Geheimhaltungsinteresses abgesehen – für den Unterhaltspflichtigen auf den Aufwand an Zeit und Kosten abzustellen, den die sorgfältige Erteilung der geschuldeten Auskunft erfordert (BGH v. 30.7.2014 – XII ZB 85/14, FamRZ 2014, 1696 – Rz. 8 = FamRB 2014, 463; v. 9.4.2014 – XII ZB 565/13, FamRZ 2014, 1100 – Rz. 10 m.w.N. = FamRB 2014, 298). In der Mehrzahl der Fälle wird die Beschwerdesumme hierbei nicht erreicht.

RiOLG Dr. Regina Bömelburg, Köln

››› Betreuungsunterhalt bei überobligatorischer Erwerbstätigkeit

a) Soweit das Einkommen eines Ehegatten, der ein Kind betreut, als aus überobligatorischer Erwerbstätigkeit stammend unberücksichtigt zu bleiben hat, kommt ein Unterhaltsanspruch aus § 1570 BGB in Betracht.

b) Besteht ein Teilunterhaltsanspruch auf Betreuungsunterhalt und ein weiterer Teilanspruch aufgrund eines anderen Unterhaltstatbestands, unterfällt der Gesamtanspruch dem Rang des § 1609 Nr. 2 BGB. (amtlicher Leitsatz)

BGH, Beschl. v. 1.10.2014 – XII ZB 185/13
(OLG Düsseldorf, Entsch. v. 15.3.2013 – II-3 UF 211/12)
BGB §§ 1570, 1573, 1609 Nr. 2

Das Problem

Die Antragsgegnerin nahm den Antragsteller im Scheidungsverbund auf Zahlung nachehelichen Unterhalts in Anspruch. Aus der Ehe sind zwei Töchter hervorgegangen, die im Zeitpunkt der erstinstanzlichen Entscheidung (25.7.2012) acht und sechs Jahre alt waren und seit der Trennung bei der Antragsgegnerin leben. Der Antragsteller ist angestellter Architekt und seit dem 25.7.2012 Vater einer weiteren Tochter. Die Mutter des Kindes war vor dessen Geburt berufstätig und bezog bis zum 24.7.2013 Elterngeld. Die Antragsgegnerin ist gelernte Einzelhandelskauffrau. Nach einer während des Trennungsjahres ausgeübten geringfügigen Beschäftigung arbeitet sie seit Juni 2011 vollschichtig im Außendienst. Die Kinder besuchen nach der Schule eine offene Ganztagseinrichtung und werden anschließend von der Großmutter mütterlicherseits betreut. Das AG hat die Ehe am 25.7.2012 geschieden (insoweit rechtskräftig seit dem 6.11.2012), den Versorgungs-

ausgleich durchgeführt und den Antragsteller zur Zahlung nachehelichen Unterhalts bis zum 30.6.2015 verpflichtet. Auf die Beschwerden beider Ehegatten änderte das OLG den Verbundbeschluss bezüglich des nachehelichen Unterhalts teilweise ab und verpflichtete den Antragsteller zeitlich gestaffelt zur Zahlung nachehelichen Aufstockungsunterhalts aus § 1573 Abs. 2 BGB und bestätigte die Befristung des Anspruchs zum 30.6.2015. Die ab dem 25.7.2013 vorgenommene Reduzierung des Aufstockungsunterhalts begründete das OLG damit, dass von diesem Zeitpunkt an neben dem Kindesunterhalt ein Unterhaltsanspruch der nichtehelichen Mutter gem. § 1615*l* BGB vorrangig vom Einkommen des Antragstellers in Abzug zu bringen sei. Für das OLG war der Unterhaltsanspruch der Antragsgegnerin gegenüber dem Unterhaltsanspruch der nichtehelichen Mutter nachrangig, weil es den Unterhaltsanspruch der Antragsgegnerin allein aus § 1573 Abs. 2 BGB herleitete. Ein Unterhaltsanspruch aus § 1570 BGB schloss das OLG aus, weil die Antragsgegnerin vollschichtig erwerbstätig war. Ein Anspruch der Antragsgegnerin auf Betreuungsunterhalt wäre mit dem nach Rechtskraft der Scheidung entstandenen Unterhaltsanspruch der nichtehelichen Mutter nach § 1609 Nr. 2 BGB gleichrangig gewesen. Der Gleichrang hätte sich im Rahmen der Leistungsfähigkeit günstig auf die Höhe des Unterhaltsanspruchs der Antragsgegnerin ausgewirkt (vgl. zur Konkurrenz des Unterhaltsanspruchs des geschiedenen Ehegatten mit dem Unterhaltsanspruch des nichtehelichen Elternteils nach § 1615*l* BGB *Schneider* in Rahm/Künkel, Handbuch Familien- und Familienverfahrensrecht, I 8 D Rz. 1215 ff.).

Die Entscheidung des Gerichts

Auf die Rechtsbeschwerde der Antragsgegnerin hebt der BGH den Beschluss des OLG auf und verweist zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das OLG zurück. Zwar sei das OLG zu Recht davon ausgegangen, dass der Unterhaltsanspruch der nichtehelichen Mutter nach § 1615*l* BGB im Rahmen der Beurteilung der Leistungsfähigkeit vor der Berechnung des Urteilsanspruchs der Antragsgegnerin vom Einkommen des Antragstellers in Abzug zu bringen sei, wenn die Mutter dieses Kindes der Antragsgegnerin im Rang vorgehen würde (vgl. BGH v. 7.12.2011 – XII ZR 151/09, FamRZ 2012, 281 – Rz. 48 = FamRB 2012, 71). Einen solchen Vorrang habe das OLG aber nicht fehlerfrei festgestellt. Es könne nicht ausgeschlossen werden, dass der Antragsgegnerin trotz ihrer mittlerweile vollschichtigen Erwerbstätigkeit weiterhin ein Anspruch auf Betreuungsunterhalt zustehe, was zur Folge habe, dass sie mit der Mutter des nichtehelichen Kindes nach § 1609 Nr. 2 BGB im selben Rang stehe. Es könne nicht allein aus dem Umfang einer tatsächlich ausgeübten Erwerbstätigkeit geschlossen werden, dass ein Erwerbshindernis in Form der Kinderbetreuung nicht bestehe. Wenn der betreuende Ehegatte vollschichtig erwerbstätig sei, obwohl kind- oder elternbezogene Verlängerungsgründe (§ 1570 Abs. 1 Satz 2 und 3, Abs. 2 BGB) gegeben seien, sei seine Tätigkeit als überobligationsmäßig zu bewerten. Ob und in welchem Umfang das Einkommen des unterhaltsberechtigten Ehegatten im Rahmen der Unterhaltsberechnung anzurechnen sei, sei nach Treu und Glauben unter Beachtung der Umstände des Einzelfalls zu entscheiden. Soweit nach der gebotenen Einzelfallabwägung Einkommen der Antragsgegnerin als überobligatorisch außer Betracht zu bleiben habe, ergebe sich der Unterhaltsanspruch weiterhin aus § 1570 BGB.

Der BGH nimmt anschließend zu der Frage Stellung, wie sich die Rangverhältnisse darstellen, wenn der Unterhaltsanspruch der Antragstellerin nur zum Teil, nämlich soweit die vollschichtige Tätigkeit wegen der Kinderbetreuung überobligationsmäßig ist, auf § 1570 BGB und im Übrigen auf § 1573 Abs. 2 BGB beruht (s. hierzu BGH v. 18.4.2012 – XII ZR 65/10, FamRZ 2012, 1040 – Rz. 22 = FamRB 2012, 201). Eine derartige Fallkonstellation führe, so der BGH, nicht dazu, dass die jeweiligen Teilansprüche unterschiedlichen Rangstufen zuzuordnen seien. Die Formulierung in § 1609 Nr. 2 BGB („Elternteile, die wegen der Betreuung eines Kindes unterhaltsberechtigt sind") stelle allein auf die Person des Unterhaltsberechtigten ab. Daraus könne geschlossen werden, dass ohne Rücksicht darauf, ob der Unterhaltsanspruch des betreuenden Elternteils allein auf der Kinderbetreuung oder zusätzlich auf einem anderen Unterhaltstatbestand beruhe, der Gesamtunterhaltsanspruch solange in den zweiten Rang falle, wie noch Betreuungsunterhalt verlangt werden könne.

Konsequenzen für die Praxis

Der BGH stellt klar, dass ein Anspruch auf Betreuungsunterhalt auch dann nicht ausgeschlossen ist, wenn der betreuende Elternteil einer vollschichtigen Erwerbstätigkeit nachgeht und die Fremdbetreuung des Kindes sichergestellt ist. Es kann trotzdem kind- oder elternbezogene Gründe geben, die es rechtfertigen, das Einkommen des betreuenden Elternteils teilweise als überobligatorisch zu bewerten. Soweit das Einkommen im Rahmen der Billigkeitsabwägung als überobligatorisch qualifiziert wird, kommt ein Anspruch auf Betreuungsunterhalt in Betracht.

Die bislang höchstrichterlich noch nicht entschiedene Frage der Rangordnung, wenn ein Teilunterhaltsanspruch auf Betreuungsunterhalt und ein weiterer Teilanspruch auf einem anderen Unterhaltstatbestand beruht, hat der BGH dahin gehend geklärt, dass der Gesamtanspruch dem Rang des § 1609 Nr. 2 BGB unterfällt. Die streng am Wortlaut des § 1609 Nr. 2 BGB orientierte Auffassung des BGH ist pragmatisch und praxisnah, weil die einzelnen Teilansprüche nicht verschiedenen Rangstufen zugewiesen werden müssen (s. auch *Menne*, FamRB 2008, 110 [117 f.] m.w.N.).

Beraterhinweis

Bei der Geltendmachung einer überobligatorischen Belastung verlangt der BGH konkreten einzelfallbezogenen Sachvortrag des Unterhaltsberechtigten zu seiner zeitlichen Arbeitsbelastung und zum Umfang und zur Art der zusätzlichen Beanspruchung durch die Betreuung des gemeinsamen Kindes nach Beendigung der außerhäuslichen Betreuung (BGH v. 18.4.2012 – XII ZR 65/10, FamRZ 2012, 1868 = FamRB 2012, 201). Pauschale Behauptungen, wie z.B. Kindesbetreuung und Er-

werbstätigkeit dürfen zusammen nicht über einen 8-Stunden-Tag hinausgehen (BGH v. 4.10.2010 – XII ZR 134/08, FamRZ 2010, 1055) oder jüngere Kinder bedürften in besonderem Maße der Zuwendung des betreuenden Elternteils, reichen nicht aus.

RiAG Dr. Mark Schneider, w. aufsf. Ri., Duisburg

››› Zurechnung fiktiver Nebeneinkünfte beim Kindesunterhalt

Im Rahmen der gesteigerten Unterhaltspflicht hat es bei der Zurechnung eines fiktiven Einkommens aus einer unterstellten Vollzeiterwerbstätigkeit nicht sein Bewenden. Kann der Mindestunterhalt hierdurch nicht gesichert werden, trifft den Unterhaltspflichtigen in den Grenzen der Arbeitsschutzvorschriften und unter Berücksichtigung der Einzelfallumstände grundsätzlich eine Obliegenheit zur Ausübung einer ihm möglichen und zumutbaren Nebentätigkeit. In die Zurechnung fiktiver Einkünfte sind deshalb auch mögliche Nebenverdienste einzubeziehen.

BGH, Beschl. v. 24.9.2014 – XII ZB 111/13
(OLG Schleswig, Beschl. v. 23.1.2013 – 10 UF 233/12)
BGB §§ 1603 Abs. 2 S. 1; ArbZG §§ 2, 3, 6, 9

Das Problem

Die im Jahr 2004 geborene Ast. verlangt von ihrem Vater, dem Ag., ab 3/2012 die Zahlung des vollen Mindestunterhalts. Der Ag., der mit seinen drei weiteren minderjährigen Kindern und deren Mutter (sowie deren drei Kindern aus früheren Beziehungen) zusammenlebt und ein Schlagzeugstudium erfolgreich absolviert hat, erteilt Schlagzeugunterricht und arbeitet in einem Restaurant. Seine monatlichen Gesamteinkünfte belaufen sich auf 700 €. Das AG hat den Unterhaltsantrag der Ast. wegen fehlender tatsächlicher oder fiktiver Leistungsfähigkeit des Ag. insgesamt abgewiesen. Das OLG hat dem Ag. aus einer ungelernten vollschichtigen Tätigkeit auf der Grundlage eines Bruttostundenlohns von 9 € ein bereinigtes Monatseinkommen i.H.v. rund 1.072 € zugerechnet. Im Wege der Mangelverteilung hat das OLG der Ast. sodann ab 3/2013 monatlichen Kindesunterhalt von 36 € bzw. 21 € (ab 1/2013) zuerkannt. Mit ihrer zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt die Ast. ihr Unterhaltsbegehren im Umfang der überwiegenden Zurückweisung weiter.

Die Entscheidung des Gerichts

Der BGH stellt fest, dass die vom Beschwerdegericht getroffenen Feststellungen den geringen Unterhaltsanspruch der Ast. nicht tragen. Das OLG habe zu geringe Anforderungen an die Darlegung der von ihm angenommenen eingeschränkten Leistungsfähigkeit des Ag. gestellt. Unter Hinweis und Wiederholung der bekannten Grundsätze zur gesteigerten Unterhaltspflicht nach § 1603 Abs. 2 Satz 1 BGB, die daraus folgenden strengen Maßstäbe und die Darlegungs- und Beweislast für eine eingeschränkte oder fehlende Leistungsfähigkeit geht der BGH mit dem OLG davon aus, dass der Ag. durch die bisher ausgeübten Tätigkeiten seiner Obliegenheit zur bestmöglichen Ausnutzung seiner Erwerbsfähigkeit nicht genügt habe. Bei der danach gebotenen fiktiven Einkommenszurechnung sei zunächst zu erwägen, ob der Ag. aus seiner Tätigkeit im Restaurant und als Musiker nicht ein höheres Einkommen erzielen könne. Neben einer insoweit zu unterstellenden Vollzeittätigkeit sei von dem Ag. im Rahmen seiner gesteigerten Unterhaltspflicht nach § 1603 Abs. 2 Satz 1 BGB eine ihm mögliche und zumutbare Nebentätigkeit zu verlangen, wenn das Existenzminimum seines Kindes nicht gesichert sei. Die Unzumutbarkeit einer solchen Nebenbeschäftigung, deren Grenzen sich aus den Arbeitsschutzvorschriften und den Einzelfallumständen ergäben, falle ebenfalls in die Darlegungs- und Beweislast des Ag. und folge hier auch nicht schon aus seinem Zusammenleben mit den weiteren eigenen Kindern, seiner Partnerin und deren Kindern. Da nicht auszuschließen sei, dass der Ag. das bislang bezogene Einkommen schon aus Schlagzeugunterricht neben einer vollschichtigen Erwerbstätigkeit erzielen könne, sei die Sache zur weiteren Aufklärung an das OLG zurückzuverweisen.

Konsequenzen für die Praxis

Mit der vorliegenden Entscheidung knüpft der BGH an seinen Beschl. v. 22.1.2014 – XII ZB 185/12, FamRZ 2014, 637 = FamRB 2014, 164 an und führt seine Rechtsprechung zur Zurechnung fiktiver Einkünfte fort. Danach werden Eltern bei einem für den Mindestunterhalt unzureichenden Einkommen zusätzliche Anstrengungen zugemutet. Auch wenn der Unterhaltsschuldner seiner gesteigerten Erwerbsobliegenheit durch eine vollschichtige Erwerbstätigkeit bereits nachkommt, muss er notfalls Überstunden leisten oder eine Nebenbeschäftigung in Betracht ziehen. Selbst bei Zurechnung eines fiktiven Vollzeiterwerbseinkommens soll zusätzlich die Aufnahme einer Nebentätigkeit wegen der verschärften Unterhaltspflicht nach § 1603 Abs. 2 Satz 1 BGB grundsätzlich zu verlangen und damit die weitere Zurechnung eines fiktiven Nebeneinkommens in Betracht zu ziehen sein. Allerdings sind hier die Beschränkungen des Arbeitszeitgesetzes zu beachten (§§ 3, 6, 9 ArbZG). Damit ist die wöchentliche Arbeitszeit regelmäßig auf (6 Tage x 8 Stunden =) 48 Stunden begrenzt, wobei nach § 2 ArbZG die Arbeitszeiten bei verschiedenen Arbeitgebern zusammenzurechnen sind. Hiermit wird aus objektiver Sicht die Obergrenze aus einer Vollzeit- und Nebenbeschäftigung auch für diejenigen vorgegeben, die gesteigert unterhaltspflichtig sind (vgl. BVerfG v. 5.3.2003 – 1 BvR 752/02, FamRZ 2003, 661; BGH v. 4.5.2011 – XII ZR 70/09, FamRZ 2011, 1041 = FamRB 2011, 202). Zudem ist zu berücksichtigen, dass Nebentätigkeiten in der Regel der Genehmigung des Arbeitgebers bedürfen, auf deren Erteilung allerdings vielfach ein Rechtsanspruch besteht.

Beraterhinweis

Während die Rechtsprechung der OLG – und das auch zwischen den einzelnen Senaten – in der Vergangenheit uneinheitlich war, ob und inwieweit neben einer Vollzeittätigkeit eine Nebenbeschäftigung grundsätzlich ver-

langt werden kann, hat der BGH dies nun in gleich zwei Entscheidungen im Jahr 2014 ausdrücklich bekräftigt. Der Anwalt muss daher künftig besonderes Augenmerk auf die Frage legen, ob und in welchem Umfang es dem betreffenden Unterhaltsverpflichteten unter Abwägung seiner von ihm darzulegenden besonderen Lebens- und Arbeitssituation sowie gesundheitlichen Belastung mit der Bedarfslage des unterhaltsberechtigten Kindes zugemutet werden kann, eine Nebentätigkeit auszuüben. Schließlich ist zu prüfen, ob es Nebentätigkeiten entsprechender Art für den Betreffenden überhaupt auf dem örtlichen bzw. räumlich nahegelegenen Arbeitsmarkt gibt und der Aufnahme einer solchen Tätigkeit wiederum keine rechtlichen Hindernisse entgegenstünden, wobei auch insoweit die Darlegungs- und Beweislast beim Unterhaltsverpflichteten liegt. Es darf dabei nicht unberücksichtigt bleiben, dass auch Eltern minderjähriger Kinder Anspruch auf Erholung haben. Außerdem darf der Unterhaltspflichtige durch eine Nebentätigkeit nicht gehindert werden, mit seinem unterhaltsberechtigten Kind (und weiteren Kindern) Umgang zu pflegen. Zudem sind sonstige Unterhalts- und familiäre Unterstützungspflichten zu berücksichtigen, die allerdings mit dem Vorrang Minderjähriger und privilegiert Volljähriger (§ 1609 Nr. 1 BGB) vereinbar sein müssen. Insgesamt wird bei der fiktiven Zurechnung von Nebeneinkünften Vorsicht geboten sein. Da die Anforderungen, die die Gerichte in diesem Zusammenhang an die Erwerbsobliegenheit des barunterhaltspflichtigen Elternteil stellen, teilweise sehr weitgehend sind, ist es umso wichtiger, dass der Anwalt umfassenden Sachvortrag zur Frage der Zumutbarkeit und Möglichkeit einer Nebenbeschäftigung zur Akte reicht.

RiOLG Dr. Dagny Liceni-Kierstein, Brandenburg/Havel

Hinweis der Redaktion: Zu dem weiteren Aspekt der Entscheidung, Versäumnisbeschluss im schriftlichen Beschwerdeverfahren, s. FamRB 2015, 19, in diesem Heft.

››› Vollstreckung von nach § 7 UVG übergegangenen Unterhaltsansprüchen

a) Die Unterhaltsvorschusskasse kann wegen der gem. § 7 Abs. 1 UVG auf sie übergegangenen Unterhaltsforderung Ansprüche des Schuldners gegen Dritte im Rahmen des § 850d Abs. 1 Satz 1 ZPO als privilegierter Gläubiger ohne die sich aus § 850c ZPO ergebenden Einschränkungen zunächst pfänden und sich zur Einziehung überweisen lassen, wenn nicht feststeht, ob der Unterhaltsberechtigte von dem Schuldner Unterhalt nach § 7 Abs. 3 Satz 2 UVG verlangt.

b) Ein Verlangen von Unterhalt i.S.d. § 7 Abs. 3 Satz 2 UVG ist insbesondere anzunehmen, wenn der Unterhaltsberechtigte den Schuldner im Wege der Zwangsvollstreckung auf Befriedigung seiner Unterhaltsforderung in Anspruch nimmt und insoweit einen Vollstreckungsantrag stellt. Der unmittelbar Unterhaltsberechtigte verlangt Unterhalt i.S.d. § 7 Abs. 3 Satz 2 UVG außerdem dann, wenn er Unterhaltsansprüche, die durch die Vollstreckung der auf die Unterhaltskasse übergegangenen Forderungen nicht beeinträchtigt werden dürfen, gegenüber dem Schuldner gerichtlich oder außergerichtlich geltend macht und der Schuldner daraufhin Unterhaltsleistungen an ihn erbringt.

c) Die privilegierte Pfändung der Unterhaltsvorschusskasse nach § 850d ZPO ist nicht davon abhängig, dass diese im Vollstreckungsverfahren das Fehlen der nach § 7 Abs. 3 Satz 2 UVG vorrangig zu berücksichtigenden Unterhaltsansprüche darlegt und gegebenenfalls nachweist.

d) Der am Vollstreckungsverfahren nicht beteiligte vorrangige Unterhaltsgläubiger kann den nach § 7 Abs. 3 Satz 2 UVG bestehenden Vorrang seines Unterhaltsanspruchs im Vollstreckungsverfahren mit der Vollstreckungserinnerung nach § 766 Abs. 1 ZPO geltend machen. Nach Abschluss des Vollstreckungsverfahrens kann ihm gegen die pfändende Unterhaltskasse ein Bereicherungsanspruch auf Auskehrung des Erlöses in Höhe der ihm zustehenden Unterhaltsforderung zustehen. (amtliche Leitsätze)

BGH, Beschl. v. 17.9.2014 – VII ZB 21/13
(LG Ellwangen, Entsch. v. 11.4.2013 – 1 T 32/13)
UVG § 7; ZPO § 850d

Das Problem

Der Gläubiger hat für die beiden minderjährigen Kinder des Schuldners Leistungen nach dem UVG erbracht und betreibt gegen ihn die Zwangsvollstreckung wegen rückständigen Unterhalts. Er trägt vor, dass der Schuldner nach seiner Kenntnis keinen Unterhalt an die beiden Kinder leiste. Im vom Gläubiger beantragten Pfändungs- und Überweisungsbeschluss hat das AG den dem Schuldner pfändungsfrei zu belassenden Betrag auf seinen notwendigen Lebensunterhalt i.H.v. 900 € zzgl. der gegenüber den beiden minderjährigen Kindern bestehenden Unterhaltsverpflichtung i.H.v. je 180 €, insgesamt auf 1.260 € festgesetzt. Die sofortige Beschwerde des Gläubigers wurde vom LG zurückgewiesen.

Die Entscheidung des Gerichts

Auf die zugelassene Rechtsbeschwerde setzt der BGH den dem Schuldner pfändungsfrei zu belassenden Betrag auf den notwendigen Unterhalt des Schuldners von 900 € herab. Mit dem LG geht der BGH davon aus, dass § 850d ZPO auf die Vollstreckung der gem. § 7 Abs. 1 Satz 1 UVG auf den Gläubiger übergegangenen Unterhaltsansprüche grundsätzlich Anwendung findet, und dass im Anwendungsbereich des § 7 UVG die §§ 850d Abs. 2 ZPO, 1609 BGB zum Rangverhältnis der Unterhaltsansprüche durch § 7 Abs. 3 Satz 2 UVG verdrängt werden. Danach kann der Übergang eines Unterhaltsanspruchs nicht zum Nachteil des Unterhaltsberechtigten geltend gemacht werden, soweit dieser für eine spätere Zeit, für die er keine Unterhaltsleistung nach dem Unterhaltsvorschussgesetz erhalten hat oder erhält, Unterhalt von dem Unterhaltspflichtigen verlangt. Für unzutreffend hält der BGH jedoch die Annahme des LG, ein Verlangen des unmittelbar unterhaltsberechtigten minderjährigen

Unterhaltsgläubigers sei grundsätzlich zu vermuten. Ein derartiges Verlangen liegt nicht bereits vor, wenn der Unterhaltsberechtigte berechtigt ist, Unterhalt von dem Schuldner zu fordern, und einen solchen Anspruch geltend macht. Es setzt vielmehr einen Zugriff des Berechtigten auf das Vermögen des Schuldners voraus. Davon ist insbesondere auszugehen, wenn der Unterhaltsberechtigte den Schuldner im Wege der Zwangsvollstreckung auf Befriedigung seiner Unterhaltsforderung in Anspruch nimmt und außerdem, wenn er Unterhaltsansprüche außergerichtlich geltend macht und der Schuldner daraufhin Zahlungen erbringt. Dagegen ist die privilegierte Pfändung nach § 850d ZPO nicht davon abhängig, dass der Gläubiger im Vollstreckungsverfahren das Fehlen der nach § 7 Abs. 3 Satz 2 UVG vorrangig zu berücksichtigenden Unterhaltsansprüche darlegt und ggf. nachweist. Die Interessen des vorrangigen Unterhaltsberechtigten werden dadurch gewahrt, dass er, wenn er den Unterhalt für einen späteren Zeitraum gegenüber dem Schuldner verlangt, in dem ihm kein Unterhaltsvorschuss gezahlt worden ist, den Vorrang seiner Forderung gem. § 7 Abs. 3 Satz 2 UVG bis zur Beendigung der Zwangsvollstreckung mit der Vollstreckungserinnerung nach § 766 Abs. 1 ZPO gegenüber dem vollstreckenden Gläubiger geltend machen und ggf. i.V.m. § 775 Nr. 4, 5 ZPO unter Vorlage entsprechender Zahlungsnachweise erreichen kann, dass die Zwangsvollstreckung der Unterhaltskasse insoweit beschränkt oder aufgehoben wird. Sofern dies nach Beendigung der Zwangsvollstreckung nicht mehr möglich ist, steht dem Unterhaltsberechtigten ein Bereicherungsanspruch gem. § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB auf Auskehrung des Erlöses in Höhe der bestehenden Unterhaltsforderung gegen die pfändende Unterhaltskasse zu.

Konsequenzen für die Praxis

Der von der Unterhaltsvorschusskasse in Anspruch genommene Schuldner muss nachweisen, dass er entweder an die bevorrechtigt unterhaltsberechtigten Kinder zahlt oder von diesen im Wege der Zwangsvollstreckung in Anspruch genommen wird. Die Kinder wiederum werden durch die Möglichkeit, während der Vollstreckung durch die Unterhaltsvorschusskasse Erinnerung einzulegen und anschließend einen Bereicherungsanspruch geltend zu machen, ausreichend geschützt.

Beraterhinweis

Bemerkenswert ist ein obiter dictum des BGH, wonach es dahinstehen kann, ob an der in der Entscheidung vom 5.8.2010 – VII ZB 101/09, FamRZ 2010, 1654 = FamRB 2010, 365 vertretenen Auffassung uneingeschränkt festzuhalten ist, wonach bei der Bemessung des pfandfreien Betrags die gesetzlichen Unterhaltsverpflichtungen des Schuldners in Höhe des dem Unterhaltsberechtigten zustehenden Betrags zu berücksichtigen sind, auch wenn der Schuldner seiner Unterhaltsverpflichtung nicht in vollem Umfang genügt. Das bezeichnet der BGH als zweifelhaft und führt weiterhin aus, wenn feststehe, dass der Schuldner tatsächlich keinen Unterhalt an den bevorrechtigten Gläubiger leiste, sprächen gewichtige Gründe dafür, dass dann die Gewährung eines erhöhten Pfändungsfreibetrags nach § 850d Abs. 1 Satz 2 ZPO nicht in Betracht komme.

DirAG Dr. Michael Giers, Neustadt a. Rbge.

Versorgungsausgleich

››› Ausgleichsreife betrieblicher Anrechte

Die Ausgleichsreife betrieblicher Anrechte kann nicht nur dann vorliegen, wenn die gesetzlichen Unverfallbarkeitsvoraussetzungen vorliegen; die Unverfallbarkeit kann sich auch aus großzügigeren (tarif-)vertraglichen Vereinbarungen ergeben. Die Ausgleichsreife setzt dafür kein Rückkaufsrecht der ausgleichspflichtigen Person voraus.

BGH, Beschl v. 22.10.2014 – XII ZB 325/14
(OLG Frankfurt, Beschl v. 27.5.2014 – 2 UF 252/12)
VersAusglG §§ 2, 19

Das Problem

M und F haben 1990 geheiratet. Der Scheidungsantrag des M ist im August 2007 zugestellt worden, die Ehe ist unter Abtrennung des Versorgungsausgleichs geschieden worden. Im nunmehr (nach neuem Recht) durchzuführenden Versorgungsausgleich streiten die Beteiligten um die Ausgleichsreife eines Anrechts des M. Dieses war durch betriebliche Versorgungszusage vom 1.4.1990 bei der Philips Pensionskasse VVaG begründet worden. Nachdem das Beschäftigungsverhältnis zum 31.12.1992 geendet hatte, hatte M von der satzungsmäßigen Möglichkeit Gebrauch gemacht, das Anrecht durch freiwillige Weiterversicherung fortzuführen. Das AG hat das Anrecht intern geteilt. Die auf mangelnde Ausgleichsreife des Anrechts gestützte Beschwerde des M hat das OLG zurückgewiesen. Es hat dazu ausgeführt, unabhängig von Verfallbarkeitsregelungen des Betriebsrentengesetzes könne der Arbeitgeber dem M das Anrecht nach tarif- und individualvertraglicher Vereinbarung nicht mehr entziehen, nachdem M es fortgeführt habe. Hiergegen richtet sich die zugelassene Rechtsbeschwerde des M.

Die Entscheidung des Gerichts

Der BGH weist die Rechtsbeschwerde des M zurück. Hinreichend verfestigt sei ein Anrecht insoweit, als der Versorgungswert dem Grund und der Höhe nach durch die künftige, namentlich betriebliche oder berufliche Entwicklung des Berechtigten nicht mehr beeinträchtigt werden könne und somit bereits endgültig gesichert sei. Unverfallbar sei das Anrecht des M hier nicht nur, soweit es auf dessen eigenen Beitragszahlungen beruhe (§ 1 Abs. 5 Satz 1 BetrAVG), sondern auch, soweit es auf Beiträgen seines früheren Arbeitgebers beruhe. Die hinreichende Verfestigung eines Anrechts könne sich, auch wenn die Unverfallbarkeitsvoraussetzungen des BetrAVG nicht vorliegen, aus der Versorgungszusage ergeben. So liege der

Fall hier, weil M von Anfang an Mitglied, Versicherungsnehmer und versicherte Person der Philips Pensionskasse VVaG mit unwiderruflichem Bezugsrecht geworden sei. Richtig sei zwar, dass M das Anrecht nach § 18 Nr. 1c Satz 1 AVB Tarif 1985 (entsprechend § 2 Abs. 2 Satz 4 und 5 BetrAVG) nicht mit dem Ziel beitragsfrei stellen und kündigen könne, sich (auch) den auf den Arbeitgeberbeiträgen beruhenden Anteil am unverfallbaren Deckungskapital auszahlen zu lassen. Diese Einschränkung ändere aber nichts an der Verfestigung des Anrechts, sondern bestätige diese nur.

Konsequenzen für die Praxis

Der Fall illustriert einen Gesichtspunkt, den man bei betrieblichen Anrechten im Hinterkopf behalten muss. Das Betriebsrentengesetz (BetrAVG) definiert nur gesetzliche Mindestanforderungen für die Unverfallbarkeit von Anrechten. Von diesen Anforderungen darf nicht zum Nachteil, sehr wohl aber zum Vorteil des Arbeitnehmers abgewichen werden. Genau das war im vorliegenden Fall passiert, so dass trotz einer nur kurzen Betriebszugehörigkeit ein nach Grund und Höhe unverfallbares Anrecht vorlag.

Beraterhinweis

Die Auskünfte zur (Un-)Verfallbarkeit betrieblicher Anrechte sind nicht immer zutreffend. Der Rechtsberater sollte nicht nur die Einhaltung der gesetzlichen Unverfallbarkeitsregelungen, sondern auch der Unverfallbarkeitsregelungen aus der jeweiligen Versorgungszusage überprüfen. Wichtig ist auch, dass Anrechte immer sofort unverfallbar sind, soweit sie auf eigenen Beiträgen des Arbeitnehmers beruhen (Entgeltumwandlung, § 1b Abs. 5 BetrAVG). Die Nichtberücksichtigung eines ausgleichsreifen Anrechts im Wertausgleich bei der Scheidung ist später nicht mehr zu „reparieren"; es verbleibt nur noch der Wertausgleich nach der Scheidung.

RiOLG Dr. Johannes Norpoth, Hamm

››› Durchführung des schuldrechtlichen Versorgungsausgleichs

Eine Billigkeitskorrektur wegen eines wirtschaftlichen Ungleichgewichts kommt auch im schuldrechtlichen Versorgungsausgleich erst in Betracht, wenn der angemessene Bedarf des Berechtigten auch ohne den schuldrechtlichen Ausgleich gesichert wäre und dem Ausgleichspflichtigen aufgrund der Ausgleichsverpflichtung der notwendige Lebensbedarf nicht verbleiben würde.

Eine Abgeltungsklausel in einer Scheidungsfolgenvereinbarung ist im Zweifel nicht als Ausschluss des schuldrechtlichen Versorgungsausgleichs auszulegen.

Bei der Berechnung der schuldrechtlichen Ausgleichsrente sind die im öffentlich-rechtlichen Versorgungsausgleich nicht ausgeglichenen Anrechte der Gegenseite zu berücksichtigen.

BGH, Beschl. v. 1.10.2014 – XII ZB 635/13
(OLG München, Entsch v. 27.9.2013 – 26 UF 694/13)

VersAusglG § 20

Das Problem

Die frühere Ehefrau nimmt ihren geschiedenen Ehemann auf Ausgleichsansprüche nach der Scheidung in Anspruch. Dieser meint, dass mögliche Ausgleichsansprüche ausgeschlossen wurden, da die früheren Ehegatten anlässlich einer Scheidungsfolgenvereinbarung über den Unterhalt, den Zugewinnausgleich und das Eigentum an einer Immobilie vereinbarten, dass außerhalb dieser Vereinbarung keinerlei gegenseitige Ansprüche und Forderungen bestehen. Zudem hält er die Durchführung des schuldrechtlichen Ausgleichs für grob unbillig.

AG und OLG haben den Antragsgegner zur Zahlung einer schuldrechtlichen Ausgleichsrente verpflichtet. Mit seiner Rechtsbeschwerde verfolgt er das Ziel der vollständigen Antragszurückweisung weiter.

Die Entscheidung des Gerichts

Der BGH weist die weitere Beschwerde zurück. Die Erklärung der früheren Ehegatten, dass keine weiteren Ansprüche bestehen, beziehe sich ersichtlich nicht auf den schuldrechtlichen Versorgungsausgleich, weil beide – anwaltlich vertretenen – früheren Ehegatten im dem Termin, in dem die Scheidungsfolgenvereinbarung nebst Verzichtserklärung protokolliert wurde, auch auf Rechtsmittel gegen das Scheidungsurteil, das im Ausspruch zum Versorgungsausgleich den schuldrechtlichen Ausgleich vorbehalten habe, verzichtet haben. Der Antrag der früheren Ehefrau sei aus diesem Grund auch nicht rechtsmissbräuchlich. Anlass für eine Billigkeitskorrektur (§ 27 VersAusglG) bestehe nicht, da nicht ersichtlich sei, dass der frühere Ehemann seinen notwendigen Lebensbedarf von der nach Durchführung des Ausgleichs verbleibenden Rente – rund 1.700 € – nicht bestreiten könne. Auch die obergerichtliche Berechnung der Ausgleichsrente wurde durch den BGH nicht beanstandet.

Konsequenzen für die Praxis

Mit der Entscheidung bestätigt der BGH seine nach altem Recht (§ 1587h BGB a.F.) ergangene Rechtsprechung zur Billigkeitskorrektur des schuldrechtlichen Ausgleichs wegen eines wirtschaftlichen Ungleichgewichts. Dieser Gesichtspunkt hat bei der Prüfung einer Billigkeitskorrektur im schuldrechtlichen Ausgleich eine große forensische Bedeutung, weil erst nach Rentenbeginn die Auswirkungen des Versorgungsausgleichs zum Tragen kommen und die wirtschaftliche Situation der früheren Ehegatten sich nach dem Ehezeitende verbessert oder verschlechtert haben kann. Gleichwohl sind die Voraussetzungen für eine Billigkeitskorrektur streng, weil auch der schuldrechtliche Versorgungsausgleich dem Ausgleich von in der Ehezeit erwirtschaftetem Vorsorgevermögen, dass nach dem Halbteilungsgebot grundsätzlich beiden früheren Ehegatten hälftig zugutekommen soll, dient. Eine Billigkeitskorrektur kommt deshalb erst dann in Betracht, wenn eine auskömmliche Versorgungssituation bei dem Berechtigten und besonders enge wirtschaftliche Verhältnisse des Ausgleichspflichtigen zusammentreffen und ein wirtschaftliches Ungleichgewicht durch den schuldrechtlichen Ver-

sorgungsausgleich nicht ausgeglichen, sondern verschärft würde.

Beraterhinweis

Vorliegend sind sowohl Anrechte des früheren Ehemannes als auch der früheren Ehefrau im öffentlich-rechtlichen (= dinglichen) Versorgungsausgleich nicht bzw. nicht vollständig ausgeglichen und in den schuldrechtlichen Ausgleich verwiesen worden. Bei der Berechnung der Ausgleichsrente hat das OLG eine Saldierung der wechselseitig auszugleichenden Anrechte vorgenommen, d.h. den Ehezeitanteil des nicht ausgeglichenen Anrechts der früheren Ehefrau von dem Ehezeitanteil des nicht vollständig ausgeglichenen Anrechts des früheren Ehemannes abgezogen. Zwar bestand für den BGH kein Anlass, die rechtliche Zulässigkeit dieser Verrechnung zu prüfen, da sie den beschwerdeführenden früheren Ehemann nicht beschwert. Der Umstand, dass der BGH auch obiter dictu keine Ausführungen zu diesem Punkt gemacht hat, gibt jedoch Anlass zu der Vermutung, dass die in der obergerichtlichen Rechtsprechung als zulässig angesehene Verrechnung (vgl. OLG Celle v. 22.11.2010 – 10 UF 219/10, FamRZ 2011, 728 f.) auch höchstrichterlich nicht auf rechtliche Bedenken stößt.

RiOLG Andreas Wagner, Düsseldorf

Kindschaftssachen

››› Kein Beschwerderecht der Staatsanwaltschaft im Verfahren über Einrichtung einer Ergänzungspflegschaft

Der Staatsanwaltschaft steht im Verfahren über die Einrichtung einer Ergänzungsapflegschaft kein Beschwerderecht zu. Ein solches Recht ergibt sich auch nicht aus einer möglichen Beeinträchtigung des von der Staatsanwaltschaft wahrgenommenen öffentlichen Strafverfolgungsinteresses.

BGH, Beschl. v. 8.10.2014 – XII ZB 406/13
(OLG Frankfurt, Beschl. v. 2.7.2013 – 6 WF 104/13)
FamFG § 59; BGB § 1629 Abs. 2 S. 3, 1769

Das Problem

Gegen eine Mutter und deren Lebensgefährten wird wegen Verletzung der Fürsorge- oder Erziehungspflicht (§ 171 StGB) ermittelt. Die drei betroffenen Kinder stehen noch unter gemeinsamer elterlicher Sorge, die Eltern leben getrennt. Auf Antrag der Staatsanwaltschaft hat das Familiengericht der Mutter das Sorgerecht teilweise entzogen (Entscheidung über die Entbindung der behandelnden Ärzte von der ärztlichen Schweigepflicht) und insoweit Ergänzungspflegschaft angeordnet. Einen Eingriff in die elterliche Sorge auch des (nicht beschuldigten) Vaters lehnte das Familiengericht ab. Er hatte erklärt, dass er mit der Staatsanwaltschaft zusammenarbeiten und seine Zustimmung zur Entbindung der behandelnden Ärzte von der Schweigepflicht erklären werde. Die Staatsanwaltschaft hält einen teilweisen Entzug der elterlichen Sorge auch beim Vater für erforderlich. Auch bei ihm könne ein Interessengegensatz vorliegen, obwohl die Eltern getrennt lebten. Seine Zusage auf Zusammenarbeit mit der Staatsanwaltschaft sei zudem jederzeit widerruflich. Das OLG hielt die Staatsanwaltschaft für nicht beschwerdeberechtigt (OLG Frankfurt v. 2.7.2013 – 6 WF 104/13, FamRZ 2014, 678).

Die Entscheidung des Gerichts

Der BGH teilt die Auffassung, dass der Staatsanwaltschaft die Beschwerdeberechtigung im Verfahren der Erstbeschwerde fehlt. Auf eine Sonderregelung für Behörden nach § 59 Abs. 3 FamFG lasse sich die Beschwerdeberechtigung der Staatsanwaltschaft nicht stützen. Eine entsprechende besondere gesetzliche Anordnung einer Beschwerdeberechtigung fehle.

Die Staatsanwaltschaft könne eine Beschwerdeberechtigung gegen die Ablehnung der Ergänzungspflegschaft auch nicht aus § 59 Abs. 1 FamFG herleiten. Eine Beschwerdeberechtigung einer Behörde könne sich aus dieser Vorschrift nur dann ergeben, wenn sie durch eine gerichtliche Entscheidung in gesetzlich eingeräumten eigenen Rechten unmittelbar betroffen sei. Eine bloße Beeinträchtigung des öffentlichen Interesses an der Erfüllung der einer Behörde übertragenen öffentlichen Aufgaben genüge dafür nicht. Dies ergebe sich auch aus § 59 Abs. 3 FamFG. Aus dieser Vorschrift lasse sich schließen, dass eine Behörde nur dann zur Wahrung des von ihr vertretenen öffentlichen Interesses eine Beschwerdeberechtigung zustehen soll, wenn ihr eine solche spezialgesetzlich eingeräumt sei. Bei der Entscheidung über die Entbindung der Ärzte, die ein minderjähriges Kind behandeln, von der ärztlichen Schweigepflicht sehe das Gesetz kein Antragsrecht der Staatsanwaltschaft auf Bestellung eines Ergänzungspflegers vor. Ein solches Recht ergebe sich auch nicht aus einer möglichen Beeinträchtigung des von der Staatsanwaltschaft wahrgenommenen öffentlichen Strafverfolgungsinteresses. Diesem sei bereits dadurch Genüge getan, dass mit dem Vater ein gesetzlicher Vertreter der betroffenen Kinder vorhanden sei, der über die Schweigepflichtentbindung der behandelnden Ärzte entscheiden könne. Daran ändere auch die Befürchtung der Staatsanwaltschaft nichts, dass der Vater möglicherweise seine Entscheidung nicht unvoreingenommen und im Interesse der Kinder treffen werde. Deshalb könne der Staatsanwaltschaft durch die unterbliebene Bestellung eines neutralen Ergänzungspflegers zwar die Ermittlungstätigkeit erschwert werden. Eine unmittelbare Beeinträchtigung in einem über das allgemeine öffentliche Interesse an einer effektiven Strafverfolgung hinausgehenden subjektiven Recht erfahre die Staatsanwaltschaft hierdurch jedoch nicht. Das geltende Recht unterscheide sich insoweit von der früheren gesetzlichen Regelung (§ 57 Abs. 1 Nr. 3 FGG a.F.) Diese Regelung, aus der in der Vergangenheit das Beschwerderecht der Staatsanwaltschaft gegen Entscheidungen über die Bestellung eines Ergänzungspflegers

hergeleitet worden sei, sei in das neue Recht nicht übernommen worden. Die nur für Antragsverfahren geltende Regelung in § 59 Abs. 2 FamFG begründe keine eigenständige Beschwerdeberechtigung, sondern enthalte lediglich die Begrenzung einer grundsätzlich bestehenden Beschwerdeberechtigung auf die Person des Antragstellers.

Konsequenzen für die Praxis

Das Ergebnis der Entscheidung überzeugt: Warum soll in die elterliche Sorge des Vaters vorbeugend eingegriffen werden, wenn er doch ausdrücklich erklärt hat, er wolle die behandelnden Ärzte von der Schweigepflicht entbinden? Weitreichend ist aber die Feststellung, die Staatsanwaltschaft sei schon nicht beschwerdeberechtigt, eine Erschwerung ihrer Ermittlungstätigkeit genüge dafür nicht (Rz. 18). Soll das auch dann gelten, wenn z.B. im entschiedenen Fall der Antrag auch bezüglich der Mutter zurückgewiesen worden wäre, wenn also konkret eine Beeinträchtigung der Strafverfolgung droht? Hier könnte das letzte Wort noch nicht gesprochen sein. Die Beschwerdeentscheidung des OLG Frankfurt (zitiert nach juris, dort Leitsatz 2 und Rz. 11 f.) könnte darauf hindeuten, dass jedenfalls das OLG ein Beschwerderecht der Staatsanwaltschaft in diesem Fall (bei Beeinträchtigung der Strafverfolgung) bejaht hätte.

Beraterhinweis

Die Bestellung eines Ergänzungspflegers ist eine Kindschaftssache nach § 151 Nr. 5 FamFG (funktionelle Zuständigkeit des Rechtspflegers). Die dafür geltenden Verfahrensgarantien sind zu beachten, soweit dies nicht den Untersuchungserfolg gefährden würde. Bei der Bestellung eines Ergänzungspflegers für die Entscheidung über die Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechts für einen Minderjährigen gem. § 52 Abs. 2 StPO wird die persönliche Anhörung des Kindes und auch die Bestellung eines Verfahrensbeistands für erforderlich gehalten (so jedenfalls OLG Schleswig v. 20.11.2012 – 10 WF 187/12, FamRZ 2013, 571). Da es sich um einen Eingriff in die elterliche Sorge handelt, ist ein davon betroffener Elternteil auf jeden Fall beschwerdeberechtigt.

VorsRiOLG Eberhard Stößer, Stuttgart

››› Umgang des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters mit dem Kind

Zu den formellen und materiellen Voraussetzungen des Umgangs nach § 1686a BGB i.V.m. § 167a FamFG.

OLG Bremen, Beschl. v. 10.10.2014 – 5 UF 89/14
(AG Bremen, Beschl. v. 30.7.2014 – 65 F 1583/12)
BGB § 1686a; FamFG §§ 76, 167a

Das Problem

Der Antragsteller macht geltend, er sei der leibliche Vater eines 2005 geborenen Mädchens und wolle Kontakt mit ihm aufnehmen sowie perspektivisch mit ihm Umgang pflegen.

Bei Geburt des Mädchens war die Mutter noch verheiratet. Nach rechtskräftiger Anfechtung der Vaterschaft erkannte der damalige Lebensgefährte der Mutter die Vaterschaft an. Er war als rechtlicher Vater daher mit der Mutter Antragsgegner des Verfahrens. Die rechtlichen Eltern trennten sich später, im Juli 2013 zog die Mutter mit ihrem neuen Lebensgefährten und zwei weiteren Kindern nach Bochum, während das Mädchen beim Antragsgegner in Bremen verblieb, wo es weiter lebt. Der Kontakt mit der Mutter findet seither nur noch eingeschränkt statt, nachdem das Mädchen seine Mutter vor dem Wegzug noch fast täglich gesehen hatte.

Der Antragsteller hatte während der Empfängniszeit nur eine kurze Affäre mit der Mutter. Diese setzte ihn damals auch von ihrer Schwangerschaft in Kenntnis, er zweifelte jedoch an seiner Vaterschaft. Zwischenzeitlich ist er verheiratet und hat aus dieser Ehe drei Kinder. Zur Begründung seines Antrages trägt er vor, die Betreuung und das Heranwachsen seiner Kinder hätten in ihm den Wunsch entstehen lassen, auch zu seinem älteren Kind eine Beziehung aufzubauen. Er hatte sich im Jahr 2012 diesbezüglich beim Jugendamt gemeldet, das für eine Vermittlung aber weder eine rechtliche noch eine tatsächliche Grundlage sah. Er beantragte – nachdem am 13.7.2013 das Gesetz zur Stärkung der Rechte des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters in Kraft getreten war – eine gerichtliche Umgangsregelung als leiblicher, nicht rechtlicher Vater.

Das AG wies den Antrag nach Anhörung des Antragstellers, der rechtlichen Eltern, des Jugendamts und eines für das Kind bestellten Verfahrensbeistands, jedoch ohne Anhörung des Kindes zurück. Der Antrag sei unzulässig und unbegründet. Der Antragsteller beantragt nunmehr die Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe für eine beabsichtigte Beschwerde.

Die Entscheidung des Gerichts

Das OLG weist den Verfahrenskostenhilfeantrag mangels Erfolgsaussichten der beabsichtigten Beschwerde zurück.

Der Umgangsantrag sei bereits unzulässig, weil der Antragsteller entgegen § 167a Abs. 1 FamFG nicht an Eides statt versichert habe, der Mutter während der Empfängniszeit beigewohnt zu haben. Zwar hätte das AG den Antragsgegner hierauf zunächst hinweisen müssen. Dies sei jedoch spätestens in der Entscheidungsbegründung erfolgt, so dass der anwaltlich vertretene Antragsteller die eidesstattliche Versicherung zumindest in der Beschwerde habe nachholen müssen.

Der Antrag sei darüber hinaus unbegründet. Der Antragsteller habe entgegen § 1686a Abs. 1 BGB kein ernsthaftes Interesse am Kind gezeigt. Ein solches Interesse könne grundsätzlich nur angenommen werden, wenn sich der mutmaßliche Vater zügig darum kümmere, das Kind kennenzulernen. Hierzu müsse er sich in engem zeitlichen Zusammenhang mit der Kenntnis seiner möglichen Vaterschaft um eine Kontaktaufnahme bemühen. Bis zum Jahr 2012, also dem 7. Lebensjahr des Kindes, habe der Antragsteller sich aber weder um die schwangere Mutter gekümmert, noch für das Kind interessiert.

Der Umgang diene zudem nicht gem. § 1686a Abs. 1 BGB dem Kindeswohl. Nach Einschätzung der Verfah-

rensbeiständin (die auch das Jugendamt teile) sei bereits der Wegzug der Mutter eine gravierende Veränderung gewesen, weil diese sich bis dahin viel um das Mädchen gekümmert hatte und nun sehr von diesem vermisst werde. Es sei nun mit einer noch größeren Verunsicherung des Kindes zu rechnen, wenn nun auch noch die Stellung ihres Vaters in Frage gestellt würde, der seine Hauptbezugsperson sei. Da das Kind nichts von der Existenz des Antragstellers wisse und ihn nicht kenne, sei nicht ersichtlich, wie der Umgang mit ihm dem Wohl des Kindes dienen könne.

Da unschwer zu erkennen sei, dass der Umgang dem Kindeswohl nicht entspreche, sei auch die Einholung eines Abstammungsgutachtens gem. § 167a FamFG entbehrlich.

Konsequenzen für die Praxis

Es handelt sich um die erste veröffentlichte obergerichtliche Entscheidung zum Umgangsrecht des biologischen, nicht rechtlichen Vaters gem. § 1686a BGB und § 167a FamFG (dazu ausf. *Hoffmann*, FamRZ 2013, 1077; *Hammer*, FamRB 2013, 298; *Keuter*, ZKJ 2013, 484 und 2014, 16). Sie gibt Anlass, für die praktische Anwendung auf Folgendes hinzuweisen:

- Das Familiengericht hat einen Umgangsantrag gem. § 167a Abs. 1 FamFG als unzulässig zurückzuweisen, wenn der Antragsteller nicht an Eides statt versichert, dass er der Mutter während der Empfängniszeit beigewohnt hat. Das AG muss jedoch entsprechend seiner Verpflichtung, auf die Beseitigung von Formfehlern hinzuwirken (§ 28 Abs. 2 FamFG), zuvor auf diesen Mangel hinweisen.

  Wenngleich dem OLG darin gefolgt werden kann, dass der fehlende Hinweis durch die Entscheidungsbegründung geheilt wird, ist dennoch zweifelhaft, ob das OLG den Antrag im vorliegenden Fall noch als unzulässig zurückweisen durfte, auch wenn der Antragsteller die eidesstattliche Erklärung in der Beschwerde weiterhin nicht abgegeben hat. Denn das Formerfordernis soll lediglich verhindern, dass Anträge ins Blaue hinein gestellt werden und dass der Antrag durch einen Samenspender gestellt wird (BT-Drucks. 17/12163, 13f.). Anträge ohne eidesstattliche Versicherung können sogleich zurückgewiesen werden, ohne dass das Gericht aufwendig und für die Beteiligten belastend die Kindeswohldienlichkeit und die biologische Abstammung klären muss. Wird jedoch das Verfahren trotz des unzulässigen Antrags weitergeführt und ist wie hier unter den Beteiligten unstreitig, dass der Antragsteller der Mutter in der Empfängniszeit beigewohnt hat, besteht die Notwendigkeit einer entsprechenden eidesstattlichen Versicherung nicht mehr (vgl. auch § 30 Abs. 3 FamFG), so dass eine Zurückweisung des Antrages als unzulässig nicht mehr statthaft sein dürfte.
- Welche Anforderungen konkret an das vom Antragsteller gem. § 1686a Abs. 1 BGB nachzuweisende ernsthafte Interesse am Kind zu stellen sind, ist umstritten. Einerseits wird vertreten, dass an dieses Kriterium als „Filter" keine zu hohen Anforderungen zu stellen sind (dazu *Hammer*, FamRB 2013, 298, 299 m.Nachw.). Dagegen stellt das OLG (ähnlich tendenziell *Keuter*, ZKJ 2013, 484, 486 und BeckOK/*Veit*, BGB, Stand: 1.11.2014, § 1686a Rz. 10) recht strenge Anforderungen, indem es verlangt, dass der Antragsteller sein Interesse am Kind in engem zeitlichen Zusammenhang mit der Kenntnis von seiner möglichen biologischen Vaterschaft gezeigt haben muss.

  Diese Auslegung erscheint – zumal in Übergangsfällen wie dem vorliegenden – zu eng. Zweck des erforderlichen Nachweises eines ernsthaften Interesses ist es zu verhindern, dass der Antragsteller ohne konkrete Aussicht auf Umgang Unfrieden in die Familie hineinträgt und dass der Antragsteller auf diese Weise lediglich die Klärung der biologischen Vaterschaft durch ein Abstammungsgutachten erreichen will, ohne dass ihm wirklich am Umgang gelegen ist (BT-Drucks. 17/12163, 13). Erforderlich ist eine diesbezügliche Gesamtschau der Umstände des konkreten Falles, wobei zu berücksichtigen ist, dass sich der Antragsteller in seinem Bemühen um Kontaktaufnahme mit dem Kind auf einem schmalen Grat zwischen zulässigem Interesse und unzulässigem Nachstellen befindet (vgl. Staudinger/*Rauscher*, BGB, 2014, § 1686a Rz. 15). Bis Mitte 2013 hatte der Antragsteller keine Chance, seinen Umgang zu realisieren (vgl. auch BVerfG v. 23.5.2013 – 1 BvR 2059/12, FamRZ 2013, 1195 = FamRB 2013, 281 [*Hammer*]). Gleichwohl hat er sich mit seinem Wunsch bereits im Jahr 2012 an das Jugendamt gewandt. Er hat sein Interesse an einem Umgang mit dem Kind nachvollziehbar damit begründet, dass er zwischenzeitlich verheiratet ist und seine drei weiteren Kinder hat aufwachsen sehen und dies in ihm den Wunsch begründet hat, auch mit seinem weiteren Kind in Kontakt zu treten. Er sei bewusst nicht außergerichtlich an die rechtlichen Eltern oder gar an das Kind selbst mit seiner vermuteten Vaterschaft bzw. seinem Umgangswunsch herangetreten, um die sozialfamiliäre Beziehung nicht zu gefährden. In der Lebenssituation des Kindes, wie sie von der Verfahrensbeiständin beschrieben wurde, wären ihm solche weiteren Bemühungen um Kontakt mit dem Kind möglicherweise sogar als kindeswohlschädlich und wenig feinfühlig vorgehalten worden. Ähnliches gilt für den Vorhalt, der Antragsteller habe sich um die schwangere Mutter, die zu diesem Zeitpunkt verheiratet war und mit dem späteren rechtlichen Vater in einer festen Beziehung lebte, nicht gekümmert.
- Im Ergebnis kann der Entscheidung dennoch zugestimmt werden, weil in der speziellen Situation des Kindes, dessen Mutter gerade mit einem neuen Lebensgefährten verzogen war und den zuvor täglichen Kontakt fast vollständig abgebrochen hat, die Anbahnung eines Umgangs mit dem biologischen Vater sicher nicht dem Kindeswohl dient. Allerdings ist unklar, mit welcher Begründung das AG auf die gem. § 159 FamFG gebotene Anhörung des 9-jährigen Kindes verzichtet hat; dies erscheint grundsätzlich nur dann entbehrlich, wenn der Antrag (ausschließlich) als unzulässig oder wegen fehlenden ernsthaften Interesses zurückgewiesen wird oder wenn die Abstammungsuntersuchung ergibt, dass der Antragsteller nicht der biologische Vater ist.

Die Kindesanhörung kann durch den Richter durchaus so gestaltet werden, dass das Kind nicht mit der möglichen biologischen Vaterschaft des Antragstellers konfrontiert werden muss, ebenso, wie dies offenbar auch der Verfahrensbeiständin möglich war. Ohne den persönlichen Eindruck von dem 9-jährigen Kind bleiben die Kindeswohlerwägungen recht abstrakt.

Beraterhinweis

Bei der Stellung eines Umgangsantrags nach § 1686a BGB i.V.m. § 167a FamFG muss die Antragsschrift *zwingend* enthalten:

- eidesstattliche Versicherung des Antragstellers, der Mutter während der Empfängniszeit beigewohnt zu haben (§ 167a Abs. 1 FamFG)
- Darlegung, dass der Antragsteller in der Vergangenheit ernsthaftes Interesse am Kind gezeigt hat (§ 1686a Abs. 1 BGB).

RiAG Dr. Stephan Hammer, zzt. abgeordnet an das Ministerium der Justiz und für Verbraucherschutz; der Text gibt ausschließlich seine persönliche Auffassung wieder

Hinweis der Redaktion: Ganz aktuell hat das BVerfG zur Reihenfolge der Prüfung des Kindeswohls und der Einholung eines Abstammungsgutachtens in Verfahren auf Umgang und Auskunft des biologischen Vaters entschieden: BVerfG v. 19.11.2014 – 1 BvR 2843/14, Bearbeitung in Heft 2/2015.

››› Keine Beschwerdebefugnis von Pflegeeltern betr. Vormundbestellung

1. Pflegeeltern sind wie Großeltern durch Entscheidungen zur Auswahl des Vormunds ungeachtet ihres Antragsrechts aus § 1887 Abs. 2 BGB nicht in eigenen Rechten i.S.d. § 59 Abs. 1 FamFG betroffen und daher nicht beschwerdebefugt (Anschluss an BGH v. 26.6.2013 – XII ZB 31/13, FamRZ 2013, 1380 = FamRB 2013, 317).

2. Zumindest wenn dem Kind in erster Instanz ein Verfahrensbeistand bestellt ist, können die Pflegeeltern, auch wenn dieser untätig bleibt, nicht zur Wahrung des Persönlichkeitsrechts des Kindes Beschwerde einlegen (Abgrenzung zu OLG Karlsruhe v. 26.6.2013 – 18 UF 296/11, FamRZ 2013, 1665).

3. Für den Schutz der Grundrechte der Pflegefamilie (wie der Großeltern) ist die eine richterliche Kontrolle der Auswahlentscheidung ermöglichende Rechtspflegererinnerung nach § 11 Abs. 2 RPflG erforderlich, aber auch ausreichend. (amtliche Leitsätze)

OLG Nürnberg, Beschl v. 14.3.2014 – 11 WF 141/14
(AG Schwabach, Vorlage-Vfg. v. 21.1.2014 – 052 F 968/10)
GG Art. 19 Abs. 4; FamFG §§ 7 Abs. 2 Nr. 1, 59; EMRK Art. 8 Abs. 1; BGB §§ 1779, 1887; RPflG § 11 Abs. 2

Das Problem

Die Antragsteller und Beschwerdeführer sind seit April 2008 Pflegeeltern des Kindes X. Im September 2008 wurde festgestellt, dass die elterliche Sorge der allein sorgeberechtigten Mutter nach § 1674 BGB ruht. Es wurde Vormundschaft angeordnet. Die Auswahl und Bestellung des Vormunds blieben dem Vormundschaftsgericht Nürnberg vorbehalten; es bestellte zunächst das Jugendamt N. und 2010 das Kreisjugendamt R. zum Vormund des Kindes.

Die Pflegeeltern haben im Januar 2013 beantragt, das Jugendamt als Amtspfleger zu entlassen und sie als Einzelvormund zu bestellen. Das nunmehr zuständige AG Schwabach bestellte dem Kind eine Verfahrensbeiständin. Mit Beschluss der Rechtspflegerin v. 5.12.2013 wurde der Antrag der Pflegeeltern abgelehnt. Dagegen richtet sich deren sofortige Beschwerde, der das AG nicht abhalf.

Die Entscheidung des Gerichts

Das OLG sieht die Beschwerde als unzulässig an, weil den beschwerdeführenden Pflegeeltern die Beschwerdebefugnis fehle. Das gelte für § 59 Abs. 2 FamFG schon deshalb, weil die Entlassung des Amtsvormunds gem. § 1887 BGB auch von Amts wegen erfolgen könne. Aber auch an der bei § 59 Abs. 1 FamFG vorausgesetzten Rechtsbeeinträchtigung fehle es Pflegeeltern ebenso wie Großeltern. Insoweit werde auf BGH v. 26.6.2013 – XII ZB 31/13, FamRZ 2013, 1380 = FamRB 2013, 317 verwiesen. Eine Beschwerdebefugnis lasse sich auch aus anderen verfahrens- oder materiell-rechtlichen Vorschriften (die der Senat näher erörtert) nicht herleiten. Jedenfalls für den vorliegenden Fall sei auch dem OLG Karlsruhe v. 26.6.2013 – 18 UF 296/11, FamRZ 2013, 1665 m. Anm. *Salgo* für den Fall unterbliebener Bestellung eines Verfahrensbeistands nicht zu folgen, da hier ein solcher bestellt worden sei.

Pflegeeltern sei jedoch aus Art. 19 Abs. 4 GG ein Recht zu eröffnen, die richterliche Kontrolle der Auswahlentscheidung herbeizuführen, und zwar auf dem Weg über die Rechtspflegererinnerung nach § 11 Abs. 2 RPflG, wie es der BGH (BGH v. 26.6.2013 – XII ZB 31/13, FamRZ 2013, 1380 – Rz. 29 = FamRB 2013, 317) Großeltern zuerkannt habe. Demgemäß hat das OLG das Verfahren zur weiteren Behandlung als Rechtspflegererinnerung zurückverwiesen.

Konsequenzen für die Praxis

Nachdem der BGH (BGH v. 26.6.2013 – XII ZB 31/13, FamRZ 2013, 1380 = FamRB 2013, 317) im selben Sinne wie das OLG Nürnberg entschieden hat, erscheint es wenig sinnvoll, anders lautenden Entscheidungen von Instanzgerichten (wie sie das OLG zitiert) weiter nachzugehen. Denn inzwischen hat auch das BVerfG die Dinge „festgezurrt". So hat der 1. Senat (BVerfG v. 24.6.2014 – 1 BvR 2926/13, FamRZ 2014, 1435 m. Anm. *Hoffmann* = FamRB 2014, 370) zwar befunden, dass der Schutz der Familie nach Art. 6 Abs. 1 GG familiäre Bindungen zwischen nahen Verwandten, insbesondere zwischen Großeltern und Enkelkindern einbezieht, ferner dass nahen Verwandten Vorrang bei der Entscheidung über die Auswahl eines Vormunds oder Ergänzungspflegers einzuräumen ist. Die Möglichkeit der Beschwerde gem. § 59 FamFG hat das BVerfG den Großeltern aber versagt, was angesichts der zuvor vom Senat hervorgehobenen Stellung von Großeltern nicht ohne weiteres als zwingend anzusehen ist. Aber: Roma locuta ...

Beraterhinweis

In zwei weiteren Entscheidungen hat das BVerfG sich inzwischen mit der Bestellung von Großeltern zu Vormündern befasst, insbesondere auch unter dem Aspekt des Kindeswohls (BVerfG v. 27.8.2014 – 1 BvR 1467/14, FamRZ 2014, 1841 und v. 30.8.2014 – 1 BvR 1409/14, FamRZ 2014, 1843; vgl. dazu auch *Scherpe*, Reichweite des verfassungsrechtlichen Schutzes der Verwandtenstellung im Vormundschaftsverfahren, FamRZ 2014, 1821 ff.).

Noch eine praktische Bemerkung: *Hoffmann*, FamRZ 2014, 1439 weist darauf hin, dass bei vorausgegangener Bestellung eines Vereins oder des Jugendamts zum Vormund oder Ergänzungspfleger Großeltern oder andere nahe Verwandte „zu einem späteren Zeitpunkt" (was immer das konkret heißen mag) einen Entlassungsantrag gem. § 1887 Abs. 2 Satz 1 BGB (Satz 2: „berechtigtes Interesse des Mündels" = weniger als unmittelbare Rechtsbeeinträchtigung des Antragstellers bei § 59 Abs. 1 FamFG) stellen können. Das sollte auch für Pflegeeltern gelten. Aber das hilft für die Frage der Beschwerdebefugnis nach vorstehenden Erörterungen nicht weiter.

Zum Auswahlverfahren betr. Vormund/Pfleger durch das Familiengericht s. ausführlich *Hoffmann*, FamRZ 2014, 1167, dort auch eingehend zur Beschwerdebefugnis (S. 1170 ff.).

VorsRiOLG a.D. Horst Luthin, Altenberge

Verfahrensrecht

››› Ausgangskontrolle bei Telefaxversendung fristgebundener Schriftsätze

1. Zum Ausschluss anwaltlichen Verschuldens an einer Fristsäumnis erfordert die Ausgangskontrolle der Faxübersendung, dass der Sendebericht auf vollständige und fehlerfreie Übermittlung des Textes sowie auf die richtige Telefaxnummer kontrolliert wird. Die Überprüfung der Faxnummer verlangt den Abgleich anhand eines zuverlässigen Verzeichnisses.

2. Ein Sendeprotokoll, das als Empfangsnummer lediglich eine geräteintern verwendete Kurzwahl erkennen lässt, eignet sich nicht für eine wirksame Ausgangskontrolle des versendeten Schriftsatzes. Vielmehr muss aus dem Sendeprotokoll die tatsächlich angewählte Faxnummer ersichtlich sein.

BGH, Beschl. v. 27.8.2014 – XII ZB 255/14
(OLG Hamburg, Entsch. v. 25.3.2014 – 12 UF 233/13)
ZPO § 233

BGH, Beschl. v. 11.12.2013 – XII ZB 229/13
(OLG Rostock, Beschl. v. 25.3.2013 – 10 UF 2/13)
FamFG § 117 Abs. 5; ZPO § 233

Das Problem

In zwei Familienstreitsachen, in denen jeweils die per Fax gesendeten Beschwerdebegründungen wegen unrichtiger Empfängernummern verspätet beim Beschwerdegericht eingegangen waren, hat sich der XII. Senat erneut mit den Anforderungen anlässlich der Übermittlung fristgebundener Schriftsätze mittels Telefax befasst.

In der Familienstreitsache **XII ZB 255/14** wurde die an das OLG adressierte Rechtsmittelbegründung am letzten Tag der Begründungsfrist durch ein Versehen einer langjährig beschäftigten und zuverlässigen Mitarbeiterin der Verfahrensbevollmächtigten des Beschwerdeführers an das AG als Ausgangsgericht statt an das zuständige OLG gesandt. Zur Begründung des Wiedereinsetzungsgesuchs erklärte die Verfahrensbevollmächtigte, die Angestellte habe versehentlich die Telefaxnummer des AG „aus dem PC gezogen" und anschließend den Sendebericht auf Vollständigkeit überprüft.

Der Entscheidung **XII ZB 229/13** lag ein Wiedereinsetzungsantrag zugrunde, in dem der Rechtsmittelführer sich darauf berief, sein Verfahrensbevollmächtigter habe die Beschwerdebegründung rechtzeitig am letzten Tag an das OLG per Telefax gesendet. Hierbei habe er sich einer in dem Faxgerät eingespeicherten Kurzwahl des Beschwerdegerichts („OLG HRO") bedient, welche geräteintern mit der Faxnummer des angerufenen Gerichts verknüpft sei. In dem Sendebericht sei die Übermittlung an den Empfänger „OLG HRO" bestätigt worden.

Die angerufenen OLG haben in beiden Fällen die Rechtsmittel verworfen und Wiedereinsetzung versagt.

Die Entscheidungen des Gerichts

Beide Rechtsbeschwerden blieben ohne Erfolg. Der BGH bestätigt die jeweiligen Entscheidungen der Obergerichte, weil diese zu Recht ein Anwaltsverschulden bejaht haben.

In der Entscheidung **XII 255/14** stellt der Senat darauf ab, dass das Versäumnis auf einem Organisationsverschulden der Verfahrensbevollmächtigten beruhe. Der Rechtsanwalt habe die Ausgangskontrolle für mittels Telefax gesendete fristwahrende Schriftsätze so zu regeln, dass die Mitarbeiter durch eine generelle Anweisung verpflichtet werden, nach der Faxsendung anhand des Sendeprotokolls zu prüfen, ob die Übersendung vollständig erfolgt und an das richtige Gericht gerichtet worden sei. Die Kontrolle der richtigen Adressierung muss in der Weise erfolgen, dass die eingefügte Faxnummer anhand einer zuverlässigen Quelle, aus der die aktuelle Faxnummer des Gerichts hervorgeht, abgeglichen wird, um auch Fehler bei der Ermittlung der Faxnummer aufzudecken. Hierzu nimmt der Senat Bezug auf die ständige Rechtsprechung des BGH (zuletzt vgl. BGH v. 24.10.2013 – V ZB 154/12, FamRZ 2014, 383 = NJW 2014, 1390; v. 12.9.2013 – III ZB 7/13, FamRZ 2013, 1970 = MDR 2013, 1302; v. 7.11.2012 – IV ZB 20/12, NJW-RR 2013, 305; v. 27.3.2012 – VI ZB 49/11, FamRZ 2012, 1052 = NJW-RR 2012, 744). Nicht ausreichend ist ein Vergleich der auf dem Sendebericht ausgedruckten Faxnummer mit der in den Schriftsatz eingesetzten Nummer. Denn dieser Abgleich kann nicht sicherstellen, dass nicht eine im Schriftsatz fehlerhaft eingefügte Faxnummer weiter für die Faxsendung über-

nommen wird. In dem zu entscheidenden Fall war dem Vorbringen des Antragstellers nicht zu entnehmen, dass eine entsprechende organisatorische Anweisung in der Kanzlei bestand. Vielmehr hat der Antragsteller lediglich vorgetragen, die Mitarbeiter der Kanzlei seien gehalten gewesen, anhand des Sendeberichts die Vollständigkeit zu überprüfen. Aus Sicht des BGH fehlte es an einer Anordnung zur Prüfung der Faxnummer im Sendebericht. Ob eine „aus dem PC gezogene" Telefaxnummer als aus einer geeigneten Ausgangsquelle stammende Nummer angesehen werden kann, ließ der Senat offen.

In dem Fall der Entscheidung **XII ZB 229/13** ließ das Sendeprotokoll nur die vom Verfahrensbevollmächtigten verwendete Kurznummer erkennen. Als Ausgangskontrolle reichte das dem Senat nicht. Vielmehr verlangt er, dass das Sendeprotokoll die tatsächlich angewählte Empfängernummer ausweist. Eine verwendete Kurzwahl ermöglicht nämlich nach Ansicht des Senats keine verlässliche Überprüfung, ob die angewählte Nummer die zutreffende Faxnummer des Gerichts ist. Die Verwendung von Kurzwahlnummern birgt vielmehr Risiken durch technische Fehler, aber auch durch Bedienungsfehler oder bei Nutzung durch nicht mit dem Gerät vertraute Personen. Der Ausschluss von Fehlern kann deshalb mit hinreichender Sicherheit nur durch die Angabe der tatsächlich gewählten Telefaxnummer überprüft werden.

Konsequenzen für die Praxis

Für eine wirksame Ausgangskontrolle von Telefaxsendungen ist die Einrichtung einer verbindlichen organisatorischen Anweisung zum Ablauf der Kontrolle unbedingt zu empfehlen. Danach ist eine generelle Anordnung in der Form erforderlich, dass zunächst der Ausdruck des Sendeprotokolls erstellt wird, dieses sodann darauf zu überprüfen ist, ob (1.) der Schriftsatz vollständig gesendet und (2.) ob die richtige Faxnummer des zuständigen Gerichts eingegeben wurde. Die Kontrolle der Faxnummer muss durch einen Abgleich mit einem zuverlässigen Verzeichnis erfolgen. Als zuverlässige Quelle wird von den verschiedenen Senaten insbesondere ein geeignetes aktuelles Verzeichnis (z.B. Örtliches Telefonbuch oder offizielles Telefonverzeichnis der Gerichte) angesehen.

Nach der Rechtsprechung des V. und VI. Senats ist es nicht ausreichend, wenn die Faxnummer aus einem in den Akten befindlichen Schreiben des Rechtsmittelgerichts ohne weitere Kontrolle übernommen wird. Auch für diesen Fall ist vielmehr eine Überprüfung anhand einer zuverlässigen Quelle geboten. Beide Senate betonen dieses Erfordernis unter Hinweis darauf, dass an der entgegenstehenden, früheren Rechtsprechung nicht mehr festgehalten wird (BGH v. 24.10.2013 – V ZB 154/12, FamRZ 2014, 383 = MDR 2014, 176; v. 10.9.2013 – VI ZB 61/12, MDR 2013, 1302).

Beraterhinweis

In der Entscheidung **XII ZB 255/14** hat der XII. Senat darauf hingewiesen, dass dem Kontrollerfordernis auch genügt werden kann, wenn durch die generelle organisatorische Anweisung festgelegt ist, dass die im Schriftsatz niedergelegte Faxnummer ihrerseits aus einer zuverlässigen Quelle bereits vor der Sendung ermittelt wurde. In solchen Fällen reicht eine Ausgangskontrolle in der Form aus, dass die im Sendebericht erscheinende Faxnummer mit der im Schriftsatz befindlichen abgeglichen wird. Es ist dann nicht mehr erforderlich, nochmals die Nummer nach Absenden des Schriftsatzes anhand eines zuverlässigen Verzeichnisses zu überprüfen (vgl. BGH v. 24.10.2013 – V ZB 154/12, FamRZ 2014, 383 = MDR 2014, 176; v. 4.2.2010 – I ZB 3/09, FamRZ 2010, 808 = VersR 2011, 1543; v. 12.5.2010 – IV ZB 18/08, NJW 2010, 2811).

Schließlich hat der Senat in diesem Beschluss noch auf die Möglichkeit aufmerksam gemacht, dass das Fehlen einer wirksamen allgemeinen organisatorischen Anweisung im Einzelfall durch eine hinreichend konkrete Einzelanweisung zur Ausgangskontrolle ausgeglichen werden kann (so auch BGH v. 12.9.2013 – III ZB 7/13, FamRZ 2013, 1970 = MDR 2013, 1302). Diese muss dann ebenso wie eine generelle Anweisung die konkrete Aufforderung beinhalten, das ausgedruckte Sendeprotokoll auf Vollständigkeit des Inhalts und auf die richtige Faxnummer durch Abgleich anhand eines aktuellen Verzeichnisses zu überprüfen. Eine Einzelanweisung, die lediglich darin besteht, den fristgebundenen Schriftsatz per Telefax an das Rechtsmittelgericht zu übermitteln, reicht keinesfalls (BGH v. 12.9.2013 – III ZB 7/13, FamRZ 2013, 1970 = MDR 2013, 1302, auch zur Frage, wann ein Auszubildender zur Faxübermittlung fristgebundener Schriftsätze eingesetzt werden darf).

VorsRiOLG a.D. Dr. Wera Ahn-Roth, Bonn

››› Verfahrenskostenhilfe nur zur Wahrnehmung eigener Rechte

Verfahrenskostenhilfe kann nur der bedürftige Beteiligte erhalten, der in eigenen Rechten betroffen ist. Für eine rein fremdnützige Verfahrensbeteiligung ist die Gewährung von Verfahrenskostenhilfe hingegen nicht möglich. (amtlicher Leitsatz)

BGH, Beschl. v. 22.10.2014 – XII ZB 125/14
(AG Rheinberg, Beschl. v. 12.8.2013 – 2 XVII 170/13)
FamFG §§ 76 Abs. 1, 274 Abs. 4 Nr. 1; ZPO § 114

Das Problem

Für den soeben volljährig gewordenen Sohn seit langem zerstrittener Eltern hat das AG die Einrichtung einer Betreuung angeordnet. Während seine bis zum Eintritt seiner Volljährigkeit allein sorgeberechtigte Mutter mit der Bestellung des vom Gericht gewählten Berufsbetreuers einverstanden war, hat sein Vater Beschwerde gegen den amtsgerichtlichen Beschluss eingelegt mit dem Ziel, selbst zum Betreuer bestellt zu werden.

In diesem Beschwerdeverfahren hat sich für die Mutter ein Rechtsanwalt bestellt, der die Zurückweisung der Beschwerde des Vaters beantragte und für die Mutter um Gewährung von Verfahrenskostenhilfe nachsuchte. Das

LG hat den VKH-Antrag abgelehnt. Dagegen richtet sich die zugelassene Rechtsbeschwerde der Mutter.

Die Entscheidung des Gerichts

Der BGH weist die statthafte Rechtsbeschwerde als unbegründet zurück. Der gem. § 76 Abs. 1 FamFG entsprechend anwendbare § 114 Abs. 1 Satz 1 ZPO sehe vor, dass einer Prozesspartei, die die Kosten der Prozessführung selbst nicht oder nicht vollständig aufbringen kann, bei Vorliegen weiterer Tatbestandsvoraussetzungen Prozesskostenhilfe zur Rechtsverfolgung oder zur Rechtsverteidigung gewährt werden könne. Eine Verfahrensbeteiligung, die dieser gesetzlichen Vorgabe entspricht, sei aber nur zur Durchsetzung eigener Rechtspositionen denkbar (vgl. BGH v. 19.1.2011 – XII ZB 323/10, FamRZ 2011, 633 = FamRB 2011, 182; v. 20.12.2006 – XII ZB 118/03, FamRZ 2007, 381 = FamRB 2007, 107). Sofern daher die Verfahrensbeteiligung nicht zur Verfolgung oder Verteidigung eigener Rechte, sondern lediglich begleitend und damit fremdnützig erfolge, komme Verfahrenskostenhilfe nicht in Betracht (so u.a. auch Prütting/Helms/*Stößer*, 3. Aufl., § 76 FamFG Rz. 10; Zöller/*Geimer*, 30. Aufl., § 76 FamFG Rz. 12).

Aus dem Umstand, dass in Verfahren vor dem Betreuungsgericht gem. § 274 Abs. 4 Nr. 1 FamFG auch nahe Angehörige und Vertrauenspersonen des Betroffenen in dessen Interesse beteiligt werden können, folge nichts anderes. Die Vorschrift beschreibe lediglich, wer in Betreuungsverfahren als Beteiligter i.S.v. § 7 Abs. 3 Satz 1 FamFG von Amts wegen oder auf seinen Antrag hinzugezogen werden könne. Zwar konkretisiere § 274 Abs. 4 Nr. 1 FamFG den Kreis der Personen, die im Betreuungsverfahren trotz Fehlens eigener Rechtsbetroffenheit beteiligt werden können. Diese Kann-Beteiligung von Verwandten und Vertrauenspersonen des Betroffenen erfolge jedoch lediglich im Interesse des Betroffenen, zu dessen Wohl sie eine umfassende Sachaufklärung sowie die Berücksichtigung verwandtschaftlicher und sonstiger besonderer Näheverhältnisse sicherstellen solle (vgl. Keidel/*Budde*, 18. Aufl., § 274 FamFG Rz. 15). Diese Möglichkeit habe daher nicht zur Folge, dass ein dergestalt Beteiligter Verfahrenskostenhilfe erlangen können müsse (BT-Drucks. 16/6308, 213; Horndasch/Viefhues/*Götsche*, 3. Aufl., § 76 FamFG Rz. 13; Johannsen/Henrich/*Markwardt*, Familienrecht, 5. Aufl., § 76 Rz. 4; *Götsche*, FamRZ 2009, 383 [384]; Zöller/*Geimer*, 30. Aufl., § 76 FamFG Rz. 13 f.).

Der Ausschluss allein fremdnützig orientierter Beteiligter von der Möglichkeit der Inanspruchnahme von Verfahrenskostenhilfe sei verfassungsrechtlich unbedenklich. Zwar gebiete Art. 3 Abs. 1 GG i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip eine weitgehende Angleichung der Situation von Bemittelten und Unbemittelten bei der Verwirklichung ihres Rechtsschutzes (BVerfG v. 3.3.2014 – 1 BvR 1671/13, NJW 2014, 1291; v. 13.3.1990 – 2 BvR 94/88, NJW 1991, 413; BGH v. 29.2.2012 – XII ZB 198/11, FamRZ 2012, 783 – Rz. 26 = FamRB 2012, 182). Dies diene jedoch nicht dazu, dem Unbemittelten Verfahrensbeteiligungen auch ohne Verfolgung eigener Rechte zu ermöglichen, die sich ein Bemittelter aus rein fremdnützigen Motiven leisten wolle und könne.

Konsequenzen für die Praxis

Die Entscheidung stellt klar, dass Verfahrenskostenhilfe nur demjenigen bewilligt werden kann, der mit seiner Rechtsverfolgung oder -verteidigung eigene Interessen wahrnimmt. Dies ist für Beteiligungen in Betreuungssachen nach § 274 Abs. 4 FamFG gerade nicht der Fall, da die dort aufgeführten Personen in Verfahren nach dessen Abs. 3 nach dem Wortlaut der Vorschrift sogar ausdrücklich *im Interesse des Betroffenen* beteiligt werden können. Demgegenüber sehen die Regelungen im 2. Buch des FamFG regelmäßig die Beteiligung solcher Personen vor, die (mit Ausnahme des Jugendamtes) durch das Verfahren in eigenen Rechten betroffen sind (vgl. § 160 FamFG in Kindschaftssachen, § 172 FamFG in Abstammungssachen, § 188 FamFG in Adoptionssachen).

Beraterhinweis

Ausdrücklich eingeräumt hat der BGH allerdings, dass ein nach § 274 Abs. 4 Nr. 1 FamFG Beteiligter im Einzelfall gleichwohl (auch) eigene Rechte verfolgen (vgl. BVerfG v. 20.3.2006 – 1 BvR 1702/01, FamRZ 2006, 1509, 1510) und hierfür Verfahrenskostenhilfe erhalten könne. Die Unterstützung von Rechten eines Dritten steht daher der Gewährung von Verfahrenskostenhilfe nicht schlechthin entgegen; ausreichend ist bereits, dass der Antragsteller zumindest *auch* in eigenen Rechten betroffen sein kann.

RA Michael Nickel, FAFamR, Hagen

››› Versäumnisbeschluss im schriftlichen Beschwerdeverfahren

Nach Wahl des schriftlichen Beschwerdeverfahrens in einer Familienstreitsache kann eine Entscheidung durch das OLG nur in der Form eines streitigen Endbeschlusses ergehen. Der Erlass eines Versäumnisbeschlusses ist nicht zulässig. Die streitige Endentscheidung ohne mündliche Verhandlung ist dabei nicht auf den Fall beschränkt, dass die Beschwerde insgesamt zurückzuweisen ist.

BGH, Beschl. v. 24.9.2014 – XII ZB 111/13
(OLG Schleswig, Beschl. v. 23.1.2013 – 10 UF 233/12)
FamFG §§ 68, 115, 117; ZPO § 539

Das Problem

Das AG hat den auf den vollen Mindestunterhalt gerichteten Antrag der minderjährigen Ast. insgesamt abgewiesen. Über die dagegen eingelegte Beschwerde und das aufrechterhaltene Unterhaltbegehren der Ast. hat das OLG ohne mündliche Verhandlung entschieden. Der Ag. hat sich im Beschwerdeverfahren nicht geäußert und keinen Antrag gestellt. Das OLG hat sodann eine streitige Sachentscheidung getroffen und nicht durch Versäumnisbeschluss (die für den Ag. die Möglichkeit des Einspruchs eröffnet hätte)

entschieden. Es hat den Ag. zu geringen monatlichen Unterhaltszahlungen verpflichtet. Mit ihrer zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt die Ast. ihr Unterhaltsbegehren im Umfang der überwiegenden Zurückweisung weiter.

Die Entscheidung des Gerichts

Soweit es das verfahrensrechtliche Vorgehen des OLG betrifft, sieht der BGH keinen Anlass für Beanstandungen. Zwar sei in § 117 Abs. 2 Satz 1 FamFG i.V.m. § 539 Abs. 2 Satz 1 ZPO auch für Familienstreitsachen im Beschwerdeverfahren ein Versäumnisbeschluss vorgesehen. Ein solcher könne jedoch nur erlassen werden, wenn das Beschwerdegericht eine mündliche Verhandlung durchführt und der Beschwerdegegner im Termin zur mündlichen Verhandlung nicht erscheint. Dagegen sei der Erlass eines Versäumnisbeschlusses nicht zulässig, wenn das Beschwerdegericht gem. § 68 Abs. 3 Satz 2 FamFG nach vorheriger Hinweiserteilung gem. § 117 Abs. 3 FamFG von der Durchführung einer mündlichen Verhandlung absieht, weil hiervon keine zusätzlichen Erkenntnisse zu erwarten sind. Dass das schriftliche Verfahren damit zu einer anderen Entscheidungsform führe als eine mündliche Verhandlung, welche beiden Beteiligten auch den Erlass eines Versäumnisbeschlusses eröffnen würde, sei die Folge der vom Gesetzgeber mit der Regelung in § 68 Abs. 3 Satz 2 FamFG ermöglichten flexibleren Verfahrenshandhabung durch das Beschwerdegericht.

Konsequenzen für die Praxis

Der BGH hat unter Heranziehung der Gesetzesmaterialien festgestellt, dass die Zurückweisung der Beschwerde entsprechend § 522 Abs. 2 ZPO seit dem 1.9.2009 in Familienstreitsachen nicht mehr vorgesehen ist. Das zugrunde liegende Ziel der Einsparung richterlicher Arbeitskraft durch die Vermeidung eines Termins wird im Beschwerdeverfahren in einer Familienstreitsache über §§ 68 Abs. 3 Satz 2, 117 Abs. 3 FamFG erreicht (vgl. BT-Drucks. 16/6308, 412). Dementsprechend erübrigt sich in Zukunft eine Heranziehung von § 522 Abs. 2 ZPO (analog), die in vergangenen Beschwerdeentscheidungen bzw. in der Kommentarliteratur zu § 117 FamFG vielfach noch anzutreffen ist. § 68 Abs. 3 Satz 2 FamFG ist in seinem Anwendungsbereich auch nicht auf die in der Vorschrift des § 522 Abs. 2 ZPO genannten Voraussetzungen beschränkt, dass die Beschwerde insgesamt (durch einstimmigen Beschluss) zurückzuweisen ist. Da das Absehen von einer mündlichen Verhandlung nur voraussetzt, dass von einer erneuten Verhandlung keine zusätzlichen Erkenntnisse zu erwarten sind, macht die Zurückweisung eines insgesamt erfolglosen Rechtsmittels nur einen Teil der § 68 Abs. 3 Satz 2 FamFG unterfallenden Fallgestaltungen aus (vgl. BT-Drucks. 16/6308, 412). Es besteht auch die Möglichkeit, der Beschwerde durch Beschluss ohne mündliche Verhandlung zu einem Teil – so auch das OLG in dem vom BGH entschiedenen Streitfall – oder auch insgesamt stattzugeben (vgl. Schulte-Bunert/Weinreich/*Unger*, 3. Aufl., § 117 FamFG Rz. 42). Das OLG ist also im Rahmen seiner – ermessensfehlerfreien – Wahl des schriftlichen Beschwerdeverfahrens frei, welche streitige Endentscheidung in der Sache getroffen wird. Die gerichtlichen Möglichkeiten einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung nach § 68 Abs. 3 Satz 2 FamFG gehen damit weit über diejenigen im allgemeinen zivilprozessualen Verfahren hinaus und unterscheiden sich von diesem wesentlich. Abweichend von § 522 Abs. 2 ZPO kann die Entscheidung insbesondere ohne Einstimmigkeit oder durch den Einzelrichter ergehen bzw. die Zulassung der Rechtsbeschwerde umfassen.

Beraterhinweis

Die ausdrückliche Hinweispflicht nach § 68 Abs. 3 Satz 2 FamFG ist vom Gesetzgeber an die Möglichkeit der Zurückweisungen von Berufungen im Beschlussverfahren gem. § 522 Abs. 2 und 3 ZPO und die in diesem Rahmen bestehende Hinweispflicht des Gerichts angelehnt. Dem Beschwerdeführer soll mit dem Hinweis nach § 68 Abs. 3 Satz 2 FamFG die Möglichkeit eröffnet werden, dem Beschwerdegericht weitere Gesichtspunkte zu unterbreiten, die eine erneute Durchführung der mündlichen Verhandlung oder der nicht für erforderlich erachteten Verfahrenshandlung rechtfertigen (vgl. BT-Drucks. 16/6308, 225). Dies knüpft an die Besonderheiten der Familienstreitsachen an, für die die Rechtsmittelinstanz abweichend von den allgemeinen Zivilsachen behandelt und gerade als volle zweite Tatsacheninstanz ausgestaltet werden soll (vgl. BT-Drucks. 16/6308, 225, 412). Vor diesem Hintergrund ist der Anwalt gut beraten, ein tatsächlich oder in den Augen des AG unzureichendes erstinstanzliches Vorbringen in der Beschwerdeinstanz nachzubessern, da ein neuer Sachvortrag in Familienstreitsachen nur zurückgewiesen werden darf, wenn die Voraussetzungen des § 115 FamFG erfüllt sind. Die strengen Präklusionsvorschriften für das allgemeine zivilprozessuale Verfahren – insbesondere die §§ 296 ff. ZPO für die erste Instanz sowie §§ 530, 531, 533 ZPO für die Rechtsmittelinstanz – sind nicht anzuwenden. Neue nach Erlass der erstinstanzlichen Entscheidung vorgetragene Tatsachen rechtfertigen nur dann keine erneute mündliche Verhandlung, wenn diese Tatsachen für die Entscheidung offensichtlich unerheblich sind.

RiOLG Dr. Dagny Liceni-Kierstein, Brandenburg/Havel

Hinweis der Redaktion: Zu dem weiteren Aspekt der Entscheidung, Zurechnung fiktiver Nebeneinkünfte beim Kindesunterhalt, s. FamRB 2015, 9, in diesem Heft.

››› Vergütung des Verfahrenspflegers

Ein zum Verfahrenspfleger bestellter Rechtsanwalt kann nach dem RVG abrechnen für Tätigkeiten, für die ein Laie vernünftigerweise einen Rechtsanwalt beauftragen würde. Die wertende Betrachtung obliegt dem Tatrichter. In der Rechtsbeschwerde ist nur zu prüfen, ob Rechtsbegriffe verkannt oder Erfahrungswerte verletzt und die allgemein anerkannten Maßstäbe beachtet und richtig angewandt wurden.

BGH, Beschl. v. 24.9.2014 – XII ZB 444/13

(LG Krefeld, Beschl. v. 18.7.2013 – 7 T 77/13)
BGB §§ 1835 Abs. 3, 1836 Abs. 1; FamFG § 277 Abs. 2 S. 2; VBVG § 1 Abs. 1 S. 1; RVG § 1 Abs. 2 S. 1, S. 2

Das Problem

Eine Rechtsanwältin wurde zur Verfahrenspflegerin bestellt. Ihre Aufgabe bestand u.a. darin, die Interessen der Betroffenen in einem Verfahren zu vertreten, in dem es um die betreuungsgerichtliche Genehmigung der Veräußerung von Grundbesitz der Betroffenen ging. Die Rechtsanwältin prüfte den notariellen Kaufvertrag und erklärte gegenüber dem Betreuungsgericht, dass gegen die Genehmigung keine Bedenken bestünden. Sie rechnete nach dem RVG ab. Anders als das AG sprach das LG die Vergütung nach den Sätzen des RVG zu.

Die Entscheidung des Gerichts

Wird ein Rechtsanwalt zum Verfahrenspfleger bestellt, so führt er faktisch im Regelfall die Verfahrenspflegschaft berufsmäßig. Wird durch das Gericht beschlossen, dass die Verfahrenspflegschaft berufsmäßig geführt wird, so kann er über § 4 Abs. 1 Nr. 2 VBVG brutto 44 € inklusive der Auslagen als Vergütung pro Stunde geltend machen. Stattdessen nach dem RVG abrechnen kann der Rechtsanwalt, der zum Verfahrenspfleger bestellt wird, für Tätigkeiten, für die ein juristischer Laie vernünftigerweise einen Rechtsanwalt einschalten würde. Das ist gefestigte Rechtsprechung.

Probleme bereitet in der Praxis immer wieder die Abgrenzung. Die Staatskasse, die in Anspruch genommen wird, ist tendenziell eher der Auffassung, im konkreten Fall seien keine besonderen anwaltsspezifischen Kenntnisse erforderlich gewesen, auch ein juristischer Laie habe das Amt als Verfahrenspfleger ausüben können. Während der Rechtsanwalt, der zum Verfahrenspfleger bestellt wird, dies anders sieht. Im konkreten Fall hat das LG zugunsten der Anwältin entschieden.

Das Besondere der Entscheidung des BGH ist: Der Senat stellt klar, dass bei der Rechtsbeschwerde die Ermessensentscheidung des Tatrichters bindend ist. Wenn das Tatgericht darauf erkennt, dass vernünftigerweise ein Rechtsanwalt eingeschaltet ist, so kann dies m.a.W. in der Rechtsbeschwerde nicht mehr als falsche Bewertung beanstandet werden. Ausnahmen sind das Verkennen eines Rechtsbegriffs oder die Verletzung von allgemeinen Erfahrungswerten bzw. das Berücksichtigen und richtige Anwenden allgemein anerkannter Maßstäbe.

Konsequenzen für die Praxis

Die Frage, ob der Rechtsanwalt, der Verfahrenspfleger ist, nach dem RVG seine Vergütung verlangen kann, ist in der Tatsacheninstanz abschließend zu klären. Mit der Rechtsbeschwerde kann nicht mehr die Ermessensausübung beanstandet werden, es sei denn, es liegt ein Fall des Ermessensfehlgebrauch vor.

Beraterhinweis

Der Rechtsanwalt, der zum Verfahrenspfleger bestellt wird und seine Tätigkeit nach dem RVG abrechnen will, tut gut daran, seine Abrechnung nach dem RVG zu begründen, d.h. sogleich zu erläutern, weshalb es vernünftig war, dass das Gericht einen Rechtsanwalt zum Verfahrenspfleger bestellt hat, und was als anwaltsbezogene Leistung erbracht wurde, die der juristische Laie nicht oder nur schwer hätte leisten können.

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

Betreuung/Unterbringung

››› Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen (I)

Maßstab für die Entscheidung über den Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen ist der individuelle Patientenwille. Auf den mutmaßlichen Willen kann dabei nur dann abgestellt werden, wenn – bezogen auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation – weder eine eigene Entscheidung des Betroffenen in Form einer Patientenverfügung vorliegt, noch für den Betreuer bindende Behandlungswünsche festgestellt werden können. Für die Feststellung des behandlungsbezogenen Patientenwillens gelten beweismäßig strenge Maßstäbe.

Sowohl Patientenverfügung als auch Behandlungswünsche erfordern ein hinreichendes Maß an Bestimmtheit, wobei jedoch keine überspannten Anforderungen gestellt werden dürfen. Es genügt, wenn der Betroffene umschreibend festgelegt hat, was er in einer bestimmten Lebens- und Behandlungssituation will und was nicht. Sowohl eine schriftliche Patientenverfügung als auch mündliche Äußerungen des Betroffenen sind der Auslegung zugänglich.

Ob die Grunderkrankung einen „irreversibel tödlichen Verlauf" genommen hat, ist weder für die Verbindlichkeit des tatsächlichen oder mutmaßlichen Patientenwillens von Bedeutung, noch für die bei der Feststellung dieses Willens zu beachtenden Beweismaßstäbe.

BGH, Beschl. v. 17.9.2014 – XII ZB 202/13
(LG Chemnitz, Entsch. v. 11.3.2013 – 3 T 205/12)
BGB §§ 1901 Abs. 3, 1901a

Das Problem

Bei der 1963 geborenen Betroffenen lag als Folge einer Gehirnblutung im Jahr 2009 ein Wachkoma vor. Eine Kontaktaufnahme mit ihr war nicht möglich; sie wurde künstlich ernährt. Die als Betreuer bestellten Angehörigen beantragten zuletzt Anfang 2012 die betreuungsgerichtliche Genehmigung für den Widerruf der Einwilligung in die Fortführung der künstlichen Ernährung. Eine schriftliche Patientenverfügung der Betroffenen bestand nicht. Die Betreuer verwiesen auf mündliche Äußerungen der Betroffenen ihnen sowie Zeugen gegenüber. Die Betroffene hatte insbesondere anlässlich der Erkrankung einer ihr selbst nicht näher bekannten Person, die im Alter von 39 Jahren ins Wachkoma gefallen war, geäußert, dass sie

selbst, sollte sie sich in einem derartigen Zustand befinden, nicht künstlich am Leben erhalten bleiben wolle.

In den ersten beiden Instanzen blieb der Antrag der Betreuer ohne Erfolg. Das LG kam nach umfangreichen Ermittlungen zwar zu der Überzeugung, dass die Betroffene die behaupteten Äußerungen tatsächlich getätigt hatte, vertrat jedoch die Auffassung, auf ihrer Grundlage könne ein mutmaßlicher Wille der Betroffenen, die Behandlung zu beenden, nicht hinreichend sicher festgestellt werden. Da der Sterbevorgang noch nicht eingesetzt habe, seien an die Ermittlung und Annahme des mutmaßlichen Willens erhöhte Anforderungen zu stellen. Es sei nicht hinreichend sicher, wie sich die Betroffene zu ihrer nunmehr vorliegenden Lebenssituation konkret und verbindlich positioniert haben würde.

Die Entscheidung des Gerichts

Die zugelassene Rechtsbeschwerde der Betreuer führt zur Aufhebung und Zurückverweisung an das LG.

Der BGH bestätigt zunächst – in Abgrenzung zu seinem Beschluss vom 17.3.2003 (BGH v. 17.3.2003 – XII ZB 2/03, FamRZ 2003, 748 = FamRB 2003, 219) – die Auffassung des LG, dass es aufgrund der in § 1901a Abs. 3 BGB geschaffenen gesetzlichen Regelung für die Verbindlichkeit des tatsächlichen oder mutmaßlichen Willens des aktuell einwilligungsunfähigen Betroffenen nicht mehr auf die Art und das Stadium der Erkrankung ankomme (ebenso schon BGH v. 25.6.2010 – 2 StR 454/09, FamRZ 2010, 1551 m. Anm. *Lipp* = FamRB 2010, 306). Für die Feststellung des behandlungsbezogenen Patientenwillens würden beweismäßig strenge Maßstäbe gelten, die der hohen Bedeutung der betroffenen Rechtsgüter Rechnung zu tragen hätten. Aus § 1901a Abs. 3 BGB folge allerdings – entgegen der Auffassung des LG –, dass diese Maßstäbe unabhängig davon gelten würden, ob der Tod des Betroffenen unmittelbar bevorstehe oder nicht. Der BGH weist weiter darauf hin, dass bei der Ermittlung des behandlungsbezogenen Patientenwillens eine klare Rangfolge gilt:

- Vorrang hat stets eine – im entschiedenen Fall nicht gegebene – Patientenverfügung, wenn diese eine Entscheidung über die Einwilligung oder Nichteinwilligung in bestimmte ärztliche Maßnahmen enthält, die auf die konkret eingetretene Lebens- und Behandlungssituation zutrifft. Liegt eine solche vor, so bindet sie als Entscheidung des Betroffenen selbst alle Beteiligten; eine Entscheidung des Betreuers ist nicht erforderlich, dieser hat lediglich die Aufgabe, dem Willen des Betroffenen Ausdruck und Geltung zu verschaffen.
- An zweiter Stelle zu berücksichtigen sind Behandlungswünsche, d.h. tatsächliche Willensäußerungen des Betroffenen vor Eintritt der Einwilligungsunfähigkeit, die zwar nicht den Anforderungen an eine Patientenverfügung genügen, z.B. weil sie nur mündlich geäußert worden sind, gleichwohl aber Festlegungen für eine konkrete Lebens- und Behandlungssituation enthalten. Einen solchen Behandlungswunsch hat der Betreuer nach Maßgabe der §§ 1901a Abs. 2, 1901 Abs. 3 BGB mit seiner eigenen Entscheidung umzusetzen.
- Erst dann, wenn derartige antizipative Bekundungen des tatsächlichen Willens des Betroffenen nicht feststellbar sind, ist hilfsweise auf den anhand der in § 1901a Abs. 2 BGB genannten Kriterien zu ermittelnden mutmaßlichen Willen abzustellen. Der Betreuer hat letztlich eine These aufzustellen, wie sich der Betroffene selbst in der konkreten Situation entschieden hätte, wenn er noch über sich selbst bestimmten könnte. Dabei ist darauf zu achten, dass nicht die Werte und Vorstellungen des Betreuers zum Entscheidungsmaßstab werden.

Diese Prüfungsreihenfolge hat das LG im vorliegenden Fall nicht beachtet, da es auf den mutmaßlichen Willen der Betroffenen abgestellt hat, ohne zu prüfen, ob ihre mündlichen Äußerungen gegenüber den Betreuern und Zeugen nicht als Behandlungswünsche zu werten sind.

Sowohl die in einer Patientenverfügung enthaltene Entscheidung als auch ein Behandlungswunsch muss, so der BGH, hinreichend bestimmt sein, wobei beide einer Auslegung zugänglich sind. Allgemeine Anweisungen, wie etwa die Aufforderung, ein würdevolles Sterben zu ermöglichen, wenn ein Therapieerfolg nicht mehr zu erwarten ist, genügen insoweit nicht. Der BGH betont jedoch zugleich, dass die Anforderungen an die Bestimmtheit nicht überspannt werden dürfen, was das LG aus Sicht des BGH im entschiedenen Fall getan hatte. Vorausgesetzt werden könne nur, dass der Betroffene umschreibend festlege, was er in einer bestimmten Lebens- und Behandlungssituation wolle und was nicht. Insbesondere könne nicht das gleiche Maß an Präzision verlangt werden wie bei der Einverständniserklärung eines einwilligungsfähigen Patienten in eine unmittelbar anstehende Behandlungsmaßnahme.

Konsequenzen für die Praxis

Mit der vorliegenden Entscheidung nimmt der für das Betreuungsrecht zuständige XII. Zivilsenat des BGH erstmals grundsätzlich zu den mit dem Dritten Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts vom 29.7.2009 (BGBl. I, 2286) neu geschaffenen Regelungen zur Patientenverfügung Stellung und nutzt diese Gelegenheit, um für die Praxis, sowohl was die materiellen Voraussetzungen für einen Behandlungsabbruch angeht als auch hinsichtlich des gerichtlichen Verfahrens (dazu FamRB 2015, 23, nachstehend) in mehreren Punkten hilfreiche Vorgaben zu machen. Gleichwohl wird insbesondere die Beurteilung, ob frühere Äußerungen des Betroffenen als Behandlungswunsch Bedeutung erlangen oder nur als ein Anhaltspunkt bei der Ermittlung des mutmaßlichen Willens, auch weiterhin in der Praxis erhebliche Probleme bereiten (vgl. hierzu *Seibl*, LMK 2014, 363530), zumal schon der BGH selbst betont, letztlich könne nur im Einzelfall beurteilt werden, ob das erforderliche Maß an Bestimmtheit der Willensäußerung gegeben sei. Es ist daher anzuraten, nicht zuletzt mit Rücksicht auf die zu beachtenden strengen Beweismaßstäbe, in der betreuungsgerichtlichen Praxis im Zweifel die Sachverhaltsermittlungen – unter Beachtung der Vorgaben des § 298 FamFG – möglichst umfassend zu gestalten, insbesondere auch hinsichtlich des näheren Kontextes, vor dessen Hintergrund die Willensäußerungen des Patienten gefallen sind.

Beraterhinweis

Keine Antwort lässt sich der Entscheidung des BGH zu der Frage entnehmen, ob der Behandlungsabbruch in Umsetzung des Patientenwillens auch dann der Mitwirkung eines Vertreters – Betreuer oder Bevollmächtigter – bedarf, wenn der Betroffene seinen eigenen Willen zum Behandlungsabbruch in einer wirksamen Patientenverfügung gem. § 1901a BGB niedergelegt hat und diese auf die konkret eingetroffenen Lebens- und Behandlungssituation zutrifft. In einem solchen Fall ist, so der BGH, eine Entscheidung des Vertreters über Behandlungsabbruch nicht erforderlich, da der Betroffene selbst die Entscheidung in einer alle Beteiligten bindenden Weise getroffen habe. Der Vertreter hat lediglich dem in der Patientenverfügung niedergelegten Willen Ausdruck und Geltung zu verschaffen. Richtigerweise wird man aus der Entstehungsgeschichte und der Systematik der in den §§ 1901a und 1901b BGB enthaltenen Regelungen den Schluss ziehen müssen, dass auch in einem solchen Fall ein Betreuer oder Bevollmächtigter vorhanden sein muss (BeckOK/BGB/*G. Müller*, Stand: 1.11.2014, § 1901a Rz. 21; *Locher*, FamRB 2010, 56 [60]; a.A. etwa Palandt/*Götz*, 73. Aufl., § 1901a BGB Rz. 15). Es empfiehlt sich daher nach wie vor, mit Errichtung einer Patientenverfügung zugleich auch einen Bevollmächtigten zu ihrer Durchsetzung zu bestellen, sofern eine entsprechende Vertrauensperson vorhanden ist.

RiOLG Dr. Matthias Locher, Hamm

››› Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen (II)

Die Prüfungskompetenz des Betreuungsgerichts ist auch dann eröffnet, wenn zwar ein Einvernehmen zwischen Betreuer und behandelndem Arzt besteht, aber gleichwohl ein Antrag auf betreuungsgerichtliche Genehmigung gestellt wird. Besteht in einem solchen Fall aber kein Anlass, den Patientenwillen von Amts wegen zu ermitteln, kann das Gericht den Antrag ohne weitere gerichtliche Ermittlungen ablehnen und ein sog. Negativattest erteilen.

Hingegen ist das Genehmigungsverfahren nach § 1904 Abs. 2 BGB bereits dann durchzuführen, wenn Betreuer oder Arzt Zweifel daran haben, ob das geplante Vorgehen dem Willen des Betroffenen entspricht.

BGH, Beschl. v. 17.9.2014 – XII ZB 202/13
(LG Chemnitz, Entsch. v. 11.3.2013 – 3 T 205/12)
BGB §§ 1904 Abs. 2, Abs. 4; FamFG § 298

Das Problem

Gemäß § 1904 Abs. 2 BGB bedarf die Nichteinwilligung oder der Widerruf der Einwilligung des Betreuers – entsprechendes gilt gem. § 1904 Abs. 5 Satz 1 BGB für den Bevollmächtigten – in einen ärztlichen Eingriff der Genehmigung des Betreuungsgerichts, wenn die medizinische Maßnahme angezeigt ist und die begründete Gefahr besteht, dass der Betreute aufgrund des Unterbleibens oder Abbruchs der Behandlungsmaßnahme stirbt. Eine Genehmigung ist in einem solchen Fall dann nicht erforderlich, wenn zwischen Betreuer und behandelndem Arzt Einvernehmen darüber besteht, dass die Nichterteilung bzw. der Widerruf der Einwilligung dem Willen des Betreuten entspricht.

Im entschiedenen Fall lag die Betroffene nach einer Gehirnblutung bereits seit mehreren Jahren im Wachkoma. Gestützt auf verschiedene frühere mündliche Äußerungen der Betroffenen beantragten die Betreuer beim Betreuungsgericht die Genehmigung ihrer Entscheidung, die künstliche Ernährung einzustellen, hilfsweise festzustellen, dass ihre Entscheidung, die künstliche Ernährung einzustellen, nicht genehmigungsbedürftig sei. Mit dem Antrag legten sie eine gemeinsame schriftliche Erklärung mit der behandelnden Ärztin der Betroffenen vor, wonach Einvernehmen darüber bestehe, dass der Abbruch der künstlichen Ernährung dem Willen der Betroffenen entspräche.

Sowohl das Betreuungs- als auch das Beschwerdegericht prüften in der Sache, ob ein behandlungsbezogener Wille der Betroffenen, die künstliche Ernährung einzustellen, feststellbar war, verneinten dies nach umfangreichen Ermittlungen und wiesen daraufhin sowohl Haupt- als auch Hilfsantrag zurück.

Die Entscheidung des Gerichts

Auf die zugelassene Rechtsbeschwerde hebt der BGH die Beschwerdeentscheidung zwar auf, stellt dabei aber zugleich klar, dass das Beschwerdegericht sich zu Recht trotz der schriftlichen Erklärung zum bestehenden Einvernehmen zwischen Betreuern und behandelnder Ärztin nicht auf eine Prüfung der Voraussetzungen des § 1904 Abs. 4 BGB beschränkt habe.

Hierzu führt der BGH zunächst aus, dass die in § 1904 Abs. 4 BGB getroffenen Regelung zwar grundsätzlich sicherstellen solle, dass eine gerichtliche Genehmigung nur in Konfliktfällen erforderlich sei. Dem Schutz des Patienten vor einem Missbrauch der Vertretungsmacht werde zum einen durch die wechselseitige Kontrolle zwischen Arzt und Betreuer bei der Entscheidungsfindung Rechnung getragen, zum anderen durch die Möglichkeit der Anregung einer betreuungsgerichtlichen Kontrolle durch Dritte. Zugleich verweist der BGH aber auch darauf, dass das Genehmigungsverfahren nach § 1904 Abs. 2 BGB einen justizförmigen Rahmen zur Verfügung stelle, innerhalb dessen die rechtlichen Grenzen des Betreuerhandelns geklärt und der Wille des Betroffenen ermittelt werden könne. Dieses Verfahren vermittele der Entscheidung des Betreuers eine Legitimität, die geeignet sei, ihn subjektiv zu entlasten und seine Entscheidung objektiv anderen Beteiligten zu vermitteln, und die ihn vor dem Risiko einer abweichenden strafrechtlichen ex-post-Beurteilung schützen könne. Aufgrund dieser Erwägungen verlangt der BGH, dass die Schwelle für ein gerichtliches Einschreiten nicht zu hoch angesetzt werden dürfe, und sieht die Prüfungskompetenz des Betreuungsgerichts selbst in den Fällen eröffnet, in denen zwar Einvernehmen zwischen Betreuer und behandelndem Arzt besteht, gleichwohl aber zur Absicherung ein Antrag auf betreuungsgerichtliche Genehmigung gestellt wird. Allerdings wird das Gericht in

einem solchen Fall, so der BGH, häufig ohne weitere Ermittlungen ein sog. Negativattest erteilen können, also im Beschlusswege feststellen, dass die Entscheidung des Betreuers keiner Genehmigung bedarf. Ergeben sich im Rahmen dieses Verfahrens hingegen Zweifel daran, ob der Behandlungsabbruch tatsächlich dem Willen des Betroffenen entspricht, so ist das Gericht auch bei bestehendem Einvernehmen zwischen Betreuer und Arzt aufgrund des Amtsermittlungsgrundsatzes (§ 26 FamFG) gehalten, den Willen im gerichtlichen Verfahren nach § 1904 Abs. 2 BGB zu ermitteln und – wenn ein auf den Behandlungsabbruch gerichteter tatsächlicher oder mutmaßlicher Wille nicht feststellbar ist – die beantragte Genehmigung zu versagen.

Konsequenzen für die Praxis

Für die betreuungsgerichtliche Praxis ergeben sich, in Abhängigkeit vom Ergebnis der durchgeführten Ermittlungen, folgende Entscheidungskonstellationen:

- Stellt das Gericht das fortbestehende Einvernehmen zwischen Betreuer und Arzt fest und sieht es keinen Anhaltspunkt dafür, dass der Behandlungsabbruch nicht dem Willen des Betroffenen entsprechen könnte, erteilt es ohne weitere Ermittlungen ein Negativattest.
- Ein solches ist auch dann zu erteilen, wenn das Gericht – bei fortbestehendem Einvernehmen – zunächst Anlass für eingehendere Ermittlung des Patientenwillens sieht, aber nach der Prüfung zu dem Ergebnis gelangt, dass die Nichterteilung bzw. der Widerruf der Einwilligung dem Willen des Patienten entspricht.
- Kommt das Gericht zu dem Ergebnis, dass der Behandlungsabbruch nicht dem tatsächlichen oder mutmaßlichen Behandlungswillen des Patienten entspricht, muss es auch bei fortbestehendem Einvernehmen die Erteilung einer Genehmigung ablehnen. Soweit z.T. vertreten wird, dass Gericht müsse in einem solchen Fall – wegen des Einvernehmens – ein Negativattest erteilen und ein gesondertes Kontrollverfahren nach §§ 1908i Abs. 1 S. 1 i.V.m. 1837 BGB gegen den Betreuer einleiten (MünchKomm.BGB/*Schwab*, 6. Aufl., § 1901a Rz. 56), wird diese Auffassung vom BGH ausdrücklich nicht geteilt.
- Liegt hingegen kein Einvernehmen zwischen Betreuer und Arzt vor, wovon schon dann auszugehen ist, wenn bei einem von ihnen Zweifel hinsichtlich des Behandlungswillens des Betroffenen bestehen, muss das Gericht nach Durchführung des Verfahrens nach § 1904 Abs. 2 BGB i.V.m. § 298 FamFG eine Genehmigung nach § 1904 Abs. 2 BGB erteilen oder versagen.

Für letzten Fall bleibt nach den Ausführungen des BGH allerdings unklar, ob bei Vorliegen eines Dissenses eine Entscheidung über die Genehmigung auch dann zu ergehen hat, wenn die Ermittlungen des Gerichts ergeben, dass der Betroffene seinen eigenen Willen zum Behandlungsabbruch in einer wirksamen Patientenverfügung gem. § 1901a BGB niedergelegt hat und diese auf die konkret eingetroffenen Lebens- und Behandlungssituation zutrifft. In einem solchen Fall ist nämlich, so der BGH, eine Entscheidung des Betreuers über Behandlungsabbruch nicht erforderlich, da der Betroffene selbst die Entscheidung in einer alle Beteiligten bindenden Weise getroffen hat. Damit soll nach Auffassung des BGH aber auch das Genehmigungserfordernis nach § 1904 Abs. 2 BGB nicht greifen, ohne dass es auf die weiteren Voraussetzungen des § 1904 Abs. 4 BGB ankäme. Konsequenter Weise wäre damit auch in einem solchen Fall nur ein Negativattest zu erteilen. Es dürfte allerdings, soweit ersichtlich, der überwiegenden Auffassung entsprechen, dass auch in einem solchen Fall eine Genehmigungsentscheidung des Gerichts zu ergehen hat (vgl. MünchKomm.BGB/*Schwab*, 6. Aufl., § 1904 Rz. 43; Jurgeleit/*Kieß*, Betreuungsrecht, 3. Aufl., § 1904 BGB Rz. 21).

Beraterhinweis

Bereits 2010 hat der 2. Strafsenat des BGH (BGH v. 25.6.2010 – 2 StR 454/09, FamRZ 2010, 1551 m. Anm. *Lipp* = FamRB 2010, 306 [*Moll-Vogel*]; v. 10.11.2010 – 2 StR 320/10, FamRZ 2011, 108) herausgestellt, dass die in den §§ 1901a ff. BGB getroffene betreuungsrechtliche Regelung des Behandlungsabbruchs auch für das Strafrecht Wirkung entfalte. Diese Vorschriften enthielten eine verfahrensrechtliche Absicherung für die Verwirklichung des Selbstbestimmungsrechts von Patienten, die selbst zu einer Willensäußerung nicht (mehr) in der Lage seien. Diese Regelung müsse unter dem Gesichtspunkt der Einheitlichkeit der Rechtsordnung auch im Strafrecht bei der Bestimmung der Grenze einer möglichen Rechtfertigung von kausal lebensbeendenden Handlungen berücksichtigt werden.

Betreuer und Arzt können somit davon ausgehen, dass ein Einhalten der zivilrechtlichen Regelungen zur Ermittlung des Patientenwillens vor einer strafrechtlichen Sanktion auch dann schützt, wenn sich zu einem späteren Zeitpunkt Erkenntnisse ergeben, nach der die getroffene Entscheidung entgegen ihrer subjektiven Überzeugung nicht dem Patientenwillen entsprochen hat. In einem solchen Fall dürfte jedenfalls von einem Erlaubnistatbestandsirrtum auszugehen sein (*Gaede*, NJW 2010, 2925 [2928]; Bienwald/Sonnenfeld/*Hofmann*, Betreuungsrecht, 5. Aufl., § 1901a BGB Rz. 84). Allerdings entbindet die erteilte betreuungsgerichtliche Genehmigung den Betreuer nicht davon, neue Erkenntnisse, die er erst nach Erteilung erlangt hat, zu berücksichtigen und seine Entscheidung ggf. anzupassen (Erman/*Roth*, 14. Aufl., § 1904 BGB Rz. 25a).

RiOLG Dr. Matthias Locher, Hamm

Hinweis der Redaktion: Zu den materiell-rechtlichen Aspekten der Entscheidung s. FamRB 2015, 21, vorstehend.

Erbrecht

››› Regress der Staatskasse auf Rückforderung der gesetzlichen Vergütung aus der Betreuung des Erblassers

Der Wert des Nachlasses i.S.d. § 1836e Abs. 1 Satz 2 BGB ist durch Abzug der Nachlassverbindlichkeiten von dem Aktivvermögen zu ermitteln. Zu den zu berücksichtigenden Nachlassverbindlichkeiten gehören dabei vor allem diejenigen Verpflichtungen, die vom Erblasser herrühren oder die im Zeitpunkt des Erbfalls bereits dem Grunde nach angelegt waren und wegen ihrer Zwangsläufigkeit für den Erben Vorrang beanspruchen können. (amtlicher Leitsatz)

Demgegenüber mindern gleich- oder gar nachrangige Nachlassverbindlichkeiten den Nachlasswert nicht.

Verwertung von Nachlassgegenständen bedeutet jede Art der finanziellen Nutzbarmachung. Eine Immobilie kann daher grundsätzlich nicht nur veräußert, sondern auch beliehen werden, um mit dem Darlehen die Regressforderung zu tilgen.

Eine besondere Härte i.S.d. § 102 Abs. 3 Satz 3 SGB XII ist nur bei außergewöhnlich gelagerten Sachverhalten anzunehmen.

BGH, Beschl. v. 27.8.2014 – XII ZB 133/12
(LG Koblenz, Entsch. v. 22.2.2012 – 2 T 458/11)
BGB §§ 1836e, 1908 Abs. 1 S. 1, 2174, 2311; SGB XII § 102 Abs. 3 S. 3

Das Problem

Die Erben haften für Nachlassverbindlichkeiten gem. § 1967 BGB und gem. § 1836e BGB auch für die Rückerstattungsforderung der Staatskasse. Dabei ist die Haftung der Erben auf den bereinigten Nachlass zum Zeitpunkt des Erbfalls beschränkt. Für Erben stellt sich dabei regelmäßig die Frage, wie der Nachlass zu ermitteln ist und welche Nachlassverbindlichkeiten bei der Ermittlung des für die Haftung für die Betreuervergütung maßgeblichen Nachlasswerts vorab abgezogen werden können.

In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall wurde die Betreuungstätigkeit für den Erblasser durch die Staatskasse i.H.v. insgesamt 7.339,20 € bezahlt. Der Betreute verstarb im Oktober 2010 und wurde von seinen beiden Kindern testamentarisch beerbt. In dem Testament hatte der Betreute seiner Lebensgefährtin ein lebenslängliches, unentgeltliches Wohnungsrecht an seiner Wohnung vermacht. Der aktive Nachlass bestand im Wesentlichen aus dem vorgenannten Hausgrundstück und hatte einen Wert i.H.v. ca. 44.000 €. Dem standen Darlehensverbindlichkeiten von 9.200 € sowie Beerdigungskosten i.H.v. 1.500 € gegenüber. Die beiden Erben wandten gegen die Rückerstattungsforderung der Staatskasse wegen gezahlter Betreuervergütung ein, dass das Wohnrecht zugunsten der Lebensgefährtin mit einem Wert von 39.000 € einer Verwertungsmöglichkeit des Hausgrundstücks entgegenstehe. Es fehle daher an einem ausreichenden Nachlasswert zur Rückzahlung der Betreuervergütung. Zudem läge eine unzumutbare Härte vor.

Die Entscheidung des Gerichts

Der BGH bestätigt, dass der Wert des Nachlasses i.S.d. § 1836e Abs. 1 Satz 2 Halbs. 1 BGB durch Abzug der Nachlassverbindlichkeiten von dem Aktivvermögen zu ermitteln ist. Allerdings sind nicht sämtliche Nachlassverbindlichkeiten in Abzug zu bringen. Bei den zu berücksichtigenden und den Nachlasswert mindernden Nachlassverbindlichkeiten handelt es sich vor allem um diejenigen Verpflichtungen, die vom Erblasser herrühren oder die im Zeitpunkt des Erbfalls bereits dem Grunde nach angelegt waren und wegen ihrer Zwangsläufigkeit für den Erben Vorrang beanspruchen können. Gleich- oder gar nachrangige Nachlassverbindlichkeiten mindern den für § 1836 Abs. 1 S.atz2 BGB maßgeblichen Nachlasswert nicht.

Bei dem zugunsten der Lebensgefährtin angeordneten Wohnrecht handele es sich um einen gegenüber der staatlichen Rückerstattungsforderung nachrangigen Anspruch. Dem Erblasser solle nicht die Möglichkeit eröffnet werden, den staatlichen Rückgriffsanspruch durch das Ausbringen von Vermächtnissen auszuhebeln. Gleiches gelte bei dem wortlautidentischen § 102 Abs. 2 Satz 2 SGB XII, sowie bei dem für die Ermittlung des Pflichtteilsanspruchs maßgeblichen Nachlassvermögen gem. § 2311 BGB.

Ebenfalls könnten sich die Erben nicht mit Erfolg auf eine Unverwertbarkeit des Hausanwesens aufgrund des Wohnungsrechts berufen. Zwar setze die Berücksichtigung von im Nachlass befindlichen Vermögensgegenständen bei der Inanspruchnahme der Erben grundsätzlich deren Verwertbarkeit voraus, eine Verwertung bedeute jedoch *jede Art der finanziellen Nutzbarmachung*. Eine solche liege nicht nur in einer Veräußerung, sondern auch in einer Beleihung. Aufgrund der Nachrangigkeit des Vermächtnisses könne die Lebensgefährtin die Erfüllung des Vermächtnisses gegen die Erben nur dann durchsetzen, wenn nach Begleichung der vorrangigen Nachlassverbindlichkeiten der entsprechende Vermögensgegenstand noch vorhanden sei.

Soweit sich die Erben auf das Vorliegen einer besonderen Härte berufen, weist der BGH darauf hin, dass eine derartige Härte nur bei außergewöhnlich gelagerten Sachverhalten anzunehmen sei, die in dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall weder vorgetragen noch ersichtlich sei. Die durch die Erben geäußerte Befürchtung, sich gegenüber der Vermächtnisnehmerin schadensersatzpflichtig zu machen, sei unbegründet. Insofern sei die Erfüllung einer vorrangigen Nachlassverbindlichkeit keine schuldhafte Pflichtverletzung und begründe keinen Schadensersatzanspruch.

Konsequenzen für die Praxis

Wären für die Ermittlung des entsprechenden Nachlasswerts sämtliche Nachlassverbindlichkeiten einschließlich der durch den Erblasser verfügten Vermächtnisse in Abzug zu bringen, hätte es ein Erblasser in der Hand, die Haftung der Erben zum Nachteil der Staatskasse zu beschränken und sogar auszuschließen. Die Rangfolge der

Erfüllung der Nachlassverbindlichkeiten steht daher weder im Ermessen des Erblassers noch der Erben.

Beraterhinweis

Die Reihenfolge bei der Erfüllung von Nachlassverbindlichkeiten ist genau zu beachten. Der Erbe sollte vor der Erbauseinandersetzung und vor der Erfüllung einzelner Nachlassverbindlichkeiten grundsätzlich ein Aufgebotsverfahren betreiben, um sämtliche Nachlassverbindlichkeiten und deren Rang festzustellen.

Im Aufgebotsverfahren ausgeschlossene Gläubiger werden nachrangig befriedigt, § 1973 BGB.

Vermächtnisse sind regelmäßig gegenüber den übrigen Verbindlichkeiten nachrangig. Ihnen gehen Pflichtteilsansprüche gem. § 1991 Abs. 4 BGB § 327 Abs. 1 Nr. 1 und 2 InsO vor.

Diesen Vorrang hat jetzt der BGH auch für Ansprüche der Staatskasse auf Erstattung der Betreuervergütung durch die Erben bestätigt. Für diese Erstattungsansprüche besteht die Besonderheit, dass der Erbe dafür nicht unbeschränkt haftet, sondern nur mit dem Wert des im Zeitpunkt des Erbfalls vorhandenen Nachlasses, § 1836e Abs. 1 Satz 2 BGB.

Auch hinter dem im Aufgebotsverfahren ausgeschlossenen Gläubiger muss der Vermächtnisnehmer grundsätzlich zurücktreten, § 1973 Abs. 1 Satz 2 BGB.

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

Mehr zum Thema: Die Verjährung des Regressanspruchs der Staatskasse gegen den Betreuten oder dessen Erben wegen gezahlter Betreuervergütung wird nicht durch die Einleitung des Regressverfahrens oder durch die Anhörung des Betreuten oder des Erben gehemmt, so BGH v. 17.9.2014 – XII ZB 338/14, MDR 2014, 1409.

Beiträge für die Beratungspraxis

Aktuelle Praxisfragen

Die Wohnkosten im Selbstbehalt

von VorsRiOLG Heinrich Schürmann, Oldenburg

Die zwischen den Bundesländern, innerhalb eines OLG-Bezirks aber auch schon innerhalb des Zuständigkeitsbereichs eines einzelnen Familiengerichts stark variierenden Wohnkosten werden immer mehr zu einem Problem für die jeweils als einheitliche Pauschale festgelegten Selbstbehaltssätze. Die verbreitete Praxis, es bei dem in den Leitlinien ausgewiesenen Selbstbehalt zu belassen, ist unter diesen Umständen zu überdenken. Damit ist die Beratungspraxis gefordert, die tatsächlichen Wohnkosten stärker als bisher in den Blick zu nehmen.

1. Pauschale Erfassung der Wohnkosten

In der unterhaltsrechtlichen Rechtsprechung hat sich seit langem ein System von verschiedenen Selbstbehaltssätzen etabliert, die erneut zum 1.1.2015 angehoben worden sind.[1] Diese sollen gewährleisten, dass dem Unterhaltsschuldner ein angemessener Teil seines Einkommens für die eigene Lebensführung verbleibt. In ihrer Höhe variieren diese Beträge erheblich – beginnend mit dem notwendigen Selbstbehalt bis hin zum variablen Selbstbehalt beim Elternunterhalt, für den nur ein Sockelbetrag vorgegeben ist.

Allen Beträgen gemeinsam ist, dass sie sich aus **zwei Komponenten** zusammensetzen: Dem für die **allgemeine Lebensführung** vorbehaltenen Betrag sowie den Wohnkosten einschließlich Nebenkosten und Heizung (**Warmmiete**). Der einheitlich ausgewiesene Betrag soll dem Pflichtigen eine angemessene Lebensführung ermöglichen. Insofern geben die Pauschalen nur einen Mindestbetrag vor, der auch bei geringeren Wohnkosten nicht unterschritten werden soll. Dem liegt die Überlegung zugrunde, dass es der freien Disposition eines Unterhaltspflichtigen unterliegt, wie er seine ohnehin durch den Unterhalt reduzierten Mittel zur Befriedigung seines Lebensbedarfs einsetzt. So bleibt es ihm prinzipiell unbenommen, sich mit einer preiswerteren Wohnung zu begnügen, um über mehr freie Mittel zur Befriedung anderer Bedürfnisse zu

1 S. dazu FamRB 2015, 41, in diesem Heft.

verfügen.[2] Dies setzt allerdings voraus, dass ihm die verfügbaren Mittel einen ausreichenden Gestaltungsspielraum lassen. So ging die Rechtsprechung davon aus, dass selbst der notwendige Selbstbehalt – wenn auch geringfügig – über den für einen Sozialhilfeempfänger maßgeblichen Beträgen lag. Eine genauere Betrachtung zeigt jedoch, dass dies bei den jahrelang zugrunde gelegten Wohnkosten von 360 € jedenfalls seit 2005 nicht der Fall war.[3] Erst ab 2015 ist ein finanzieller „Puffer" von 30 € offen ausgewiesen, der allerdings auch dazu dient, die in den kommenden Jahren zu erwartenden Steigerungen bei den allgemeinen Lebenshaltungskosten aufzufangen.

Soll eine Pauschale mehrere Positionen abdecken, muss sie so bemessen sein, dass die Mittel genügen, um die an einer Stelle entstehende Unterdeckung intern auch tatsächlich ausgleichen zu können.[4] Dies ist bei den Einzelpositionen „*allgemeiner Lebensbedarf*" – „*Wohnen*" nicht mehr der Fall, wenn für den Lebensbedarf von vornherein nur die notwendigsten Mittel verbleiben. Dann fehlt es an dem von der Rechtsprechung vorausgesetzten Entscheidungsspielraum. Davon ist nicht nur der notwendige Selbstbehalt betroffen. Dies kann auch dann der Fall sein, wenn angemessener Wohnraum so teuer ist, dass der jeweilige Selbstbehalt keine angemessenen finanziellen Mittel für die übrigen Ausgaben zur Lebensführung lässt – ein im städtischen Umfeld häufiges Problem. Ein alleinstehender Unterhaltspflichtiger kann hier keine Entlastung durch Wohngeld erreichen.

Beraterhinweis

Insofern haben die in den Anmerkungen zur **Düsseldorfer Tabelle** bzw. in den Leitlinien **ausgewiesenen Wohnkosten** die Bedeutung eines **Überprüfungswertes**, bei dessen Überschreiten eine Anpassung des Selbstbehalts in Betracht kommt.[5]

Eine pauschale Festlegung der zu berücksichtigenden Wohnkosten im Selbstbehalt ist kaum möglich. Zu groß sind die regionalen Unterschiede, bei denen für gleich großen Wohnraum Differenzen von 250 € und mehr zu beobachten sind. Dies ist der Grund, weshalb es ungeachtet des Bestrebens um eine weitgehende Pauschalierung im Sozialrecht keine bundeseinheitlichen Pauschalen für Miete und Heizung gibt.[6] Selbst das Bemühen um örtliche Pauschalen stößt in der Praxis auf große Schwierigkeiten und hält oft einer Überprüfung durch die sozialgerichtliche Rechtsprechung nicht stand.[7] Andererseits hätte eine – durchaus denkbare – Berücksichtigung der jeweils individuellen Wohnkosten erhebliche Probleme in den Fällen mit sich gebracht, in denen der Unterhaltspflichtige mit weiteren Personen zusammenlebt, so dass es jeweils einer Aufteilung der Kosten auf die einzelnen Haushaltsmitglieder bedurft hätte.[8] Soll es gleichwohl bei einer **bundesweit einheitlichen Pauschale** verbleiben, kann sich diese bei der Kalkulation der Wohnkosten nicht an der oberen Grenze orientieren. Denn dies hätte vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des BGH zur Unantastbarkeit des notwendigen Selbstbehalts[9] eine nicht zu rechtfertigende Begünstigung von Unterhaltspflichtigen zur Folge, die in Regionen mit weitaus preisgünstigerem Wohnraum leben. Umgekehrt kann auch nicht die unterste Grenze der Maßstab sein. Denn dann verlöre die Pauschale ihren Sinn, eine vereinfachte Handhabung für eine möglichst große Fallzahl zu erreichen.

2. Notwendigkeit einer Angemessenheitskontrolle

Diese Gesichtspunkte waren dafür ausschlaggebend, die im Selbstbehalt kalkulatorisch erfassten Wohnkosten zum 1.1.2015 auf 380 € anzuheben, um einerseits eine – wenn auch geringe – Anpassung an die Preisentwicklung zu erreichen und andererseits nicht zu weit von den niedrigeren Mieten in ländlichen Regionen abzuweichen. Um gleichwohl dem in den meisten Städten und Ballungszentren oft deutlich **höheren Preisniveau** gerecht zu werden, ist es notwendig, den **Selbstbehalt auf seine Angemessenheit zu überprüfen**, wenn die Wohnkosten die kalkulierten Beträge übersteigen. Da die Praxis bisher eher zurückhaltend auf entsprechendes Vorbringen der Beteiligten reagierte,[10] enthält die **Düsseldorfer Tabelle** (A Ziff. 5) nunmehr einen deutlichen Apell, dass der Selbstbehalt dann erhöht werden soll, wenn die angemessenen Wohnkosten den ausgewiesenen Betrag überschreiten. Die Frage, ob der pauschal vorgegebene Selbstbehalt den tatsächlichen Gegebenheiten des Einzelfalls gerecht wird, betrifft die **Leistungsfähigkeit**. Daher obliegt es dem Unterhaltsschuldner, höhere Wohnkosten und die weiteren Lebensumstände substantiiert darzulegen, wenn er eine Anpassung des Selbstbehalts erreichen will. Die Anwaltschaft wird sich hierauf beim Sachvortrag einstellen müssen.

Beraterhinweis

Übersteigen die tatsächlichen Wohnkosten den in der Düsseldorfer Tabelle ausgewiesenen Betrag, ist deren Höhe **vom Unterhaltspflichtigen substantiiert darzulegen**, um dem Gericht eine Angemessenheitsprüfung zu ermöglichen.

---

2 BGH v. 3.12.2008 – XII ZR 182/06, FamRZ 2009, 314 = FamRB 2009, 67; v. 23.8.2006 – XII ZR 26/04, FamRZ 2006, 1664 = FamRB 2006, 364; v. 25.6.2003 – XII ZR 63/00, FamRZ 2004, 186 = FamRB 2004, 144.

3 Vgl. Empfehlungen der Unterhaltskommission FamRZ 2013, 101 = FamRB 2013, 27; u.a. blieb unberücksichtigt, dass ein Hilfeempfänger neben den Regelleistungen kostenfreie Leistungen in Anspruch nehmen kann, die von anderen Personen aus dem Einkommen zu tragen sind.

4 BVerfG v. 23.7.2014 – 1 BvL 10/12, 1 BvL 12/12, 1 BvR 1691/13, FamRZ 2014, 1765 m. Anm. *Schürmann*.

5 BGH v. 25.6.2003 – XII ZR 63/00, FamRZ 2004, 186 = FamRB 2004, 144.

6 BT-Drucks. 15/1514, 59.

7 BSG v. 4.6.2014 – B 14 AS 53/13 R, NZS 2014, 749 (zur Berliner WAV).

8 Zur Berücksichtigung beim Wohnwert s. BGH v. 31.10.2012 – XII ZR 30/10, FamRZ 2013, 191 = FamRB 2013, 38.

9 BGH v. 23.8.2006 – XII ZR 26/04, FamRZ 2006, 1664 = FamRB 2006, 364; v. 25.6.2003 – XII ZR 63/00, FamRZ 2004, 186 = FamRB 2004, 144.

10 KG v. 24.2.2012 – 17 WF 25/12, FamRZ 2012, 1649 = FamRB 2012, 208.

Ob und unter welchen Voraussetzungen eine Anpassung zu erfolgen hat, muss im Einzelfall entschieden werden. Zum einen bietet der den rechnerisch notwendigen Betrag um 30 € übersteigende Selbstbehalt einen gewissen Spielraum, um geringfügige Abweichungen auffangen zu können. Zum anderen kann auch der Vorwegabzug hoher Verbindlichkeiten zu einer eher zurückhaltenden Betrachtung führen. Auf der anderen Seite kann eine Anhebung nicht bereits mit der Begründung abgelehnt werden, es gebe auch noch billigeren Wohnraum. Es ist vielmehr zu prüfen, welche **Miethöhe** in der jeweiligen Region für **Wohnungen in einfacher Lage** üblich ist. Dabei gibt es naturgemäß einen gewissen Spielraum, wobei es praxisfremd wäre, sich ausschließlich am untersten Wert zu orientieren. Gewichtige Anhaltspunkte für den angemessenen Mietwert bieten die Vorgaben der Job-Center zu den anerkannten **Mietobergrenzen beim Bezug von SGB II**. Als weitere Orientierung können die um 10 % erhöhten **Mietstufen nach dem Wohngeldgesetz** zzgl. Heizkosten (1,50 – 1,80 €/m²) dienen.

Beraterhinweis

Als **angemessene** Größe sind für einen Alleinstehenden Wohnflächen von zumindest 45/50 m² zugrunde zu legen. Halten sich die Wohnkosten in einer Größenordnung, die nicht sehr erheblich von der örtlich maßgeblichen Mietobergrenze für Bezieher von ALG II abweicht, dürfte ihre Höhe nicht als unangemessen gelten.

Andererseits lässt die Erhöhung der kalkulierten Wohnkosten den Zuwachs des Selbstbehalts immer dann geringer ausfallen, wenn der bisher vorgegebene Rahmen ausgeschöpft oder gar überschritten wurde. Denn eine Anhebung des Selbstbehalts wegen erhöhter Wohnkosten kommt nur insoweit in Betracht, als der neue – höhere – Grenzwert überschritten wird.

Beispiel

Dem zum Kindesunterhalt verpflichteten Schuldner war bei erhöhten Wohnkosten von 400 € ein notwendiger Selbstbehalt von 1.040 € zu belassen. Bei dem nunmehr maßgeblichen Betrag von 1.080 € wäre zu prüfen, ob der 20 € über dem kalkulierten Betrag liegende Aufwand angesichts des zusätzlich bestehenden finanziellen Spielraums noch eine Anpassung erfordert.

3. Erhöhte Wohnkosten beim regelmäßigen Umgang

Hält ein Unterhaltsschuldner eine größere Wohnung vor, um einen **regelmäßigen Umgang** mit Übernachtung zu ermöglichen, sind **höhere Aufwendungen** auch dann unterhaltsrechtlich zu akzeptieren, wenn die wirtschaftlichen Verhältnisse beengt sind.[11] Soweit der BGH meint, es sei typischerweise angemessen und ausreichend, Kinder in der dem individuellen Wohnbedarf des Unterhaltspflichtigen entsprechenden Wohnung unterzubringen, wird dies den tatsächlichen Verhältnissen oft nicht gerecht und berücksichtigt nicht ausreichend das Bedürfnis heranwachsender Kinder nach einer Rückzugsmöglichkeit. Der durch den Umgang größere Raumbedarf ist sozialrechtlich anerkannt (vgl. § 22b Abs. 3 SGB II).[12] Für eine unterhaltsrechtlich strengere Beurteilung gibt es keine Rechtfertigung. Die Höhe der angemessenen Wohnkosten wird dabei durch Anzahl, Alter und Geschlecht der Kinder beeinflusst.

Beraterhinweis

Wohnkosten sind in einem größeren Umfang anzuerkennen, wenn der Unterhaltspflichtige Wohnraum für einen regelmäßigen Umgang mit Übernachtung vorhält und die im Selbstbehalt ausgewiesenen Kosten nicht genügen, die tatsächlich anfallenden Kosten zu decken.

4. Wohnkosten bei der selbstgenutzten Immobilie

Die im Selbstbehalt berücksichtigten Wohnkosten sind letztlich auch bedeutsam für die **Bemessung des Gebrauchsvorteils** bei einer selbstgenutzten Immobilie. Solange keine Obliegenheit besteht, diese durch Veräußerung bzw. Vermietung anderweitig zu nutzen, ist nur die ersparte Miete für eine angemessene Wohnung zugrunde zu legen. Da die Betriebskosten bei einer nach den eigenen Bedürfnissen zu großen Wohnung meist höher sind, als bei einer angemessenen kleineren Wohnung, ist die Mietersparnis anhand der hierfür anzusetzenden Warmmiete zu beurteilen.[13] Daher kann der Gebrauchsvorteil in der Summe nicht höher sein, als der im Selbstbehalt ausgewiesene Betrag. Würde eine höhere Kaltmiete angesetzt, wäre auch der Selbstbehalt entsprechend anzupassen. Andernfalls bestünde die Gefahr, dass bei Leistung des festgesetzten Unterhalts keine ausreichenden Mittel zur Deckung des laufenden Lebensunterhalts verbleiben.

Beraterhinweis

Wird bei einer selbstgenutzten Immobilie der Gebrauchsvorteil so hoch angesetzt, dass die Summe von Betriebskosten (Nebenkosten einschl. Heizung) und ersparter (Kalt-)Miete die im Selbstbehalt berücksichtigte Warmmiete übersteigt, kommt ebenfalls eine Anpassung des Selbstbehalts in Betracht. Für diesen Fall sind zur Bemessung des Gebrauchsvorteils vom Unterhaltspflichtigen stets **auch** die von ihm getragenen **Betriebskosten darzulegen**.

---

11 SFK 3 des DIJuF, Stellungnahme v. 23.10.2014: Umgang und Wechselmodell: Berücksichtigung der Kosten im Rahmen der Berechnung von Kindesunterhaltsansprüchen, S. 3, *www.dijuf.de*.

12 LSG Niedersachsen-Bremen v. 4.1.2012 – L 11 AS 635/11 B ER, NdsRpfl 2012, 388; LSG NRW v. 17.6.2008 – L 20 B 225/07 AS ER, juris; SG Lüneburg v. 26.7.2011 – S 45 AS 282/11 ER, juris; SG Dortmund v. 28.12.2010 – S 22 AS 5857/10 ER, juris; SG Frankfurt/O. v. 29.10.2012 – S 21 AS 2212/12 ER, juris.

13 Dies entspricht der „Produkttheorie" in der sozialrechtlichen Rechtsprechung. Das Produkt aus Kaltmiete zzgl. Nebenkosten muss sich im Rahmen der vorgegebenen Mietobergrenze halten; vgl. BSG v. 7.11.2006 – B 7b AS 18/06 R, BSGE 97, 254 = FamRZ 2007, 729; zur Anwendung instruktiv BSG v. 12.6.2013 – B 14 AS 60/12 R, BSGE 114, 1.

Die sofortige Wirksamkeit von Beschlüssen in Unterhaltssachen

von DirAG Dr. Michael Giers, Neustadt a. Rbge.

Der Gesetzgeber hat mit den §§ 116, 120 FamFG für Familienstreitsachen ein von der ZPO abweichendes System der Vollstreckung vor Rechtskraft eingeführt, das besondere Bedeutung für die Vollstreckung von Unterhaltstiteln hat. Die vom Text her eher kurz und einfach erscheinenden Vorschriften haben zahlreiche Probleme mit sich gebracht.

I. Zur Erinnerung: Das vorläufig vollstreckbare Urteil in Unterhaltssachen nach der ZPO

Nach **§ 708 Nr. 8 ZPO** sind Urteile, die die Verpflichtung aussprechen, Unterhalt zu entrichten, soweit sich die Verpflichtung auf die Zeit nach der Klageerhebung und auf das ihr vorausgehende letzte Vierteljahr bezieht, für vorläufig vollstreckbar ohne Sicherheitsleistung zu erklären. Diese Vorschrift **gilt heute nicht mehr für Titel des Familiengerichts**. Bis zum Inkrafttreten des FamFG – und in Altfällen darüber hinaus – galt sie dagegen auch für Unterhaltsverfahren vor dem Familiengericht. § 711 ZPO sah für diese Fälle vor, dass das Gericht auszusprechen hatte, dass der Schuldner die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung abwenden durfte, wenn nicht der Gläubiger vor der Vollstreckung Sicherheit leistete. Denkbar waren bei der Vollstreckung aus einem Unterhaltsurteil nach altem Recht also vier Alternativen:

- Keine Partei leistete Sicherheit.
- Nur der Schuldner leistete Sicherheit.
- Nur der Gläubiger leistete Sicherheit.
- Beide Parteien leisteten Sicherheit.

Wenn keine Sicherheit erbracht wurde, durfte gepfändet und verwertet werden. Der Erlös bzw. gepfändetes Geld durfte aber nicht ausgekehrt, sondern musste hinterlegt werden, § 720 ZPO. Nach einer Forderungspfändung musste der Drittschuldner den Betrag hinterlegen, § 839 ZPO. Leistete nur der Schuldner Sicherheit, so war die Zwangsvollstreckung gem. § 775 Nr. 3 ZPO einzustellen. Wenn allein der Gläubiger Sicherheit leistete, konnte die Vollstreckung ohne die sich aus § 720 ZPO ergebende Einschränkung erfolgen. Dasselbe galt, sofern beide Parteien Sicherheit leisteten. Diese gut austarierte Verteilung des beiderseitigen Insolvenzrisikos der ZPO galt damit auch für Unterhaltsfälle.

II. Die sofortige Wirksamkeit

1. Wirksamwerden der Entscheidung

Dieses ausgewogene System wurde durch das FamFG von einer „Alles-oder-Nichts-Regelung" abgelöst.[1] Die **§§ 116, 120 Abs. 2 Satz 2 und 3 FamFG** verdrängen die Vorschriften über die vorläufige Vollstreckbarkeit nach den §§ 704–713 ZPO ganz und die §§ 714–719 ZPO weitgehend. Endentscheidungen in Ehe- und Familienstreitsachen i.S.v. § 112 FamFG, zu denen auch die Unterhaltsverfahren gehören, sind gem. § 120 Abs. 2 Satz 1 FamFG **mit Wirksamwerden vollstreckbar**. Dabei ist zu unterscheiden zwischen der Wirksamkeit von Entscheidungen in isolierten Verfahren und in Folgesachen im Scheidungsverbund.

Für Endentscheidungen in **isolierten Unterhaltsverfahren** gilt allein § 116 Abs. 3 FamFG. Danach werden Endentscheidungen in Familienstreitsachen mit Rechtskraft wirksam. Das Gericht kann die sofortige Wirksamkeit anordnen und soll dies tun, soweit die Endentscheidung eine Verpflichtung zur Leistung von Unterhalt enthält. Hiervon werden allerdings Ausnahmen gemacht, wenn es sich um längere Zeit zurückliegende Unterhaltsrückstände oder übergegangene Unterhaltsansprüche handelt. Länger zurückliegenden Unterhaltsrückstände in diesem Sinne sind, der Regelung des – nicht mehr einschlägigen (s.o.) – § 708 Nr. 8 ZPO folgend solche, die das der Zustellung des Antrags vorausgehende Vierteljahr betreffen.[2] Der Übergang von Ansprüchen kann sich insbesondere aus §§ 33 SGB II, 94 SGB XII, 7 UVG ergeben.

Endentscheidungen in **verbundenen Folgesachen** werden nach § 148 FamFG nicht vor Rechtskraft des Scheidungsausspruchs wirksam. Ein Titel über nachehelichen Unterhalt im Verbund ist also erst wirksam, wenn die Rechtskraft der Scheidung eingetreten ist. Unerheblich ist dabei, ob das Gericht gem. § 116 Abs. 3 Satz 2 FamFG die sofortige Wirksamkeit der Entscheidung über den Unterhalt angeordnet hat. Denn diese Anordnung bewirkt allein, dass die Entscheidung in der Folgesache vor deren Rechtskraft vollstreckbar ist, wenn nur gegen diese Entscheidung, nicht aber gegen den Scheidungsausspruch Beschwerde eingelegt wird. Dann wird der Scheidungsausspruch rechtskräftig und § 148 FamFG steht der Wirksamkeit der Entscheidung zum Unterhalt nicht mehr entgegen. Somit ändert die Entscheidung gem. § 116 Abs. 3 Satz 2 FamFG nur die Regelung des § 116 Abs. 3 Satz 1 FamFG ab und nicht die des § 148 FamFG.[3]

Versäumnisbeschlüsse werden von den Gerichten regelmäßig für sofort wirksam erklärt. Zu beachten ist, dass nach Einspruch und Aufhebung des Versäumnisbeschlusses, in dem die sofortige Wirksamkeit der Entscheidung

1 Keidel/*Weber*, 18. Aufl., § 120 FamFG Rz. 16.
2 Ehinger/*Griesche*/Rasch, Handbuch Unterhaltsrecht, 7. Aufl., Rz. K 2563; *Giers* in Kindl/Meller-Hannich/Wolf, Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung, 2. Aufl., FamFG Rz. 67.
3 Ehinger/*Griesche*/Rasch, Handbuch Unterhaltsrecht, 7. Aufl., Rz. K 258; *Giers* in Kindl/Meller-Hannich/Wolf, Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung, 2. Aufl., FamFG Rz. 58.

angeordnet wurde, die Zwangsvollstreckung gem. § 775 Nr. 1 ZPO einzustellen ist, ohne dass es in dem aufhebenden Beschluss einer Anordnung der sofortigen Wirksamkeit bedarf. Wenn der Versäumnisbeschluss nach Einspruch des Schuldners aufrechterhalten bleibt und diese Entscheidung nicht für sofort wirksam erklärt wird, ist die Zwangsvollstreckung ebenfalls gem. § 775 Nr. 1 ZPO einzustellen.[4]

3. Anordnung der sofortigen Wirksamkeit

Über die Anordnung der sofortigen Wirksamkeit entscheidet das Gericht **von Amts wegen**.

Beraterhinweis

Ein **Antrag** kann dennoch sinnvoll sein, damit dieser Teil der Entscheidung nicht versehentlich unterbleibt. Dieser Antrag kann sich auf einen Satz beschränken: „Es wird beantragt, die sofortige Wirksamkeit der Endentscheidung anzuordnen."

Wichtig: Nach Einspruch des Schuldners ist dem Gläubiger ein Antrag, die sofortige Wirksamkeit anzuordnen, besonders zu empfehlen, weil es wie oben ausgeführt dafür nicht ausreicht, den Versäumnisbeschluss aufrecht zu erhalten, ohne diese Entscheidung ihrerseits für sofort wirksam zu erklären.

Denn eine ausdrückliche gesetzliche Regelung für den Fall, dass das Gericht über die sofortige Wirksamkeit **versehentlich nicht entschieden** hat, enthält das FamFG nicht. Der Antragsteller wird dann bei dem AG gem. §§ 120 Abs. 1 FamFG, 716, 321 ZPO innerhalb von zwei Wochen nach Zustellung des Beschlusses dessen **Ergänzung** beantragen können.[5] In der 2. Instanz kommen nach einer Ansicht ein **Antrag auf Vorabscheidung** §§ 120 Abs. 1 FamFG, 718 ZPO[6] oder die **Anordnung der sofortigen Wirksamkeit durch einstweilige Anordnung** gem. § 64 Abs. 3 FamFG in Betracht.[7] Nach anderer Auffassung ist das Beschwerdegericht dagegen nicht befugt, die in erster Instanz unterbliebene Entscheidung zur sofortigen Wirksamkeit nachzuholen.[8]

4. Unanfechtbarkeit der Anordnung

Die Anordnung der sofortigen Wirksamkeit ist **nicht anfechtbar**.[9] Anträge auf **Aufhebung der sofortigen Wirksamkeit** gem. §§ 120 Abs. 1 FamFG, 718 ZPO wurden bisher in der veröffentlichten Rechtsprechung mit der Begründung abgelehnt, § 120 Abs. 2 Satz 3 FamFG enthalte mit dem Verweis auf §§ 707 Abs. 1, 719 Abs. 1 ZPO eine spezielle Regelung, die den Rückgriff über § 120 Abs. 1 FamFG auf die allgemeine Regelung des § 718 ZPO ausschließe.[10]

5. Schadensersatz

Wenn die sofortige Wirksamkeit angeordnet ist, kann aus dem Beschluss wie aus einem vorläufig vollstreckbaren Urteil vollstreckt werden.[11] Die Anordnung einer Sicherheitsleistung sieht das Gesetz nicht vor.[12] Damit ist der Schuldner weitgehend schutzlos, wenn der Gläubiger aus dem sofort wirksamen Beschluss vollstreckt und dieser in 2. Instanz ganz oder teilweise aufgehoben wird. Er kann **allenfalls** einen **Anspruch auf Schadensersatz nach §§ 120 Abs. 1 FamFG, 717 Abs. 2 ZPO** geltend machen,[13] dessen Vollstreckung jedoch häufig an der Vermögenslosigkeit des Schuldners scheitern wird.[14]

III. Einstellung der Vollstreckung

1. Einstellung in 1. Instanz

Da die Anordnung der sofortigen Wirksamkeit nicht anfechtbar ist und auch nicht auf anderem Wege in der 2. Instanz korrigiert werden kann, bleibt dem Schuldner zum Schutz vor der Vollstreckung nur der Antrag, die Einstellung der Vollstreckung anzuordnen. Die Einstellung ist in **§ 120 Abs. 2 Satz 2 FamFG** geregelt, wonach das Gericht auf Antrag des Verpflichteten die Vollstreckung vor Eintritt der Rechtskraft in der Endentscheidung einzustellen oder zu beschränken hat, wenn dieser glaubhaft macht, dass die Vollstreckung ihm einen nicht zu ersetzenden Nachteil bringen würde.

Beraterhinweis

Der **Antrag** ist bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung zu stellen.[15]

Voraussetzung ist ein durch die Vollstreckung drohender **nicht zu ersetzender Nachteil**. Welche Anforderungen daran zu stellen sind, ist in Rechtsprechung und Literatur streitig. Eine Auffassung orientiert sich an der Auslegung von § 719 Abs. 2 ZPO durch den BGH.[16] Danach liegt ein

---

4 BGH v. 1.8.2013 – VII ZB 1/13, FamRZ 2013, 1731 = FamRB 2013, 397.

5 OLG Bamberg v. 22.6.2012 – 2 UF 296/11, FamRZ 2013, 481 = FamRB 2013, 112; Prütting/*Helms*, 3. Aufl., § 116 FamFG Rz. 30; Keidel/*Weber*, 18. Aufl., § 116 FamFG Rz. 17.

6 KG v. 9.5.2014 – 18 UF 43/13, FamRZ 2014, 1934; OLG Bamberg v. 22.6.2012 – 2 UF 296/11, FamRZ 2013, 481 = FamRB 2013, 112; OLG München v. 19.6.2013 – 12 UF 98/13, NJW-RR 2014, 194; Prütting/*Helms*, 3. Aufl., § 116 FamFG Rz. 30; Keidel/*Weber*, 18. Aufl., § 116 FamFG Rz. 17; Thomas/Putzo/*Hüßtege*, 35. Aufl., § 117 FamFG Rz. 12.

7 OLG Bamberg v. 22.6.2012 – 2 UF 296/11, FamRZ 2013, 481 = FamRB 2013, 112; Prütting/*Helms*, 3. Aufl., § 116 FamFG Rz. 30; Keidel/*Sternal*, 18. Aufl., § 64 FamFG Rz. 58b; Musielak/*Borth*/Grandel, Familiengerichtliches Verfahren, 4. Aufl., § 64 FamFG Rz. 9.

8 OLG Karlsruhe v. 28.2.2013 – 18 UF 363/12, juris.

9 Prütting/*Helms*, 3. Aufl., § 116 FamFG Rz. 30; Thomas/Putzo/*Hüßtege*, 35. Aufl., § 116 FamFG Rz. 12.

10 OLG Karlsruhe v. 20.8.2013 – 18 UF 151/13, FamRZ 2014, 869 = FamRB 2014, 139; OLG München v 19.6.2013 – 12 UF 98/13, NJW-RR 2014, 194; a.A. Keidel/*Weber*, 18. Aufl., § 116 FamFG Rz. 17.

11 Keidel/*Weber*, 18. Aufl., § 116 FamFG Rz. 17.

12 *Giers* in Kindl/Meller-Hannich/Wolf, Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung, 2. Aufl., FamFG Rz. 69.

13 Prütting/*Helms*, 3. Aufl., § 120 FamFG Rz. 3 Keidel/*Weber*, 18. Aufl., § 120 FamFG Rz. 18.

14 *Giers* in Kindl/Meller-Hannich/Wolf, Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung, 2. Aufl., FamFG Rz. 71.

15 Prütting/*Helms*, 3. Aufl., § 120 FamFG Rz. 10; Keidel/*Weber*, 18. Aufl., § 120 FamFG Rz. 14.

16 BGH v. 30.1.2007 – X ZR 147/06, FamRZ 2007, 554 = MDR 2007, 737.

nicht zu ersetzender Nachteil schon dann vor, wenn der Gläubiger im Fall der Aufhebung oder Abänderung des Vollstreckungstitels voraussichtlich wegen Mittellosigkeit nicht in der Lage sein wird, den beigetriebenen Geldbetrag zurückzuzahlen.[17] Dabei sind allerdings auch die zukünftigen Erwerbsmöglichkeiten des Gläubigers zu berücksichtigen.[18] Unterschiedlich sind die Anforderungen, die innerhalb dieser Ansicht an die Darlegung der Voraussetzungen gestellt werden. Während teilweise eine eingehend begründete Glaubhaftmachung verlangt wird,[19] genügt nach einer anderen Entscheidung der unstreitige Vortrag der Beteiligten.[20]

Einer strengeren Auffassung zufolge genügt es für einen durch die Vollstreckung nicht zu ersetzenden Nachteil nicht bereits, dass überzahlte Unterhaltsbeträge verbraucht und nicht zurückgefordert werden können.[21] Fraglich ist jedoch, unter welchen Umständen die Einstellung dann überhaupt noch in Betracht kommt. In einer der zitierten Entscheidungen wird ausgeführt, es sei erforderlich, dass durch die vorläufige Vollstreckung ein Schaden entstünde, welcher auch bei einem erfolgreichen Rechtsmittel nicht rückgängig gemacht werden könnte.[22] Diese Voraussetzung ist aber an und für sich auch dann gegeben, wenn vollstreckter Unterhalt nicht zurückgezahlt werden kann. Als Beispiel für einen unersetzlichen Nachteil wird die Sperrung des einzigen Geschäftskontos angeführt.[23] Im Übrigen wird angenommen, dass es noch nicht einmal ausreicht, wenn der Arbeitgeber des Vollstreckungsschuldners durch Vollstreckungsmaßnahmen von den Unterhaltsschulden Kenntnis erlangt und dadurch das Verhältnis zum Arbeitgeber und dessen Vertrauen in die Bonität des Schuldners beschädigt wird.[24] Der Unterhaltsschuldner wird bei diesem strengen Maßstab einen nicht zu ersetzenden Nachteil kaum darlegen können[25] mit der Folge, dass nur äußerst selten Anlass zu einer Einstellung besteht und der Schuldner fast jeden Vollstreckungsschaden tragen muss. Diese Ansicht ist somit erheblichen Bedenken ausgesetzt, weil letztlich nur ein sehr schmaler Anwendungsbereich für die Einstellung nach § 120 Abs. 2 Satz 2 FamFG bleibt.

Beraterhinweis

Auf jeden Fall muss der Antragsteller das Vorliegen des nicht zu ersetzenden Nachteils eingehend begründen. **Formularmäßige Einstellungsanträge** (wie beim Einspruch gegen eine Versäumnisentscheidung üblich) haben **keine Erfolgsaussicht**.

Liegen nach Ansicht des **Gerichts** die Voraussetzungen des § 120 Abs. 2 Satz 2 FamFG vor, so hat dieses die Vollstreckung einzustellen. Ein **Ermessen** besteht insoweit **nicht**.[26] Allerdings muss das Gericht dem Gesetzeswortlaut folgend eine widersinnige Entscheidung treffen: Im Tenor des Beschlusses ist zunächst die sofortige Wirksamkeit anzuordnen, um sodann die Vollstreckung wieder einzustellen oder zu beschränken. Sinnvoller erscheint es in diesem Fall, die sofortige Wirksamkeit von vornherein nicht oder nur beschränkt anzuordnen.[27]

Nicht eindeutig geklärt ist allerdings, was unter der **Beschränkung** der Vollstreckung zu verstehen ist. Zulässig ist auf jeden Fall die Einstellung der Vollstreckung über einen bestimmten Betrag hinaus oder der Ausschluss bestimmter Vollstreckungsmaßnahmen.[28] **Umstritten** ist dagegen, ob auch die Einstellung gegen **Sicherheitsleistung** in Betracht kommt. Eine Auffassung nimmt an, dass eine Sicherheitsleistung nicht angeordnet werden kann, weil diese Maßnahme im Gesetzeswortlaut nicht vorgesehen ist.[29] Nach anderer Ansicht können Sicherheitsleistungen durch den Schuldner oder Gläubiger durchaus angeordnet werden.[30] Gegen die Zulassung einer Sicherheitsleistung spricht, dass diese in § 120 Abs. 2 Satz 2 FamFG nicht ausdrücklich erwähnt ist. Sie ist aber im Unterschied zu

---

17 OLG Düsseldorf v. 28.1.2013 – II-7 UF 230/12, FamRZ 2014, 870; OLG Frankfurt v. 12.3.2010 – 2 UF 362/09, FamRZ 2010, 1370; OLG Bremen v. 21.9.2010 – 4 UF 94/10, FamRZ 2011, 322 = FamRB 2011, 48; OLG Hamm v. 2.2.2011 – II-8 UF 15/11, FamRZ 2011, 1317; v. 1.3.2011 – II-8 UF 40/11, FamRZ 2011, 1678; OLG Rostock v. 7.3.2011 – 10 UF 219/10, FamRZ 2011, 1679; OLG Stuttgart v. 2.10.2013 – 18 UF 201/13, FamRZ 2014, 868; Prütting/*Helms*, 3. Aufl., § 120 FamFG Rz. 7; Thomas/Putzo/*Seiler*, 35. Aufl., § 120 FamFG Rz. 6; Horndasch/Viefhues/*Roßmann*, 3. Aufl., § 120 FamFG Rz. 12; *Kemper*/Schreiber, Familienverfahrensrecht, 2. Aufl., § 120 FamFG Rz. 9; Beckscher online Kommentar FamFG/*Nickel* § 120 Rz. 10d; Ehinger/*Griesche*/Rasch, Handbuch Unterhaltsrecht, 7. Aufl., Rz. M 13; *Giers* in Kindl/Meller-Hannich/Wolf, Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung, 2. Aufl., FamFG Rz. 77.

18 OLG Hamm v. 1.3.2011 – II-8 UF 40/11, FamRZ 2011, 1678.

19 OLG Bremen v. 21.9.2010 – 4 UF 94/10, FamRZ 2011, 322 = FamRB 2011, 48.

20 OLG Frankfurt v. 12.3.2010 – 2 UF 362/09, FamRZ 2010, 1370.

21 OLG Hamburg v. 26.4.2012 – 2 UF 48/12, FamRB 2012, 279; OLG Hamm v. 7.9.2010 – II-11 UF 155/10, FamRZ 2011, 589; v. 30.9.2011 – II-10 UF 196/11, FamRZ 2012, 730; v. 16.4.2013 – 3 UF 9/13, juris; OLG Brandenburg v. 20.12.2013 – 13 UF 225/13, FamRZ 2014, 866 = FamRB 2014, 261 den laufenden Unterhalt betreffend; Keidel/*Weber*, 18. Aufl., § 120 FamFG Rz. 17; Bork/Jacoby/Schwab/*Löhnig*, 2. Aufl., § 120 FamFG Rz. 7.1; *Schulte-Bunert*/Weinreich, 4. Aufl., § 120 FamFG Rz. 4b.

22 OLG Hamm v. 7.9.2010 – II-11 UF 155/10, FamRZ 2011, 589.

23 OLG Brandenburg v. 20.12.2013 – 13 UF 225/13, FamRZ 2014, 866 = FamRB 2014, 261.

24 OLG Hamburg v. 26.4.2012 – 2 UF 48/12, FamRB 2012, 279.

25 Beckscher online Kommentar FamFG/*Nickel*, § 120 Rz. 10b; Musielak/*Borth*/Grandel, Familiengerichtliches Verfahren, 4. Aufl., § 120 FamFG Rz. 4.

26 Bork/Jacoby/Schwab/*Löhnig*, 3. Aufl., § 120 FamFG Rz. 10.

27 Keidel/*Weber*, 18. Aufl., § 120 FamFG Rz. 15.

28 Prütting/*Helms*, 3. Aufl., § 120 FamFG Rz. 6; Keidel/*Weber*, 18. Aufl., § 120 FamFG Rz. 14a.

29 Prütting/*Helms*, 3. Aufl., § 120 FamFG Rz. 8; Keidel/*Weber*, 18. Aufl.. § 120 FamFG Rz. 14a; Thomas/Putzo/*Seiler*, 35. Aufl., § 120 FamFG Rz. 6; Musielak/*Borth*/Grandel, Familiengerichtliches Verfahren, 4. Aufl., § 120 FamFG Rz. 3; Horndasch/Viefhues/*Roßmann*, 3. Aufl., § 120 FamFG Rz. 12; *Schulte-Bunert*/Weinreich, 4. Aufl., § 120 FamFG Rz. 5; ; Ehinger/*Griesche*/Rasch, Handbuch Unterhaltsrecht, 7. Aufl., Rz. M 14.

30 Ausführlich Bahrenfuss/*Blank*, 2. Aufl., § 120 FamFG Rz. 5c; Meysen/Ballhof/Finke/Kindermann/Niepmann/*Rakete-Dombek*/Stötzel, Das Familienverfahrensrecht, Abschn. 1 Rz. 5 u. 6; *Rakete-Dombek*/*Türck-Brocker*, NJW 2009, 2769 (2772); Ehinger/*Griesche*/Rasch, Handbuch Unterhaltsrecht, 7. Aufl., Rz. 791; Gerhardt/v. Heintschel-Heinegg/Klein/*Perleberg-Kölbel*, Handbuch des FAFamR, 9. Aufl., Kap. 18 Rz. 58; *Giers* in Kindl/Meller-Hannich/Wolf, Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung, 2. Aufl., FamFG Rz. 78.

§ 62 Abs. 1 Satz 4 ArbGG und damit im Unterschied zu der Vorschrift, der § 120 Abs. 2 Satz 2 FamFG nachgebildet ist, auch nicht ausdrücklich ausgeschlossen. Daher kann der Begriff der Beschränkung durchaus in dem Sinne ausgelegt werden, dass die Vollstreckung entweder von einer Sicherheitsleistung abhängig gemacht oder durch Sicherheitsleistung abgewendet werden darf. Der Feststellung, die Anordnung einer Sicherheitsleistung komme seit Inkrafttreten des FamFG nicht mehr in Betracht,[31] kann daher nicht zugestimmt werden. Vielmehr vermag die Sicherheitsleistung dazu zu dienen, die Härten des oben beschriebenen „Alles-oder-Nichts-Prinzips" ein wenig abzumildern. Im Gegensatz zu einem Tenor, mit dem die sofortige Wirksamkeit erst angeordnet wird, um die Vollstreckung sogleich vorbehaltlos wieder einzustellen, ergibt die Anordnung der sofortigen Wirksamkeit im Zusammenhang mit der Notwendigkeit einer Sicherheitsleistung oder einer entsprechenden Abwendungsbefugnis im Übrigen durchaus einen Sinn.

2. Einstellung in 2. Instanz

Die Verweisung in § 120 Abs. 2 Satz 3 FamFG auf § 719 Abs. 1 ZPO hat zur Folge, dass auch das **Beschwerdegericht** die Einstellung der Zwangsvollstreckung anordnen kann. Dem Beschwerdegericht ist also ein **Ermessen** eingeräumt.[32] Voraussetzung dafür ist wie in 1. Instanz, dass die Vollstreckung dem Verpflichteten einen **nicht zu ersetzenden Nachteil** bringen würde. Davon ist im Beschwerdeverfahren nur auszugehen, wenn für die Beschwerde Erfolgsaussichten bestehen.[33]

Überwiegend wird angenommen, dass der Einstellungsantrag in 2. Instanz noch gestellt werden kann, wenn **in 1. Instanz kein entsprechender Antrag erfolgt** ist.[34] Nach anderer Ansicht ist ein Antrag auf Einstellung der Vollstreckung nach § 64 Abs. 3 FamFG unzulässig, wenn der Schuldner es versäumt hat, erstinstanzlich einen Antrag nach § 120 Abs. 2 Satz 2 FamFG zu stellen und die Gründe hierfür bereits erstinstanzlich hätten vorgebracht werden können.[35] Dafür wird angeführt, dass die Grundentscheidung über das Zurücktreten der Vorrangigkeit des Vollstreckungsinteresses des Gläubigers grundsätzlich in derjenigen Instanz zu erfolgen hat, die allgemein über die Vollstreckbarkeit zu befinden und sich insoweit auch bereits mit der Sach- und Rechtslage ausführlich befasst hat.[36] Dagegen spricht aber, dass wie ausgeführt Voraussetzung für die Einstellung gem. § 120 Abs. 2 Satz 3 FamFG auch die Erfolgsaussicht des Rechtsmittels ist. Diese Prüfung kann in 1. Instanz gar nicht vorgenommen werden, weil dieses Gericht nicht von einem Erfolg der gegen die eigene Entscheidung gerichteten Beschwerde ausgehen wird.

Streitig ist, ob dem Beschwerdegericht die Möglichkeit eröffnet ist, die Vollstreckung gegen oder ohne **Sicherheitsleistung** einstweilen einzustellen oder nur gegen Sicherheitsleistung stattfinden zu lassen und anzuordnen, dass die Vollstreckungsmaßregeln gegen Sicherheitsleistung aufzuheben sind. Dies wird von einer Ansicht angenommen, weil § 120 Abs. 2 Satz 3 FamFG auf die §§ 719 Abs. 1 Satz 1, 707 ZPO verweist und dort entsprechende Einstellungsmöglichkeiten ausdrücklich vorgesehen sind.[37] Die Gegenmeinung, deren Vertreter auch in 1. Instanz keine Sicherheitsleistung zulassen wollen, macht hinsichtlich der Zulassung der Sicherheitsleistung in 2. Instanz keine Unterschiede. Zur Begründung wird angeführt, § 120 Abs. 3 Satz 2 FamFG erlaube die Einstellung nur unter denselben Voraussetzungen wie bei Vorliegen des § 120 Abs. 2 Satz 2 FamFG und damit ohne Anordnung einer Sicherheit.[38]

3. Einstellung durch Rechtsbeschwerdegericht

Die Einstellung der Zwangsvollstreckung im Rechtsbeschwerdeverfahren ist in § 120 Abs. 2 FamFG nicht ausdrücklich vorgesehen, da die Vorschrift nur auf § 719 Abs. 1 ZPO verweist. Der **BGH** leitet die Befugnis zur Einstellung aus der allgemeinen Verweisung auf die Vollstreckung nach der ZPO in § 120 Abs. 1 FamFG her, die auch die Einstellung nach § 719 Abs. 2 ZPO erfassen soll.[39] Die Einstellung nach § 719 Abs. 2 ZPO im Fall der Revision scheidet aus, wenn der Schuldner es **in 2. Instanz versäumt** hat, die Einstellung der Zwangsvollstreckung gem. § 712 ZPO zu beantragen.[40] Dies gilt auch für die Einstellung in Familiensachen bei Einlegung der Rechtsbeschwerde. Wenn der Antragsgegner in der Beschwerdeinstanz keinen Antrag nach § 120 Abs. 2 Satz 3 FamFG gestellt hat, wird der BGH einem erstmals in der Rechtsbeschwerdeinstanz gestellten Schutzantrag im Regelfall nicht entsprechen.[41]

---

31 *Griesche*, FamRB 2011, 260 (262).

32 Bork/Jacoby/Schwab/*Löhnig*, 3. Aufl., § 120 FamFG Rz. 13.

33 OLG Düsseldorf v. 28.1.2013 – II-7 UF 230/12, FamRZ 2014, 870; OLG Hamm v. 2.2.2011 – II-8 UF 15/11, FamRZ 2011, 1317; OLG Rostock v. 7.3.2011 – 10 UF 219/10, FamRZ 2011, 1679; Prütting/*Helms*, 3. Aufl., § 120 FamFG Rz. 11; Bork/Jacoby/Schwab/*Löhnig*, 3. Aufl., § 120 FamFG Rz. 13; Horndasch/Viefhues/*Roßmann*, 3. Aufl., § 120 FamFG Rz. 12.

34 OLG Hamburg v. 26.4.2012 – 2 UF 48/12, FamRB 2012, 279; OLG Bremem v. 21.9.2010 – 4 UF 94/10, FamRZ 2011, 322 = FamRB 2011, 48; OLG Düsseldorf v. 28.1.2013 – II-7 UF 230/12, FamRZ 2014, 870; Keidel/*Weber*, 18. Aufl., § 120 FamFG Rz. 14; Thomas/Putzo/*Seiler*, 35. Aufl., § 120 FamFG Rz. 7; Musielak/*Borth*/Grandel, Familiengerichtliches Verfahren, 4. Aufl., § 120 FamFG Rz. 4; *Giers* in Kindl/Meller-Hannich/Wolf, Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung, 2. Aufl., FamFG Rz. 87.

35 OLG Hamm v. 1.3.2011 – II-8 UF 40/11, FamRZ 2011, 1678; OLG Frankfurt v. 22.2.2011 – 3 UF 460/10, FamRZ 2011, 576; Bork/Jacoby/Schwab/*Löhnig*, 3. Aufl., § 120 FamFG Rz. 12.

36 OLG Frankfurt v. 22.2.2011 – 3 UF 460/10, FamRZ 2011, 576.

37 OLG Frankfurt v. 12.3.2010 – 2 UF 362/09, FamRZ 2010, 1370; Keidel/*Weber*, 18. Aufl., § 120 FamFG Rz. 18a; Thomas/Putzo/*Seiler*, 35. Aufl., § 120 FamFG Rz. 7; *Giers* in Kindl/Meller-Hannich/Wolf, Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung, 2. Aufl., FamFG Rz. 85.

38 Prütting/*Helms*, 3. Aufl., § 120 FamFG Rz. 11; *Schulte-Bunert*/Weinreich, 4. Aufl., § 120 FamFG Rz. 5; *Griesche*, FamRB 2011, 260 (261).

39 BGH v. 26.6.2013 – XII ZB 19/13, FamRZ 2013, 1299 = FamRB 2013, 285.

40 St. Rspr., z.B. BGH v. 6.4.2011 – XII ZR 111/1, FamRZ 2011, 884.

41 BGH v. 26.6.2013 – XII ZB 19/13, FamRZ 2013, 1299 = FamRB 2013, 285.

IV. Vollstreckung aus einstweiligen Anordnungen

Für einstweilige Anordnungen gelten die §§ 116, 120 FamFG nicht. Eine einstweilige Anordnung wird **sofort wirksam**[42] und damit vollstreckbar. Die **Einstellung** der Vollstreckung kommt **nur unter den Voraussetzungen des § 55 FamFG** in Betracht. Da die Beschwerde gegen eine einstweilige Anordnung in einer Unterhaltssache nicht statthaft ist, kann die Einstellung nur in den Fällen eines Antrags auf Aufhebung bzw. Abänderung der Entscheidung oder Neuentscheidung nach mündlicher Verhandlung gem. § 54 Abs. 1 und 2 FamFG beantragt werden.

42 OLG Hamm v. 6.11.2011 – II-8 WF 322/10, FPR 2011, 232 = FamRB 2011, 178.

Kollisionsrecht der Ehescheidung und der Scheidungsfolgen bei Antragstellung nach dem 21.6.2012 im Verhältnis zur Türkei – Nachträge und Ergänzungen

von Priv.-Doz. Dr. Peter Finger, FAFamR und Mediator, Frankfurt/M.

Auch im Verhältnis zur Türkei bringen wir im Scheidungsverfahren, falls der Antrag nach dem 21.6.2012 beim deutschen Familiengericht eingereicht worden ist, die Vorschriften der VO (EU) 1259/2010, sog. Rom III-VO, zur Anwendung, obwohl sie an der europäischen Gesetzgebung nicht teilnimmt und der EU nicht angehört. So wird häufig deutsches Aufenthaltsrecht maßgeblich, Art. 8. Für die Scheidungsfolgen gelten dagegen unsere bisherigen Bestimmungen fort, also insbesondere Art. 15 EGBGB für ehegüterrechtliche Beziehungen, Art. 17 Abs. 3 EGBGB für den Versorgungsausgleich und die Regeln des MSA bzw. des KSÜ (Kinderschutzübereinkommen) für die elterliche Sorge, während Art. 18 EGBGB (Unterhalt) aufgehoben und ersetzt ist durch die EuUntVO bzw. das HUP, die aber im Verhältnis zur Türkei gerade nicht wirksam werden. Türkisches Scheidungsrecht weicht in manchen Punkten vom deutschen Recht ab. Deshalb ist die Anerkennung eines deutschen Scheidungsbeschlusses in der Türkei nicht immer gesichert. Rechtswahl, vorrangig nach Art. 5, schließt im Ergebnis und eher unerwartet türkisches Unterhaltsrecht ein, eine Folge, die der Antragsteller/die Antragstellerin in seine/ihre Überlegungen einbeziehen muss. Im Anschluss an den ersten Überblick FamRBint 2013, 37 folgen weitere Nachträge und Ergänzungen des Verfassers.

I. Einleitung

1. VO Nr. 1259/2010; Antragstellung nach dem 21.6.2012

Bei Antragstellung nach dem 21.6.2012 beim dt. FamG bringen wir im Scheidungsverfahren mit Auslandsbezug die Vorschriften der VO Nr. 1259/2010 zur Anwendung (**Rom III**), die zwischen den teilnehmenden Mitgliedsstaaten als Verstärkte Zusammenarbeit ergangen sind, weil sich nicht alle, die sich sonst an der europ. Gesetzgebung beteiligen, zur Mitwirkung entschließen konnten. Ihre Regeln gelten nicht nur für Angehörige der teilnehmenden Staaten oder der Staaten der europ. Gesetzgebung bzw. der EU, sondern für alle, die die Voraussetzungen im Einzelnen erfüllen, durchgängig also durch ihre gewöhnliche Aufenthaltsnahme bei uns, wenn sie ihr Verfahren bei dt. Gerichten führen wollen, bzw. gewöhnliche Aufenthaltsnahme in einem anderen Mitgliedstaat, wenn sie dort Scheidung verlangen. **Vorrangig** können die Beteiligten ihr **Recht wählen**. **Art. 5**. Dabei kann das gewählte Recht auch das Recht eines **dritten Staates** sein, universelle Geltung, **Art. 4**. Fehlen solche Absprachen, wird die **Anknüpfungsleiter** aus **Art. 8** maßgeblich, die auf den gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt der Eheleute abstellt, erste Wertigkeit, auf den letzten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt, zweite Priorität, wenn sich ein Gatte noch dort aufhält und der Umzug des anderen nicht länger als ein Jahr zurückliegt, auf ihre Staatsangehörigkeit, aber erst an dritter Stelle, und zuletzt auf die **lex fori**. Manchmal wechselt so die Rechtsanwendung mit „irritierender Flüchtigkeit“,[1] weil in kurzer Abfolge erst Recht A, dann Recht B und schließlich kaum später Recht C[2] Grundlage für die Scheidung wird, das mit den ehelichen Lebensverhältnissen der Eheleute bisher keinerlei Verbindung gehabt haben muss.[3]

1 *Gruber*, IPrax 2013, 381 (387).

2 Giovanni ist mit Roberta verheiratet, beide Italiener. Roberta zieht um. Dann bleibt ital. Recht für die Ehescheidung im Gerichtsverfahren in Deutschland maßgeblich, selbst wenn Roberta sich bereits länger als ein Jahr hier aufhält, zunächst als letztes gemeinsames Aufenthaltsrecht, dann als Recht der gemeinsamen Staatsangehörigkeit. Ist der Ehemann österr. Staatsangehöriger (Marco), wird ein Jahr nach dem Umzug nach Deutschland dagegen dt. Recht als lex fori bestimmend, und nach einem nochmaligen Umzug von Roberta etwa nach Spanien, die allerdings dort dann auch int. Zuständigkeiten finden muss, span. Recht, vgl. auch Fn. 3.

3 Verzieht Roberta weiter nach Teneriffa, werden nach den üblichen Fristen aus der VO Nr. 2201/2003 – ein Jahr, denn Roberta ist Italienerin und nicht span. Staatsangehörige, für die nur eine Aufenthaltsdauer von 6 Monaten einzuhalten wäre – span. Gerichte internat. zuständig, die dann auch span. Recht als lex fori heranziehen, denn Spanien gehört zu den Mitgliedsstaaten der VO Nr. 1259/2010.

2. Scheidungsfolgen

Scheidungsfolgen (dazu ausführlich unter III.) sind dagegen nicht einbezogen, also Güterrecht, Unterhalt, Versorgungsausgleich und elterliche Sorge (bzw. Umgangsbefugnisse). Für **Unterhaltspflichten** ergeben sich gerade im Verhältnis zur Türkei Besonderheiten, die bei der Wahl des Scheidungsstatuts zu beachten sind, **weil türk. Scheidungsrecht**, gewählt oder maßgeblich über Art. 8, **türk. Unterhaltsrecht nach sich zieht**, früher auch bei uns durch Art. 18 Abs. 4 EGBGB als inländische Ausprägung des HUÜ festgelegt auf das für die Scheidung **tatsächlich angewandte Recht**. Wenden wir dt. Aufenthaltsrecht im Scheidungsverfahren an, Art. 8a, müssen die Eheleute, wenn sie sich über die Scheidung einig sind, ein Jahr warten, §§ 1565, 1566 BGB, anders Art. 166 Abs. 1 und 3 türk.ZGB (dazu II. 2. d). Andererseits hat der **weniger schuldige** Gatte bei uns kein **Widerspruchsrecht** wie das in der Türkei für ihn vorgesehen ist, Art. 166 Abs. 2 und 3. türk.ZGB (dazu II. 5.), so dass die **Anerkennung** des Scheidungsbeschlusses aus Deutschland in der Türkei nicht immer gesichert ist (dazu II. 3. e).

3. Bisherige Rechtsanwendung, Art. 17, 14 EGBGB

Jedenfalls leiten wir die Rechtsanwendung für die Ehescheidung nicht wie bisher aus Art. 17, 14 EGBGB und damit bei Türken im Wesentlichen aus der gemeinsamen Staatsangehörigkeit ab, türk. Recht mit erster Wertigkeit. Ihre letzte gemeinsame Staatsangehörigkeit (etwa zur Türkei) spielt, wenn einer von ihnen gewechselt hat, ohnehin keine Rolle mehr. Auch das war früher anders. Vorrangig wird gewähltes Recht; danach kommt Aufenthaltsrecht – häufig also dt. Recht – zum Zuge.

II. Trennung; Umwandlung der Trennung in eine Scheidung, Art. 9 – Scheidung; Anerkennung des dt. Scheidungsbeschlusses in der Türkei

1. Art. 1 Abs. 1 VO Nr. 1259/2010

Nach Art. 1 Abs. 1 VO Nr. 1259/2010[4] gelten die besonderen Bestimmungen „für die **Ehescheidung** und die **Trennung** ohne **Auflösung** des **Ehebandes** in Fällen, die eine Verbindung zum Recht verschiedener Staaten aufweisen“, **Auslandsbezug**. Erfasst sind damit neben der **Trennung** die **Scheidung** und die **Aufhebung** der Ehe, aber auch ihre **Nichtigerklärung**, die bei uns so nicht mehr vorgesehen ist, bzw. die Feststellung ihres Bestehens oder Nichtbestehens, **nicht** aber die einfache **Eheherstellung**. In Deutschland muss die Ehescheidung durch ein Gericht vorgenommen werden, § 1564 Satz 1 BGB, Art. 17 Abs. 2 EGBGB, während sonstige Erklärungen bei anderen Stellen nicht ausreichen, etwa bei/vor einem Geistlichen, Angaben im ausländischen Konsulat u.Ä. Aber wir entscheiden lediglich für uns und legen andere nicht fest, die die Dinge jeweils für sich regeln und eigene Folgen herstellen können. Für die Eheschließung ist in Deutschland der Standesbeamte zuständig. Falsche Vorstellungen der Beteiligten sind dabei ohne Bedeutung, denn maßgeblich ist allein die rechtliche Wertung, die wir vorgenommen haben (vgl. im Übrigen gleich 2.). Im Ausland können die Wirkungen wiederum anders ausfallen bzw. eingeschätzt werden, **hinkende Ehen**, **hinkende Ehescheidungen,** denn dort kann eine etwa vor einem Imam geschlossene Ehe wirksam sein, selbst wenn sie das bei uns nicht ist. Ausländer, die bei uns heiraten wollen, müssen ein **Ehefähigkeitszeugnis** ihres Heimatstaates vorlegen, aus dem sich ergibt, dass sie nach dessen Vorstellungen die Ehe schließen können und nicht (etwa) durch eine noch bestehende eheliche Verbindung gehindert sind. Allerdings sind Ausnahmen vorgesehen, wenn sie eine solche Bestätigung selbst mit zumutbaren Anstrengungen nicht beibringen können, vgl. dazu § 1309 Abs. 2 BGB. Andere handhaben die Dinge von vorneherein anders, etwa **Dänemark**, das kein solches Zeugnis verlangt. Ehen, die dann dort so geschlossen sind, sind aus unserer Sicht „ohne weiteres“ und ohne besonderes Anerkennungsverfahren rechtsgültig, denn wir zählen diesen „Mangel“ zur **Form** der Eheschließung, für die ausreicht, dass Vorgaben des **Ortsrechts** eingehalten sind, **Art. 11 EGBGB**. Sachliche **Hindernisse**, die nicht behoben sind, oder andere **Fehlerhaftigkeiten** beurteilen wir dagegen nach unseren Vorschriften, insbesondere nach Art. 13 EGBGB. Sie sind durch die sonst wirksame Heirat in einem anderen Land jedenfalls nicht „geheilt“. Ist eine Ehe im Ausland geschieden, muss die Entscheidung bei uns in einem besonderen Verfahren anerkannt werden, vgl. **§ 107 FamFG**. Zuständig ist der OLG-Präsident/die OLG-Präsidentin oder die Landesjustizverwaltung nach den Regelungen in den einzelnen Bundesländern. Ausnahmen gelten allein für Anordnungen des Gerichts oder der Behörde eines Staates, dem die Ehegatten bei der Ehescheidung **gemeinsam** angehört haben,[5] § 107 Abs. 1 Satz 2 FamFG.

---

4 Übersicht über die früheren Abläufe und die teilnehmenden Mitgliedsstaaten bei *Althammer*, Vorbem. zur Rom 3-VO Rz. 5. Litauen ist inzwischen beigetreten; dort gilt die VO Nr. 1259/2010 seit 22.5.2014. Griechenland hat sich nach Schwankungen nun doch entschlossen, an der Verstärkten Zusammenarbeit im Scheidungskollisionsrecht teilzunehmen, Anwendung der Verordnung in Griechenland vom 29.7.2015 an, dazu Beschl. der Kommission v. 27.1.2014, ABl. EU 2014 Nr. L S. 23.

5 Vgl. dazu OLG Hamburg v. 14.4.2014 – 2 W 17/11, FamRZ 2014, 1563 = FamRB 2014, 336 mit Anm. *Finger* für (ursprünglich) Türken, die zur Zeit des Gerichtsbeschlusses dort nicht mehr gemeinsam türk. Staatsangehörige waren, weil die Frau neben der türk. auch die dt. Staatsangehörigkeit besaß, Doppelstaatsangehörigkeit, wobei sonst die effektive oder aus unserer Sicht die dt. Staatsangehörigkeit den Ausschlag gibt, Art. 5 Abs. 1 S. 2 EGBGB, dazu Keidel/*Zimmermann*, 18. Aufl., § 107 FamFG Rz. 19 mit Nachw.; zu den sachlichen Voraussetzungen der Anerkennung – nicht „révision au fond“ im Anerkennungsverfahren, insbesondere für die Frage, ob das entscheidende Gericht das aus unserer Sicht „richtige Recht“ herangezogen hat – § 109 Abs. 5 FamFG und MünchKomm.FamFG/*Rauscher*, 2. Aufl., § 109 FamFG Rz. 10, so dass sich Grenzen nur aus § 109 FamFG selbst ergeben, insbesondere bei Verletzungen unseres ordre public, dazu OLG Karlsruhe v. 7.11.2013 – 3465/13-1, FamRZ 2014, 791 (für die Türkei – unerheblich für die Anerkennung in Deutschland ist, dass das Scheidungsverfahren in der Türkei nur „fünf Minuten“ gedauert hat oder gedauert haben soll, denn nicht die Zeit ist maßgeblich, sondern die inhaltliche Beschäftigung des Gerichts mit dem Vorbringen der Parteien; manchmal dauert die Verhandlung ja auch in Deutschland nicht länger).

2. Trennung; Umwandlung der Trennung in eine Scheidung, Art. 9 – Scheidung

a) Trennung

In Deutschland begründet die standesamtliche Trauung auch dann eine wirksame Ehe, so dass ein Scheidungsverfahren nach den üblichen Regeln geführt werden muss, um sie aufzulösen, wenn beide Gatten (türk. Abstammung) der Auffassung sind/waren, erst die anschließende **religiöse Trauung** sei wesentlich, um die eheliche Lebensgemeinschaft für sie rechtsgültig zu begründen.[6] Wird dt. Recht Grundlage, müssen sie ein Jahr warten, bevor die Scheidung erfolgen kann, §§ 1565, 1566 Abs. 1 BGB, wenn die Voraussetzungen für eine vorzeitige Ehescheidung aus **Härtegründen** nicht erfüllt sind, dazu § 1565 Abs. 2 BGB. Nach Art. 107 türk.ZGB kann ein Ehegatte, der berechtigt ist, auf Scheidung zu klagen, auch **Trennung** vom anderen verlangen und sich so selbst beschränken, die gerichtlich zu regeln ist, falls die vorgebrachten Gründe für sie erwiesen sind, **Art. 170 Abs. 2 türk.ZGB**, die für ein Jahr oder höchstens drei Jahre ausgesprochen werden kann, Art. 171 Satz 1 türk.ZGB, wobei diese Fristen jeweils mit der Rechtskraft des Trennungsurteils zu laufen beginnen, Satz 2. Danach endet sie ohne weiteres. Haben sich die Beteiligten nicht wieder versöhnt, kann nun jeder von ihnen die Scheidung der Ehe verlangen, Art. 172 Abs. 1 türk.ZGB. Für die Scheidungsfolgen sind „der im ersten Verfahren erwiesene Sachverhalt und die während der Trennungszeit aufgetretenen Umstände zu berücksichtigen", Abs. 2. Ist Trennung beantragt, darf Scheidungsurteil nicht ergehen, Art. 170 Abs. 2 türk. ZGB. Hat ein Gatte Scheidung verlangt, kann das Gericht die Trennung erst aussprechen, wenn die „Wahrscheinlichkeit für ein erneutes Zusammenleben der Gatten besteht", Art. 170 Abs. 3 türk.ZGB. Damit soll vor allem die Ehefrau geschützt werden, denn sie „gewinnt" Zeit, um vielleicht doch noch die Ehe wieder herzustellen oder sich zumindest auf die drohenden Rechtsverluste vorbereiten zu können, vgl. auch Art. 166 Abs. 2 und 4 türk.ZGB. Diese Befugnisse hat sie in Deutschland von vornherein nicht, wenn der Ehemann bei gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt hier und damit nach dt. Recht Scheidungsantrag stellt, für den, Art. 8a VO Nr. 1259/2010, §§ 1565, 1566 Abs. 1 BGB Grundlage werden. Ob gerichtliche Trennung als eigener Tatbestand auch bei uns bereit steht, ist nicht ganz sicher.[7] Doch hätten die Gatten, insbesondere die Ehefrau, so wenig gewonnen, denn der andere Teil wäre nicht gehindert, seinerseits das Scheidungsverfahren zu betreiben, weil die Einschränkungen des türk. Rechts für uns nicht maßgeblich sind, zu **Widerspruchsbefugnissen** nach türk. Recht und der Anerkennung des dt. Scheidungsbeschlusses in der Türkei, vgl. unten II. 3. e.

b) Umwandlung der Trennung in eine Scheidung, Art. 9 VO Nr. 1259/2010

Ayse und Metin leben seit langem in München; beide sind türk. Staatsangehörige. Nach bisherigem Recht wäre für ihr Scheidungsverfahren bei uns türk. Recht Grundlage geworden, Art. 14, 17 EGBGB. Nun ist das anders, Art. 8a VO Nr. 1259/2010, und **dt. Aufenthaltsrecht** wird anwendbar. Um ihre Ehe zu „retten", wie sie meint, denn sie hält den Entschluss ihres Mannes für übereilt, stellt Ayse beim FamG in M. Trennungsantrag, der, so hofft sie, entgegenstehende **Rechtshängigkeit**[8] für die Ehescheidung begründen könnte, wenn Metin sie beantragt. Doch bilden beide Teile unterschiedliche **Streitgegenstände**,[9] so sieht das das OLG München, weil die Anträge und der jeweils zugrunde liegende Lebenssachverhalt verschieden seien. Für die Ehescheidung sei gerichtliche Trennung nach unseren Vorstellungen nicht einmal vorgreiflich, so dass auch eine **Aussetzung** der Scheidung bis zum Abschluss der Sache nicht in Betracht komme.[10] Bei der Berechnung des **Zugewinns** und der Abrechnung beim **Versorgungsausgleich** bleibt eine vorausgegangene gerichtliche Auseinandersetzung über die **Trennung** bzw. eine gerichtliche Entscheidung für sie von vorneherein ohne Auswirkungen. Maßgeblich wird für sie erst das Scheidungsverfahren mit seinen so festgelegten Abrechnungsdaten. Metin wird folglich in Deutschland nach dt. Recht geschieden. Rechts-

---

6 OLG Hamm v. 17.10.2013 – II-1 WF 204/13, FamRZ 2014, 1109: Am 12.12.2012 fand die standesamtliche Trauung statt; für den 24.12.2012 war die „traditionelle, große Hochzeitsfeier geplant", die aber abgesagt wurde, weil „es bei dem nur kurzen Zusammentreffen der Brautleute vor diesem Termin (schon) zu nicht überbrückbaren Streitigkeiten gekommen war." § 1314 Abs. 2 BGB – Eheaufhebung – ist nicht tragfähig, meint das OLG Hamm, denn beide Gatten hätten ausreichende Sprachkenntnisse gehabt, um sich zu verständigen, dazu Nr. 1 und 2; Nr. 5 sei ebenfalls nicht erfüllt (Scheinehe, aber vielleicht Nr. 4, Täuschung über wesentliche persönliche Merkmale eines Ehegatten, die den anderen bei „Kenntnis der Sachlage und richtiger Würdigung des Wesens der Ehe von ihrer Eingehung abgehalten hätte"). Türk. Recht würde allerdings auch zu keinen anderen Ergebnissen führen. In der Türkei ist wie bei uns die standesamtliche Trauung vorgeschrieben, so dass erst sie zu einer wirksamen Eheschließung führt. Sonst verlangt die einverständliche Ehescheidung keine weiteren Trennungszeiten, aber die Ehe muss ein Jahr gedauert haben, knapp zur Anwendung dt. Aufenthaltsrechts für türk. Staatsangehörige für das von ihnen betriebene Scheidungsverfahren in Deutschland OLG München v. 19.12.2013 – 12 UF 1731/13, FamRZ 2014, 862 m. Anm. *Heiderhoff* = NZFam 2014, 272 und Übersicht bei *Elden*, NZFam 2014, 245; zum türk. Unterhaltsrecht allg., aber knapp *ders.*, NZFam 2014, 825.

7 Auch für das Trennungsverfahren wäre dt. Recht bestimmend, vielleicht hergeleitet (materiell) aus § 1353 Abs. 2 BGB, zu führen als „sonstige Familiensache", § 266 FamFG, nicht als Ehesache, vgl. § 121 FamFG. Fraglich ist allerdings das Rechtschutzbedürfnis für ein solches Verfahren.

8 OLG München v. 19.12.2013 – 12 UF 1731/13, FamRZ 2014, 862 = NZFam 2014, 272 (273), vgl. Fn. 7.

9 OLG München v. 19.12.2013 – 12 UF 1731/13, FamRZ 2014, 862 = NZFam 2014, 272 (273), vgl. Fn. 7.

10 Die Ergebnisse könnten auch dann nicht anders ausfallen, wenn das sonst maßgebliche, gemeinsame Heimatrecht die gerichtl. oder gerichtl. bestätigte Trennung (stets oder wenigstens im Regelfall) als notwendige Vorstufe für die Ehescheidung ansieht, so etwa Italien, denn bei uns bestehen diese Einschränkungen eben nicht, dazu *Finger*, FamRBint 2013, 37 (40).

wahl für türk. Recht scheidet eher aus, Art. 5, denn auf dessen Bestimmungen werden sich die Beteiligten kaum verständigen können.[11] Ayse hätte, um diese Folgen zu vermeiden und ihre Widerspruchsbefugnisse zu erhalten, die ihr türk. Recht noch für das Scheidungsverfahren bereithält, in der Türkei rechtzeitig Anträge zur Trennung stellen müssen. So wäre türk. Recht auch für das anschließende Scheidungsverfahren in Deutschland Grundlage[12] geworden, **Kontinuität der Rechtsanwendung**,[13] hergeleitet aus Art. 9 VO Nr. 1259/2010, selbst wenn der gerichtl. Scheidungsbeschluss die vorausgegangene Trennung nicht bestätigt oder sie „umwandelt," sondern lediglich an sie anschließt. Mit der Trennung, so ist eben die Vorstellung, schlagen die Eheleute einen Weg ein, der mit der Scheidung endet. Dann ist – vielleicht – zweckmäßig, wenn ihnen ein bekannter Gerichtsstand, aber das ist gerade nicht so, denn gerichtl. Zuständigkeiten sind durch ihre Wahl nicht festgelegt, und eine vertraute Rechtsordnung für das Verfahren erhalten sind[14] (zur **Anerkennung** in der Türkei vgl. 3. e).

3. Scheidung

a) Rechtswahl, Art. 5

Im Scheidungsverfahren, das einer der Beteiligten in einem der teilnehmenden Mitgliedsstaaten der VO Nr. 1259/2010 einleitet, wird bei uns bei Antragstellung nach dem 21.6.2012 beim dt. FamG vorrangig das von beiden **gewählte Recht** Grundlage, wobei sie allerdings auf bestimmte, mit der Ehe in engem Zusammenhang stehende Rechtsordnungen festgelegt sind.

Leben Ayse und Metin in Deutschland, können sie dt. Recht für die Ehescheidung wählen, aber das ist wenig sinnvoll, denn dt. Recht gilt als Aufenthaltsrecht ohnehin, oder sich **für türk. Recht** entscheiden. Haben sie sich früher gemeinsam in Belgien aufgehalten, können sie sich auch auf belgisches Recht verständigen, wenn ihre Wahl erfolgt ist, als sie noch dort gelebt haben, sonst nur dann, wenn sich einer von ihnen dort noch aufhält, Art. 5a–d.

Ihre Absprachen können die Eheleute in Deutschland noch im laufenden Verfahren beim FamG treffen. Notwendig ist **notarielle Beurkundung** oder **gerichtl. Protokollierung** (**Anwaltszwang**), § 127a BGB, dazu Art. 46d EGBGB.[15] Frühere Vereinbarungen sind wirksam,[16] wenn sie (nun) den förmlichen Anforderungen der VO Nr. 1259/2010 genügen, dazu Art. 18 Abs. 2, zu sonstigen **Formerfordernissen** Art. 6 und 7.

b) Rechtswahl durch schlüssiges Verhalten

Dabei kann die Rechtswahl der Beteiligten auch „stillschweigend" erfolgen, also durch **schlüssiges Verhalten**. Doch müssen sichere Anhaltspunkte für ihre Absichten bestehen und erkennbar sein. Unerheblich ist, dass sie sich bei der Eheschließung – damals – „keine Gedanken über eine mögliche Anwendung dt. Scheidungsrechts gemacht" haben, wenn sie sich nun im laufenden Verfahren[17] in Deutschland so entscheiden.

Beraterhinweis

Sind die Erklärungen der Eheleute in ihrem früheren Ehevertrag unvollständig, ungenau oder zumindest zweifelhaft in ihren Wirkungen, kann eine klare und deutliche Vereinbarung noch im laufenden gerichtl. Verfahren in Deutschland nachgeholt werden, dazu Art. 46d EGBGB.

c) Wirkungen der Rechtswahl – gewähltes Sachrecht

Wählen die Beteiligten „ihr" Scheidungsrecht, Art. 5, nehmen sie unmittelbar auf dessen **Sachvorschriften** Bezug, Art. 4 Abs. 2 EGBGB. Jedes andere Ergebnis wäre auch wenig sinnvoll. Mit Einbeziehung des dortigen IPR, vgl. Art. 4 Abs. 1 EGBGB, wären sie auf fremdes Recht weiter- oder auf Ausgangsrecht zurückverwiesen, eine Folge, der sie gerade ausweichen wollten, so dass sie auch nicht auf Umwegen dorthin geführt werden sollten.

Ayse und Metin wünschen so schnell wie möglich geschieden zu werden. Deshalb wählen sie für die Scheidung beim dt. FamG türk. Recht. Nach Art. 166 Abs. 2 türk. ZGB können sie danach, vgl. dazu (**universelle Anwendung**) Art. 4, im Einvernehmen geschieden werden, wenn ihre Ehe ein Jahr gedauert hat, ohne dass weitere Trennungszeiten vorgesehen wären. Allerdings muss sich der

---

11 Rechtswahl wird daher vor allem „vorsorglich" eine Rolle spielen, also im Ehevertrag, nicht im Vorfeld des Scheidungsverfahrens, dazu *Schall/Weber*, IPrax 2014, 381.

12 Anders noch *Finger*, FamRBint 2013, 37 (40/41) mit Nachw.

13 Deutlich inzwischen OLG Stuttgart v. 17.1.2013 – 17 WF 251/12, FamRZ 2013, 1803 = FamRBint 2013, 29 für Italien und OLG Nürnberg v. 31.10.2013 – 10 UF 1073/13, FamRZ 2014, 835 = FamRB 2014, 85 = NJW-Spezial 2014, 38 für die Türkei. Umwandlung der Trennung in eine Scheidung – im eigentlichen Sinne – in einem eigenen Verfahren sieht unter den Teilnehmern der VO Nr. 1259/2010 lediglich Malta vor; bei strenger Betrachtung hätte dann Art. 9 VO Nr. 1259/2010 nur eine sehr beschränkte, praktische Bedeutung, eine sicherlich schwache Begründung für die These, mit der Trennung der Beteiligten sei ihr Recht jedenfalls festgelegt, wenn sie sich später dann in einem eigenen, anschließenden Verfahren scheiden lassen wollen (andernfalls wäre Art. 9 „praktisch wirkungslos").

14 Trotz unterschiedlicher Streitgegenstände, so mit einer gewissen Berechtigung *Althammer/Tolani*, Brüssel IIa, Rom III – Komm., Art. 9 VO Nr. 1259/2010 Rz. 5 nach *Pabst*, FPR 2008, 230 (232).

15 Dazu *Kemper*, FamRBint 2013, 12 und *Dimmler/Bißmaier*, FamRBint 2012, 66.

16 Art. 10 VO Nr. 1259/2010 ist jedenfalls nicht „analog" (richtig: doppelt analog) anwendbar, so dass Aufenthaltsrecht ausgeschaltet und Heimatrecht (hier: der Türkei, eben mit einem eigenen Trennungsverfahren) anwendbar wäre, dazu OLG München v. 20.12.2013 – 12 UF 1717/13, FamRB 2014, 242 mit Anm. *Dimmler*.

17 Vgl. OLG Hamm v. 7.5.2013 – II-3 UF 267/12, FamRZ 2013, 1486 = FamRBint 2013, 83 (*Hilbig-Lugani*)= IPrax 2014, 34 und Bespr. *Helms*, IPrax 2014, 334. Aus dem – vielleicht noch nach unseren Absichten korrigierten – Vorstellungen der Eheleute lässt sich nur dann auf ihre Pläne schließen, wenn sie sie wirklich gehabt und sie sie in ihre Vereinbarungen nachvollziehbar und erkennbar aufgenommen haben, deutlich in seiner Kritik dabei *Helms*, IPrax 2014, 334 (335 f.). Im laufenden Scheidungsverfahren oder im Vorfeld dazu werden sich die Beteiligten meist nicht verständigen können, weil sie über viele Dinge streiten; also gewinnt Art. 5 vor allem Bedeutung für Absprachen im Ehevertrag, dazu vgl. dazu *Schall/Weber*, IPrax 2014, 381.

Richter vergewissert haben, dass sie ihre Erklärungen „freiwillig" abgeben haben und sich für die weiteren Folgen nach ihrer Scheidung verständigen konnten. Im Übrigen muss er die Vereinbarung für angemessen halten, Art. 166 Abs. 3 türk. ZGB, anders §§ 1565, 1566 BGB. So entscheiden sich allerdings die Eheleute und damit auch Ayse gleichzeitig für Auswirkungen, die sie nicht übersehen dürfen, insbesondere wenn Ayse **Unterhaltsansprüche** stellen will, denn nach den sonst üblichen Regeln steht sie (recht sicher) bei gewöhnlichem Aufenthaltsort in Deutschland und damit dt. Unterhaltsrecht „besser", vgl. dazu gleich III. 2.

Beraterhinweis

Türk. Eheleute können für das Scheidungsverfahren in Deutschland (bei Antragstellung nach dem 21.6.2012) türk. Recht wählen, Art. 5 VO Nr. 1259/2010. Doch müssen sie die damit verbundenen besonderen unterhaltsrechtl. Folgen bedenken. Ihre Ansprüche für die Zeit nach Rechtskraft des Scheidungsbeschlusses richten sich dann nämlich ebenfalls nach türk. Recht, während für die Dauer des Getrenntlebens wie sonst dt. Aufenthaltsrecht gilt, dazu **Art. 4 Abs. 1** bzw. **Art. 8 Abs. 1 HUÜ 1973** (früher bei uns Art. 18 Abs. 4 EGBGB). Im Verhältnis zur Türkei kommt jedenfalls **Art. 5 HUP** nicht zur Anwendung (vgl. dazu III. 2.).[18]

d) Anknüpfung ohne Rechtswahl, Art. 8

Haben sich die Beteiligten für ihr **Trennungs-** bzw. **Scheidungsrecht** nicht geeinigt oder einigen können, wird Art. 8 VO Nr. 1259/2010 bestimmend. Wie bisher ist die Abfolge im Einzelnen festgelegt, so dass die Beteiligten nicht frei nach ihren Vorstellungen unter den einzelnen Varianten entscheiden können. Sonst ist sie anders gestuft als in Art. 14, 17 EGBGB vorgesehen. Vorrangig war danach die **gemeinsame Staatsangehörigkeit**; sie ist in die dritte Stufe verschoben. Stattdessen gelten auf der ersten Ebene nun **gemeinsames** bzw. (zweite Stufe) **letztes gemeinsames gewöhnliches Aufenthaltsrecht**, wenn der andere Gatte am bisherigen Aufenthaltsort geblieben ist und der Umzug nicht länger als ein Jahr zurückliegt. Fehlen alle Gemeinsamkeiten, wird die **lex fori** maßgeblich, Art 8a. Ohne Bedeutung bleibt jedenfalls die letzte gemeinsame Staatsangehörigkeit der Beteiligten.

Ayse und Metin leben in Deutschland; also wird dt. Recht für sie im Trennungs- und Scheidungsverfahren Grundlage, Art. 8a. Liegt ihr gemeinsamer gewöhnlicher Aufenthalt in der Türkei (oder sonst im Ausland), werden sie bei uns für ihre Pläne (Ehescheidung) allerdings kaum **internat. Zuständigkeiten** finden, vgl. Art. 3 VO Nr. 2201/2003. Hält sich Ayse – oder Metin – inzwischen gewöhnlich (wieder) in Deutschland auf, während der andere Ehegatte in der Türkei geblieben ist, sind dt. Gerichte nach einem Jahr Aufenthaltsdauer bei uns für die Scheidung internat. zuständig, Art. 3a 5. Spiegelstrich VO Nr. 2201/2003. Dann wenden wir in der Sache türk. Recht an, selbst wenn der Umzug länger als ein Jahr zurückliegt, Art. 8b, denn beide Eheleute sind türk. Staatsangehörige, während sonst und vorher türk. Recht als letztes gemeinsames Aufenthaltsrecht maßgebend gewesen wäre. Hat Ayse inzwischen die Staatsangehörigkeit gewechselt und ist – etwa – Deutsche geworden oder war sie mit Peter, Deutscher, verheiratet, bzw. mit Pierre, Belgier, gilt gleich die lex fori, Art. 8d, denn die Eheleute haben keine gemeinsame Staatsangehörigkeit. Unerheblich bleibt jedenfalls, dass die Eheleute früher und bei der Eheschließung türk. Staatsangehörige gewesen sind und nun einer von ihnen eine andere Staatsangehörigkeit angenommen hat, vgl. Art. 14 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB, weil die letzte gemeinsame Staatsangehörigkeit inzwischen ohne Bedeutung ist, soweit die VO Nr. 1259/2010 Grundlage wird. Türk. Recht verwies vor diesen Veränderungen, denn wir hätten zunächst türk. IPR herangezogen, dazu Art. 4 Abs. 1 Satz 1 EGBGB und (dort) Art. 14 Abs. 1 türk.IPRG, auf dt. Recht zurück, aber weil Art. 8c auf die gemeinsame Staatsangehörigkeit der Ehegatten „zum Zeitpunkt der Anrufung des Gerichts" abstellt, fallen die Ergebnisse nun eben anders aus. Ohnehin gehen wir im Bereich der VO Nr. 1259/2010 Rück- und Weiterverweisungen nicht (mehr) nach, vgl. dazu Art. 11.

Damit kann türk. Recht für Ayse und Metin im Trennungs- bzw. Scheidungsverfahren bei uns anwendbar werden, selbst wenn wir bisher dt. Aufenthaltsrecht herangezogen hätten, eine Folge, die mit den allg. Zielen der VO Nr. 1259/20190 nicht unbedingt in Einklang steht, die Rechtsregeln am gewöhnlichen Aufenthaltsort für die Lebensverhältnisse der Beteiligten durchgängig für prägender hält als die Vorschriften des Herkunftslandes. Zieht Ayse anschließend nach Teneriffa, kann sie nach einem Jahr Aufenthalt dort ihr Scheidungsverfahren bei span. Gerichten führen, die span. Recht anwenden, weil Spanien an der VO Nr. 1259/2010 teilnimmt, lex fori, Art. 8d, obwohl sonst keinerlei Bezüge zu Spanien während der Ehezeit bestanden haben oder bestehen.

e) Anerkennung des dt. Scheidungsbeschlusses in der Türkei

Nach Art. 21 VO Nr. 2201/2003 werden „die in einem Mitgliedsstaat ergangenen Entscheidungen (nach dieser VO) in den anderen Mitgliedsstaat **anerkannt**, ohne dass es hierfür eines besonderen Verfahrens bedarf." Allerdings sieht Art. 22 dieser VO selbst schon **Ausschlüsse** vor, insbesondere bei einer offensichtlichen Verletzung der **öffentlichen Ordnung** (ordre public, bei uns Art. 6 EGBGB) im Anerkennungsstaat bzw. für grobe Verfahrensverstöße, b)–d). Doch nimmt die Türkei an der europ. Gesetzgebung nicht teil. Deren Regeln können wir ihr auch nicht aufdrängen „oder analog anwenden", denn so würden wir

18 Der Ausweg eines rhein-hessischen Gerichts, über den mir Teilnehmerinnen in Kursen der Anwaltsfortbildung berichtet haben, die „Scheidung nach dt. und türk. Recht" nach Prüfung der Voraussetzungen jeweils im Einzelnen auszusprechen, ist dagegen von vornherein nicht gangbar, weil Wahlfeststellungen dieser Art nicht getroffen werden können (und Scheidung nach dt. Recht zulässig sein kann, während türk. Recht sie – zumindest noch – nicht gewährt, weil – etwa – Widerspruchsbefugnisse des anderen Ehegatten bereitstehen); zur Rechtswahl im Unterhaltsrecht gerade im Verhältnis zur Türkei *Schäuble*, NZFam 2014, 1071.

sie doch einbinden. Nach Art. 58, 54 türk.IPRG scheiden **Anerkennung** bzw. **Vollstreckbarkeit** dort aus, wenn die Entscheidung „offensichtlich gegen den (sc.: türk.) ordre public" verstößt, ç) bei sonstigen Verfahrensverstößen, wobei beide Bestimmungen ähnlich gefasst sind wie Art. 22 VO Nr. 2201/2003. **Trennungsverfahren**, die zumindest einen gewissen Schutz für den schwächeren Ehegatten bieten, weil er Zeit gewinnt, halten wir (dt. Aufenthaltsrecht) nicht als notwendige Vorstufe für die Ehescheidung bereit. Im Übrigen beachten wir den **Widerspruch** des „weniger schuldigen" Ehegatten im Verfahren bei uns nicht, den Art. 166 Abs. 2 türk. ZGB mit den dort genannten Einschränkungen vorsieht (kein Rechtsmissbrauch, nachvollziehbares Interesse des widersprechenden Teils am Fortbestand der Ehe, vgl. Abs. 4). Andererseits verlangen wir mit ähnlicher Zielrichtung eigene **Trennungszeiten**, die die Gatten einhalten müssen, um noch einmal alle Einzelheiten überprüfen zu können, selbst wenn sie sich sonst einig sind oder wenigstens einig zu sein scheinen. Sie wiederum sieht türk. Recht nicht vor. Letztlich sind allerdings für die Anerkennung dort türk. Vorstellungen entscheidend, so dass wir, solange die bisherigen Zweifel für die Anerkennung des dt. Scheidungsbeschlusses in der Türkei nicht ausgeräumt sind, für die Eheleute (vielleicht) wenig brauchbare Ergebnisse liefern, etwa für eine weitere Heirat in Deutschland, für die ein Ehefähigkeitszeugnis vorgelegt werden muss, vgl. dazu aber bei aus unserer Sicht wirksamer Scheidung einer Ehe in Deutschland Art. 13 Abs. 2 Nr. 3 EGBGB. Dann müssten sie sich in der Türkei oder in einem anderen Land, dessen Gerichte internat. zuständig sind, noch einmal scheiden lassen. Bis dahin könnte die zweite Ehe, die bei uns wirksam ist, dort als verbotene Doppelehe gelten, verhängnisvoll insbesondere bei **erbrechtlichen Auswirkungen.**

III. Scheidungsfolgen

Allerdings gelten die Vorschriften der VO Nr. 2201/2010 nur für ein gerichtl. **Trennungs**- bzw. **Scheidungsverfahren** und ersetzen damit aus unserer Sicht Art. 14 und 17 EGBGB. Für Scheidungsfolgen, die **selbständig** erfasst und nicht schon als Bestandteil der Ehescheidung zu behandeln sind, dazu zählen **immaterieller Schadensersatz**, vielleicht auch die **islamische Morgengabe**[19] oder das marokkanische Trostgeschenk,[20] bleiben dagegen weiterhin unsere bisherigen Vorschriften Grundlage, also für das **eheliche Güterrecht Art. 15 EGBGB**, solange noch keine europarechtl. VO ergangen ist, für den Unterhalt die **EuUntVO** bzw. das **Haager Protokoll** (dazu gleich 3.), für den **Versorgungsausgleich** Art. 17 Abs. 3 EGBGB, für Lebenspartner Art. 17b Abs. 1 Satz 3 EGBGB, und für die **elterliche Sorge Art. 21 EGBGB** bzw. die Vorschriften des Haager Minderjährigenschutzabkommen (**MSA**, die gerade im Verhältnis zur Türkei, Bedeutung erlangen, weil sie dem KSÜ nicht angehört) bzw. sonst des Kinderschutzübereinkommens (**KSÜ**).

1. Eheliches Güterrecht

Güterechtliche Rechtsbeziehungen zwischen den Eheleuten beurteilen wir nach Art. 15 EGBGB und damit nach dem Recht, dass für die **allg. Ehewirkungen** der Beteiligten bei der Eheschließung maßgeblich gewesen ist. Einzelheiten bei der Abfolge sind dabei wie sonst in Art. 14 EGBGB festgelegt und stehen nicht zur Auswahl der Beteiligten bereit. Schließlich sollen sich die Gatten auf die finanziellen Wirkungen ihrer Ehe einrichten und sicher sein können, dass ohne ihre Mitwirkung etwa in einem abweichenden Ehevertrag durch einseitige Erklärungen des Partners oder tatsächliche Veränderungen, die er auslöst, keine für sie nachteiligen Folgen eintreten können, **Unwandelbarkeit** des Güterrechtsstatuts. Dabei bleiben unsere bisherigen Vorschriften maßgeblich, bis eine europ. Neuregelung[21] in Kraft tritt, die wie die VO Nr. 1259/2010 im Wesentlichen auf die **Rechtswahl** der Eheleute abstellen wird. Nach Art. 15 EGBGB können die Ehegatten allerdings schon jetzt das für sie anwendbare Recht weitgehend wählen, vgl. dazu Abs. 2 und 3, um im Verlauf ihrer Ehe die notwendigen Anpassungen vorzunehmen bzw. sich rechtzeitig verbindlich festzulegen. Vorrangig ist die **gemeinsame Staatsangehörigkeit**, dazu Art. 14 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB, bzw. die **letzte gemeinsame Staatsangehörigkeit**, wenn ein Ehegatte nach der Eheschließung gewechselt hat, denn sie spielt nur für das Scheidungsverfahren keine Rolle mehr, die für Türken also zum türk. Güterrecht führt, das seit 2001 die **Errungenschaftsbeteiligung** als **gesetzlichen Güterstand** bereithält, Art. 202 ff. türk.ZGB, aber Wahlgüterstände anbietet,[22] etwa die **Gütertrennung**. Übergangsvorschriften für Ehen, die schon vor 2001 bestanden haben, sind auch für uns zu beachten, vgl. dazu Art. 10 EinfG.[23] Besondere **Beweisregeln** enthält Art. 222 Abs. 1 türk.ZGB, um die Rechtszuständigkeit eines der Beteiligten für einen Vermögenswert festzulegen. Sonst wird „**Miteigentum**" beider Gatten angenommen, Abs. 2. Für die Abrechnung im Einzelnen ist die Beendigung des Güterstandes entscheidend. Bei Scheidung oder Ungültigerklärung der Ehe oder gerichtl. Anordnung der Gütertrennung wird die Klageerhebung maßgeblich, also nicht erst die **Zustellung des An-**

---

19 Die nach den Vorstellungen des BGH ehewirkungsrechtlich behandelt werden soll, BGH v. 9.12.2009 – XII ZR 107/08, FamRZ 2010, 533 mit Anm. *Henrich* = FamRBint 2010, 25; vgl. auch AG Büdingen v. 6.3.2004 – 53 F 963/13, NJW-RR 2014, 1033 (Ehewirkungsstatut im Anschluss an vorgenannte BGH-Entscheidung).

20 Dazu *Finger/El Azzouzi*, FamRBint 2013, 16.

21 Dazu Vorschlag für eine VO des Rates über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und die Vollstreckung von Entscheidungen im Bereich des Ehegüterrechts 2011/0059 (CNS), KOM (2011) 126/2 für Eheleute, 2011/0060 (CNS), KOM (2011) 127/2 für Lebenspartner, jeweils mit späteren Änderungsanträgen und Änderungen, Stellungnahme DAV Nr. 34/11 (Juni 2011).

22 Haben die Beteiligten innerhalb eines Jahres seit dem Inkrafttreten des neuen türk.ZGB keinen anderen Güterstand gewählt, gilt „von diesem Zeitpunkt an der gesetzl. Güterstand als vereinbart", so dass danach abgerechnet wird, Anfangsvermögen dann also 1.1.2002, Art. 1.

23 Vgl. dazu knapp mit kurzen Hinw. auf die Rspr. des türk. Kassationshofs *Bergmann/Ferid/Rumpf/Odendahl*, Länderbericht Türkei S. 34 und 35 (teilweise unterschiedliche Praxis der zuständigen Senate).

trags an die Gegenseite (wie bei uns), weil in der Türkei schon die Registrierung der Antragsschrift bei Gericht diese Wirkungen auslöst.

Beraterhinweis

Offensichtlich muss in der Türkei ähnlich wie bei uns, aber wohl früher, die Gerichtsgebühr eingezahlt werden, um Anhängigkeit zu begründen.[24] Deshalb sollte der Antragsteller rechtzeitig alles Notwendige erledigen, damit keine weiteren Verzögerungen eintreten. **Scheidungsverbund** zwischen Folgesachen und der Scheidung wie bei uns besteht in der Türkei nicht und kann auch nicht hergestellt werden. Vielmehr ist die Auseinandersetzung zum Güterrecht dort anschließend[25] zu führen, wobei kurze „Verjährungsfristen" zu beachten sind, dazu Art. 178 türk.ZGB (ein Jahr nach Rechtskraft des Scheidungsurteils, 10 Jahre nach dem Tod des anderen Gatten). Nach Art. 216 Abs. 1 türk.ZGB kann „jeder Ehegatte vom anderen verlangen," dass er die Aufnahme eines **Inventars** seiner Vermögenswerte in **öffentlicher Urkunde** herbeiführt. Richtigkeit wird dabei vermutet, wenn es binnen eines Jahres seit Einbringen der Vermögenswerte aufgestellt wurde, Abs. 2. Gleichwohl können bei uns **Auskunftsrechte** bestehen und bei Gericht durchgesetzt werden.[26] Verweisen unsere Vorschriften für die güterrechtl. Rechtsbeziehungen der Beteiligten auf fremdes Recht, ist wie sonst zunächst dortiges IPR zu beachten, vgl. Art. 4 Abs. 1 Satz 1 EGBGB, für die Türkei also Art. 15 türk.ZGB, denn die unmittelbare Bezugnahme auf fremdes Sachrecht ist nur für die VO Nr. 1259/2010 und damit für die Ehescheidung selbst festgelegt. Auch nach türk. Regeln können die Eheleute ihr Güterrecht zunächst durch Absprache vereinbaren. Haben sie sich nicht zu einem Ehevertrag zusammenfinden können, wird „das nach dem Zeitpunkt der Eheschließung geltende gemeinsame Heimatrecht, wenn ein solches nicht gegeben ist, das zum Zeitpunkt der Eheschließung am gemeinsamen Aufenthaltsort geltende Recht oder, falls auch ein solches nicht vorhanden ist, das türk. Recht" Grundlage, zu beiden Punkten Art. 15 Abs. 2 türk.IPRG.[27] Für **unbewegliches Vermögen** gilt von vorneherein das **Recht des Lageorts**, in Deutschland also dt. Recht, Art. 15 Abs. 2 türk.IPRG.[28]

2. Unterhalt

Für unterhaltsrechtliche Folgen in der Familie und unter den Ehegatten nach der Scheidung gelten seit 18.6.2011 die Vorschriften der **EuUntVO**[29] mit Haager Protokoll (**HUP**),[30] selbst wenn Zeiträume vor diesem Datum betroffen sind,[31] während Art. 18 EGBGB als innerstaatliche Ausprägung des HUÜ 1973 aufgehoben ist. Nach Art. 3 Abs. 1 EuUntVO ist „für sie" das Recht des Staates maßgeblich, in dem die berechtigte Person ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat", denn dort entsteht der Bedarf, und dort ist dieser Bedarf zu decken. Für die Zeit nach der Ehescheidung stellte Art. 18 Abs. 4 EGBGB (in Deutschland inzwischen außer Kraft) nach der Scheidung bisher auf das für sie tatsächlich angewandte Recht ab, inländische Ausprägung von Art. 8 Abs. 1 HUÜ. Nach **Art. 18 HUP** ersetzen die Regelungen dieses Protokolls im Verhältnis zwischen den Vertragsstaaten und damit im Ergebnis der neuen Haager Unterhaltsübereinkunft 2007[32] die Bestimmungen des HUÜ 1973 und des HUKÜ 1956,[33] aber eben nur für sie. Dem Abk. 2007[34] gehört die Türkei ebenso wie die Schweiz und Japan als Teilnahmestaaten des HUÜ aber eben nicht an. Deshalb bleiben die früheren Bestimmungen des HUÜ 1973 für sie weiterhin maßgeblich. **Art. 5 HUP** mit seiner Besserstellung des getrenntlebenden bzw. geschiedenen Ehegatten, der für seinen Unterhalt auf ein Recht zurückgreifen kann, das mit der Ehe einen engen Zusammenhang aufweist/aufwies, insbesondere das Recht des letzten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts, steht daher für Ayse nicht bereit, wenn sie Forderungen für die Zeit nach Rechtskraft des Scheidungsbeschlusses gegen Metin stellen will und stellt. Ihre Ansprüche richten sich vielmehr weiterhin nach türk. Recht, wenn türk. Recht Grundlage[35] für die Ehescheidung geworden ist, nicht nach – etwa: dt. – Aufenthaltsrecht wie das Art. 5 HUP sonst vorsieht.

Beraterhinweis

Findet türk. Recht über Art. 8a oder c VO Nr. 1259/2010 Anwendung, sind die Folgen beim Unterhalt (vielleicht) schmerzlich, aber unausweichlich. Bei der Rechtswahl, Art. 5, kann der/die Ast. aber selbst bestimmen, denn er hat die Dinge in der Hand. Deshalb muss er/sie die Auswirkungen seines/ihres Entschlusses erwä-

---

24 Dazu AG Nürtingen 19.9.2013 – 21 F 873/12, FamRZ 2014, 1295; *Rumpf*, http.:/www.tuerkei-recht.de/downloads/gutachten-lg-muenster.pdf.; anders ohne Begründung OLG Hamm v. 16.2.2006 – 4 UF 224/05, FamRZ 2006, 1383 = FamRBint 2007, 2.

25 Zuletzt AG Nürtingen v. 19.9.2013 – 21 F 873/12, FamRZ 2014, 1295, vgl. auch Fn. 24.

26 AG Nürtingen v. 19.9.2013 – 21 F 873/12, FamRZ 2014, 1295, vgl. auch Fn. 24.

27 Nach dem Tod eines in Deutschland lebenden türk. Staatsangehörigen wird die Anlage zu Art. 20 des dt.-türk. Konsulatsvertrags v. 25.5.1929 Grundlage, dazu ausf. BGH v. 12.9.2012 – IV ZB 12/12, FamRZ 2012, 1871 = FamRZ 2013, 452 m. Anm. *Dutta* = FamRBint 2013, 10 = IPrax 2014, 343.

28 Nach Art. 15 Abs. 3 türk.IPRG können die Eheleute später ihre vertraglichen Absprachen abändern oder anpassen oder sich erstmals zu solchen Verabredungen entschließen, wenn sich für sie „ein gemeinsames Recht ergibt „,wobei allerdings Rechte Dritter vorrangig bleiben.

29 VO (EG) Nr. 4/2009 des Rates, ABl. 2009 Nr. L 7 S. 1, ABl. 2011 Nr. L 131 S. 26 und ABl. 2013 Nr. L 8 S. 19.

30 V. 23.11.2007, Abl. 2009 Nr. L 331 S. 19.

31 Dazu *Andrae*, IPrax 2014, 326 (327 f.).

32 V. 23.11.2007, ABl. 2009 Nr. L 331 S. 19.

33 V. 2.10.1973, BGBl. 1986 II, 837; für den Kindesunterhalt galt das HUKÜ 1956 v. 24.10.1956, BGBl. 1981 II, 1013.

34 Inzwischen gilt das Haager Abk. 2007 zwischen der EU (mit Ausnahme wie sonst von Dänemark) und Albanien, Bosnien-Herzegowina, Norwegen und der Ukraine, FamRB 2014, 359.

35 Dazu mit Vorbehalten weil nicht wirklich entscheidungserheblich BGH v. 26.6.2013 – XII ZR 133/11, FamRZ 2013, 1366 = FamRB 2013, 346 (*Schneider*) = FamRBint 2013, 87 (*Dimmler*) für die Schweiz, ausf. Bespr. *Andrae,* IPrax 2014, 326; deutlich nun aber *Trachsel* (gerade für die Schweiz), Fampra.ch 2013, 549 (570 f.); zu Wahlmöglichkeiten für türk. Eheleute in Deutschland für ihren Unterhalt *Schäuble*, NZFam 2014, 1071.

gen, denn sonst kann ein kleiner Vorteil – keine Trennungszeit – erhebliche Nachteile bringen.[36]

3. Versorgungsausgleich

Für den **Versorgungsausgleich** wird, **Art 17 Abs. 3 Satz 1 EGBGB** mit einigen kleineren Veränderungen gegenüber dem bisherigen Stand, das nach der VO Nr. 1259/2010 für die Scheidung anwendbare Recht Grundlage, soweit sie sich selbst nach den Vorschriften dieser VO richtet. Danach ist eine Regelung nur vorgesehen, wenn „deutsches Recht anzuwenden ist und ihn das Recht eines der Staaten kennt, dem die Ehegatten zum Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrages angehören", für Ayse und Metin also zunächst nicht, Satz 2. Für sie ist der übliche Ausgleich erst auf besonderen Antrag eines von ihnen nach dt. Vorschriften vorzunehmen, falls ein Ehegatte in der Ehezeit ein Anrecht bei einem inländischen Versorgungsträger erworben hat, soweit „die Durchführung" des Versorgungsausgleichs insbesondere im Hinblick auf die beiderseitigen wirtschaftlichen Verhältnisse während der gesamten Ehezeit der Billigkeit nicht widerspricht", eine eigene Härteklausel, die die allg. Bestimmungen aus § 27 VersAusglG ergänzt/ersetzt. Ausreichend ist jedes prozessuale Verhalten, das als Antragstellung im weiten Sinn ausgelegt werden kann, also die allgemeine Erklärung, die für den Versorgungsausgleich vorgesehenen Formulare sollten überstellt werden, ein kurzer Vermerk in der Antragsschrift, der Versorgungsausgleich sei „durchzuführen", obwohl Art. 17 Abs. 3 EGBGB nicht erwähnt und offensichtlich auch nicht erkannt ist, u.Ä. Ist gar nichts geschehen, kann später gerichtliche Entscheidung **nachgeholt** werden, wobei allerdings Rentenzahlungen an den bisher Berechtigten nicht mehr umverteilt werden können. Internat. Zuständigkeiten richten sich nach **§ 102 FamFG**, während sie sich im Scheidungsverfahren aus dem **amtswegigen Verbund** ergeben. Auch nach einer ausländischen. Entscheidung etwa für dt. Eheleute oder andere, die Ausgleich inländischer Anwartschaften verlangen können, kann der Versorgungsausgleich bei uns noch durch gerichtl. Entscheidung geregelt werden, wenn bisher insoweit nichts geschehen ist.

Beraterhinweis

Die Durchführung des Versorgungsausgleichs auf Antrag eines Ehegatten ist bei ausl. Eheleuten, die oft eher noch als bei uns üblich ihre Aufgaben und Pflichten in der Ehe traditionell aufgeteilt haben, besonders wichtig. War Ayse 25 Jahre Hausfrau und Ehefrau und Metin zum Schluss Schichtführer mit gutem Verdienst (etwa) bei einem großen deutschen Autohersteller, ist sie für ihre Absicherung von Metin abhängig.[37] Auch wenn beide bereits in Rente sind, kann noch eine gerichtl. Entscheidung ergehen. Bisherige Verluste – Ayse hat zu geringe Beträge erhalten – sind für sie allerdings endgültig.[38] Hat das Gericht im Tenor der Entscheidung seine Durchführung abgelehnt oder Regelungsanträge zurückgewiesen, ist **Beschwerde** statthaft und notwendig, weil dabei eine Regelung mit unmittelbaren Wirkungen erfolgt ist. Sonst ist sie das nicht, denn der jeweils Berechtigte kann seine Nachteile in einem eigenen Verfahren abwenden, das er vorrangig führen kann und muss.[39]

4. Elterliche Sorge

Nach **Art. 21 EGBGB** unterliegt das Rechtsverhältnis zwischen einem **Kind** und seinen **Eltern** dem Recht des Staates, in dem das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat,[40] wobei wir durchgängig von einer Aufenthaltsdauer von etwa 6 Monaten (für das Kind) ausgehen und nicht allein auf den gewöhnlichen Aufenthaltsort des Elternteils abstellen, der das Kind betreut. Allerdings ist unsere Anknüpfung in Art. 21 EGBGB durch Regelungen in **internat. Abkommen** und **völkerrechtlichen Vereinbarungen** weitgehend verdrängt, soweit diese „unmittelbar anwendbares innerstaatliches Recht geworden sind", dazu Art. 3 Nr. 2 EGBGB. Vorrangig sind daher zunächst die Bestimmungen des Kinderschutz-Übereink. (**KSÜ**), dem die Türkei aber nicht angehört, bzw. des Haager Minderjährigenschutzabk. (**MSA**), das so im Verhältnis zur Türkei für die Zuständigkeit der Behörden oder Gerichte und (beschränkt) für die Rechtsanwendung Grundlage bleibt, zur **Rechtsanwendung** Art. 3 MSA, jetzt deutlich weitergehend **Art. 16 KSÜ**. Jedenfalls bleiben die Bestimmungen der VO Nr. 2201/2003 ohne Auswirkungen, weil wir einem Staat, der an der europ. Gesetzgebung nicht teilnimmt, deren Rechtsregeln nicht aufdrängen können.[41]

---

36 Zum Bedürftigkeitsunterhalt, der keine besondere Not voraussetzt und so lediglich eine notdürftige Ausstattung bewirken würde, *Odendahl/Özen*, FamRBint 2010, 33 u. 90; 2011, 35; knappe Übersicht bei *Bergmann/Ferid/Rumpf/Odendahl*, Länderbericht Türkei S. 41 f. m.N.; *Elden*, NZFam 2014, 825.

37 Oder gerade nicht, denn beim VA werden eigene Rentenanwartschaften für sie begründet.

38 In bei uns bestehende Versorgungssysteme mit ihren eigenen Anrechten hätte die ausl. Entscheidung nicht eingreifen können. Dt. Gerichte können – umgekehrt – keine ausl. Anrechte in ihre Entscheidung einbeziehen, so dass für sie nur der schuldrechtl. VA oder ein Verfahren nach Art. 19 Abs. 3 VersAusglG bleibt, wobei dann auch das ausl. (etwa: engl. Gericht) die üblichen Geld- und Vermögenszuweisungen anordnen kann, wobei die bei uns üblichen Grenzen zwischen Unterhalt, Zugewinn und VA nicht unbedingt eingehalten werden müssen, wenn Bezüge nach dort bestehen, dazu *Amos*, FamFR 2013, 291 für England.

39 Zur nachträglichen Durchführung des VA ausf. *Finger*, FamRBint 2009, 60 und FamRBint 2010, 18; zu US-amerikanischen Anwartschaften im VA *Hanke*, FamRB 2014, 226.

40 OLG Karlsruhe v. 12.11.2013 – 5 UF 140/11, FamRZ 2014, 1565 = FamRB 2014, 208 mit kürzeren Fristen; dabei hat die Mutter das Kind bei den Meldebehörden im „neuen Staat" bereits angemeldet, sich um seine weitere Versorgung gekümmert und insb. auch die Betreuung im Kindergarten sichergestellt, so dass ihre endgültigen Absichten klar geworden sind (Übersiedlung in die Schweiz); vgl. auch OLG Karlsruhe v. 12.11.2013 – 5 UF 139/11, FamRZ 2014, 1565 = FamRB 2014, 209 (für Eilmaßnahmen). Die Schweiz gehört inzwischen dem KSÜ an, das für die perpetuatio fori ebenso entscheidet wie das MSA und anders als die VO Nr. 2201/2003 für die Mitgliedsstaaten der europ. Gesetzgebung, aber vielleicht besteht für sie auch größeres Vertrauen untereinander; i.Ü. entscheiden dabei schlichte Gesichtspunkte der Verfahrensökonomie, vgl. Übersicht *Gruber*, IPrax 2013, 409.

41 Vgl. Art. 3 MSA und Art. 5 KSÜ; *Gruber*, IPrax 2013, 409 (mit einem Vergleich zur europ. Gesetzgebung, insbesondere den Regeln der VO Nr. 2201/2003).

Leben Ayse und Zümrüt, 4 Jahre alt, in Deutschland, ergeben sich **internat. Zuständigkeiten** für sie aus **Art. 8 VO Nr. 2201/2003**, denn beide halten sich hier auf. Zieht Ayse mit ihrer Tochter in die Türkei um, werden nach kurzen Übergangszeiten – Begründung eines (neuen) gewöhnlichen Aufenthalts für Zümrüt, sechs Monate Aufenthaltsdauer oder schon früher, wenn der Aufenthalt auf Dauer angelegt ist –, sind türk. Gerichte zuständig. Hat Metin in Deutschland bereits ein Verfahren eingeleitet, bleibt die Zuständigkeit nicht wie sonst (VO Nr. 2201/2003) bis zum Abschluss bei uns erhalten, **perpetuatio fori**, denn im Interesse des Kindes sollen sachnahe Stellen[42] entscheiden, also türk. Gerichte (also: keine perpetuatio fori).[43]

42 Beim Umzug in die Türkei und § 1628 BGB – Maßstab: Kindeswohl, und wenn die Pläne des Elternteils, der umziehen will, vernünftig erscheinen und mit der guten Entwicklung des Kindes zu vereinbaren sind –, spielen Erschwernisse für den persönlichen Umgang des anderen keine schlechthin ausschlaggebende Rolle, OLG Frankfurt v. 18.6.2003 – 7 UF 67/12, FamRZ 2014, 323.

43 Dazu auch OLG Zweibrücken FamRZ 2014, 1555 (zu Art. 1, 4 MSA – hat ein Kind mit dt. und türk. Staatsangehörigkeit seit mehr als 18 Monaten seinen ununterbrochenen tatsächlichen Aufenthalt in der Türkei und liegen keine besonderen Umstände vor, die ein Einschreiten dt. Stellen erforderlich erscheinen lassen, sind dt. Gerichte für ein Verfahren zur Übertragung der elterl. Sorge auf einen Elternteil nicht mehr internat. zuständig).

Arbeitshilfen

Anpassung der Selbstbehaltssätze zum 1.1.2015

mitgeteilt von DirAG Birgit Niepmann, Bonn, Vorsitzende der Unterhaltskommission des DFGT

Die Vertreter der OLG haben in Zusammenarbeit mit der Unterhaltskommission des Deutschen Familiengerichtstags beschlossen, die Selbstbehaltssätze zum 1.1.2015 auf folgende Beträge anzuheben:

Selbstbehalt		**2015**		**2013/2014**
			Warmmiete berücksichtigt mit:	
A 5.	**notwendiger Selbstbehalt** (§ 1603 Abs. 2 BGB)			
	1. erwerbstätig	1.080	380	1.000
	2. nicht erwerbstätig	880	380	800
	angemessener Selbstbehalt			
A 5.	minderjährige und volljährige Kinder	1.300	480	1.200
B IV.	Mindestselbstbehalt gegenüber getrennt lebendem und geschiedenem Ehegatten	1.200	430	1.100
D 2.	Mutter/Vater nichteheliches Kind (§ 1615/ BGB)	1.200	430	1.100
D 1.	Elternunterhalt (Sockelbetrag)	1.800	480	1.600
	Notwendiger Eigenbedarf			
B V.	des berechtigten Ehegatten			
	1. erwerbstätig	1.080	380	1.000
	2. nicht erwerbstätig	880	380	800
D 2.	Mutter/Vater eines nichtehelichen Kindes	880	380	800
B VI. 1.	**Monatlicher notwendiger Eigenbedarf des von dem Unterhaltspflichtigen getrennt lebenden oder geschiedenen Ehegatten unabhängig davon, ob erwerbstätig oder nicht erwerbstätig**:			
	a) gegenüber nachrangig geschiedenen Ehegatten	1.200		1.100
	b) gegenüber nicht privilegierten vollj. Kindern	1.300		1.200
	c) gegenüber Eltern des Unterhaltspflichtigen	1.800		1.600
B VI. 2.	**Monatlicher notwendiger Eigenbedarf des Ehegatten, der in einem gemeinsamen Haushalt mit dem Unterhaltspflichtigen lebt, unabhängig davon, ob erwerbstätig oder nicht**:			
	a) gegenüber nachrangig geschiedenen Ehegatten	960		880
	b) gegenüber nicht privilegierten vollj. Kindern	1.040		960
	c) gegenüber Eltern des Unterhaltspflichtigen (D I)	1.440	380	1.280

Die Bemessung des notwendigen Selbstbehalts folgt der bereits 2012 beschlossenen Struktur.[1] Aufgrund der weiteren Anhebung des sozialrechtlichen Regelbedarfs zu 1.1.2015 ist aus Rechtsgründen eine Anpassung unausweichlich. Diese kann auch nicht die seit 2002 unverändert gebliebenen Wohnkosten ausnehmen, wenn die Pauschale nicht ihren Sinn verlieren soll – eine vereinfachte Handhabung komplexer Sachverhalte. Wie die Erfahrungen der letzten Jahre gezeigt haben, entsteht bei den kontinuierlich steigenden Regelleistungen ein laufender Anpassungsbedarf, wenn die Selbstbehaltssätze zu knapp bemessen sind. Weitere Unwägbarkeiten ergeben sich aus der Rechtsprechung des BVerfG, das auf etliche Schwächen im System der Regelbedarfe hingewiesen hat, zur Vermeidung verfassungswidriger Ergebnisse von der Rechtsprechung eine verfassungskonforme Gesetzesauslegung erwartet und dem Gesetzgeber eine alsbaldige Überprüfung aufgetragen hat.[2] Daher war es allen Beteiligten wichtig, durch einen finanziellen Spielraum („Puffer") den Bestand der Beträge für mehrere Jahre zu ermöglichen. Dem dient die Erhöhung des sich rechnerisch ergebenden Betrages um 30 €.

Die Bemessung des notwendigen Selbstbehalts beruht auf folgender Berechnung.

	nicht erwerbstätig	**erwerbstätig**
Regelbedarf 399 € + 10 %	440 €	440 €
Angemessene Versicherungen	30 €	30 €
Freibetrag für Erwerbstätige	– €	200 €
Wohnkosten warm	380 €	380 €
Summe	850 €	1.050 €
Selbstbehalt (mit „Puffer" 30 €)	**880 €**	**1.080 €**

Erläuternd ist anzumerken:

Als Ausgangspunkt dienen die einem alleinstehenden Hilfeempfänger bewilligten Leistungen. Der Hilfeempfänger erhält zusätzlich zu dem Regelbedarf Vergünstigungen oder anderweitige Leistungen (§ 28 Abs. 4 S. 2 SGB XII, Beispiel: Befreiung von den Rundfunkbeiträgen), die in allen anderen Fällen aus dem Einkommen zu erbringen sind. Um dem Unterhaltspflichtigen eine vergleichbare Lebensführung zu ermöglichen, bedarf es daher einer Erhöhung des Regelbedarfs. Diesem Gesichtspunkt ist mangels anderer verlässlicher Anhaltspunkte in Anlehnung an § 115 Abs. 1 Nr. 2a ZPO durch eine Erhöhung des Regelbedarfs um 10 % Rechnung zu tragen. Bei der Pauschale für die üblichen Versicherungen und dem zusätzlichen Freibetrag für Erwerbstätige gibt es keine Veränderungen zu den Vorjahren. Die sich ergebenden Beträge von zumindest 470 € bzw. 670 € für Erwerbstätige dienen ausschließlich der Deckung des notwendigen allgemeinen Lebensbedarfs und sind für die Deckung anderer Bedarfe nicht verfügbar. Der Selbstbehalt umfasst keine Mehrbedarfe i.S.v. § 21 SGB II bzw. § 30 SGB XII.

Weiterer Bestandteil des notwendigen Eigenbedarfs sind die Wohnkosten. Sie sind mit Abstand die größte Variable bei der Bemessung des Selbstbehalts. Bundesweit – aber auch innerhalb einzelner Regionen – ergeben sich für nach Lage und Ausstattung vergleichbaren Wohnraum Differenzen bei der Warmmiete von bis zu 250 €, teilweise auch noch darüber. Die Durchschnittswerte weisen ein deutliches West-Ost-Gefälle auf. Eine Auswertung der sozialrechtlich akzeptierten Mietobergrenzen für verschiedene Bezirke zeichnet ein vergleichbares Bild. Diese Unterschiede lassen sich kaum in einem einheitlichen Betrag auffangen. Die Vertreter der OLG und die Mitglieder der Unterhaltskommission haben sich gleichwohl aus Gründen der Praktikabilität und einer gemeinsamen Basis für eine Beibehaltung der Pauschale ausgesprochen. Die verhältnismäßig geringfügige Anhebung der pauschal berücksichtigten Wohnkosten trägt einerseits den tatsächlichen Gegebenheiten in den neuen Bundesländern Rechnung, erfordert andererseits aber auch eine häufigere Prüfung des Gesamtbetrages auf seine Angemessenheit. Sind höhere Wohnkosten nicht zu vermeiden, ist – der Rechtsprechung des BGH folgend[3] – eine Anpassung des Selbstbehalts die notwendige Folge. Zur Verdeutlichung dieses Zusammenhangs bestand Einvernehmen, dass die Bedeutung der Angemessenheitskontrolle in den Leitlinien stärker betont werden soll. Mit eindeutiger Mehrheit sprachen sich die Teilnehmer der Besprechung dafür aus, die entsprechende Formulierung in den Anmerkungen zur Düsseldorfer Tabelle (A Ziff. 5 Abs. 1, letzter Satz) wie folgt zu fassen:

„Der Selbstbehalt soll erhöht werden, wenn die Wohnkosten (Warmmiete) den ausgewiesenen Betrag überschreiten und nicht unangemessen sind."

Die der Bemessung des notwendigen Selbstbehalts zugrunde gelegte Struktur gilt in gleicher Weise für die weiteren Selbstbehaltssätze, die sich von diesem nur hinsichtlich der kalkulatorisch berücksichtigten Wohnkosten sowie des für die allgemeine Lebensführung frei verfügbaren Einkommens unterscheiden.

Mehr zum Thema: Auf den Abdruck der **Düsseldorfer Tabelle** mit Stand vom 1.1.2015 und geänderten Selbstbehaltssätzen wird – zumindest zzt., solange die Kindesunterhaltssätze noch nicht geändert sind – verzichtet. Sie finden die neue Düsseldorfer Tabelle auf der Homepage des FamRB unter ***www.famrb.de***/Materialien/Unterhaltsleitlinien und -tabellen zum Download bereit. Mit einer Änderung des § 32 Abs. 6 EStG und dem folgend des Mindestunterhalts für Kinder nach § 1612a BGB ist wohl (spätestens) im Sommer 2015 zu rechnen.
Zu den Wohnkosten im Selbstbehalt s. auch den Beitrag von *Schürmann*, FamRB 2015, 26, in diesem Heft.

1 FamRZ 2013, 101 = FamRB 2013, 27.
2 BVerfG v. 23.7.2014 – 1 BvL 10/12 et al., FamRZ 2014, 1765 m. Anm. *Schürmann*.
3 BGH v. 25.6.2003 – XII ZR 63/00, FamRB 2004, 144 = FamRZ 2004, 186.

Bremer Tabelle zur Berechnung des Altersvorsorgeunterhalts

fortgeführt von RiOLG a.D. Werner Gutdeutsch, Ebersberg

nach dem Stand vom 1.1.2015[1]

Nettobemessungsgrundlage in Euro	Zuschlag in Prozent zur Berechnung der Bruttobemessungsgrundlage
1–915	13 %
916–965	14 %
966–1.020	15 %
1.021–1.070	16 %
1.071–1.120	17 %
1.121–1.165	18 %
1.166–1.205	19 %
1.206–1.235	20 %
1.236–1.265	21 %
1.266–1.295	22 %
1.296–1.340	23 %
1.341–1.380	24 %
1.381–1.430	25 %
1.431–1.485	26 %
1.486–1.545	27 %
1.546–1.605	28 %
1.606–1.670	29 %
1.671–1.735	30 %
1.736–1.805	31 %
1.806–1.875	32 %
1.876–1.950	33 %
1.951–2.025	34 %
2.026–2.100	35 %
2.101–2.180	36 %
2.181–2.260	37 %
2.261–2.340	38 %
2.341–2.425	39 %
2.426–2.505	40 %
2.506–2.590	41 %
2.591–2.675	42 %
2.676–2.760	43 %
2.761–2.845	44 %
2.846–2.910	45 %
2.911–2.975	46 %
2.976–3.035	47 %
3.036–3.095	48 %
3.096–3.155	49 %
3.156–3.215	50 %
3.216–3.275	51 %
3.276–3.335	52 %
3.336–3.395	53 %[2]
3.396–3.455	54 %
3.456–3.515	55 %
3.516–3.580	56 %
3.581–3.645	57 %
3.646–3.715	58 %
3.716–3.785	59 %
3.786–3.975	60 %[3]
3.976–4.195	61 %
4.196–4.445	62 %
4.446–4.720	63 %
4.721–5.035	64 %
5.036–5.390	65 %
5.391–5.805	66 %
5.806–6.285	67 %
6.286–6.850	68 %
6.851–7.530	69 %
7.531–8.365	70 %
8.366–9.400	71 %
9.401–10.730	72 %
10.731–12.495	73 %
12.496–13.285	74 %
ab 13.286	75 %

1 Im Anschluss an FamRB 2014, 75. Berechnet unter Berücksichtigung von Beitragssätzen von 18,7 % für die Rentenversicherung und 3 % für die Arbeitslosenversicherung, und Lohnsteuer der Klasse 1 nach dem amtlichen Programmablaufplan 2015 ohne Kinderfreibeträge und ohne Vorsorgepauschale für den Kinderlosenzuschlag zur Pflegeversicherung und mit Solidaritätszuschlag; zur Anwendung vgl. BGH v. 25.2.1981 – IVb ZR 543/80, FamRZ 1981, 442 (444 f.); v. 1.6.1983 – IVb ZR 388/81, FamRZ 1983, 888 (889 f.); s. auch BGH v. 30.1.1985 – IVb ZR 70/83, FamRZ 1985, 471 (472 f.).

2 In den neuen Bundesländern wird bei einer Beitragsbemessungsgrenze von 5.200 € mit einer Nettobemessungsgrundlage von 3.389,50 € und einem Zuschlag von 53,41 % der höchstmögliche Einzahlungsbetrag in die gesetzliche Rentenversicherung von 972 € erreicht.

3 In den alten Bundesländern wird bei einer Beitragsbemessungsgrenze von 6.050 € mit einer Nettobemessungsgrundlage von 3.791,74 € und einem Zuschlag von 59,56 % der höchstmögliche Einzahlungsbetrag in die gesetzliche Rentenversicherung von 1.131 € erreicht. Nach BGH v. 25.10.2006 – XII ZR 141/04, FamRZ 2007, 117 = FamRB 2007, 33 ist aber auch ein Vorsorgeunterhalt jenseits der Beitragsbemessunggrenze nach den Grundsätzen der Bremer Tabelle zu berechnen.

Impressum

Familien-Rechtsberater (FamRB)
Redaktion: Ursula Beckers-Baader (verantw. Redakteurin), Leticia Seidl (Redaktionsassistentin), Anschrift des Verlags, Tel. 0221/93738-502 (Redaktions-Sekr.) bzw. -997 (Vertrieb/Abonnementsverwaltung), Fax 0221/93738-953 (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.
Anzeigenverkauf: sales friendly Verlagsdienstleistungen, Pfaffenweg 15, 53227 Bonn, Tel. 0228/97898-0, Fax 0228/97898-20, E-Mail: media@sales-friendly.de, gültig ist die Preisliste 13 vom 1.1.2015.
Satz: Griebsch & Rochol Druck GmbH & Co. KG, Gabelsberger Straße 1, 59069 Hamm
Druck: rewi druckhaus, Reiner Winters GmbH, Wiesenstr. 11, 57537 Wissen, druckhaus@rewi.de, www.rewi.de, PEFC/0431-0829. Förderung nachhaltiger Waldbewirtschaftung und Recycling – nähere Informationen unter www.pefc.org. Dieses Produkt wurde auf PEFC-zertifizierten Papieren produziert.
Erscheinungsweise: Jeweils zum Anfang eines Monats.
Bezugspreis: Jahresabonnement 209,– € (Print-Anteil 186,– €* / Online-Anteil 23,– €**), Einzelheft 18,60 €. Alle Preise verstehen sich inkl. der gesetzlichen MwSt. * 7 % oder ** 19 % sowie zzgl. Versandkosten. Die Rechnungsstellung erfolgt jährlich zu Beginn des Bezugszeitraums für das aktuelle Kalenderjahr (ggf. anteilig).
ISSN 1618-8349
Bestellungen bei jeder Buchhandlung sowie beim Verlag. Kündigungstermin für das Abonnement 6 Wochen vor Jahresschluss.

Leitsätze: Leitsätze des Bearbeiters bleiben ohne Kennzeichnung. Soweit ein amtlicher Leitsatz abgedruckt wird, ist er als solcher gekennzeichnet.
Hinweis für den Leser: Der Zeitschrifteninhalt wird nach bestem Wissen erstellt, Haftung und Gewähr müssen jedoch wegen der Komplexität und des ständigen Wandels der Rechtslage ausgeschlossen werden.
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.

Immer informiert:
Ihr Newsletter Familienrecht

Kostenlos alle zwei Wochen per E-Mail.
Einfach abonnieren unter:
www.famrb.de

Jetzt abonnieren:
Familien-Rechtsberater

Probe-Abo kostenlos mit 3 Heften und 3 Monaten Zugang zum Berater-Modul Familienrecht und zur Zeitschriften-App. Jetzt bestellen!

FamRB erscheint monatlich.

www.famrb.de
Aboservice Telefon 0221 93738-997

FamRBaktuell

BGH: Verjährung der Rückforderung von Schwiegerelternschenkungen

Der XII. Zivilsenat hat sich erneut mit dem Anspruch auf Rückforderung einer Schwiegerelternschenkung nach Scheitern der Ehe des eigenen Kindes mit dem Schwiegerkind befasst und dabei die Fragen beantwortet, unter welchen Voraussetzungen Schwiegereltern geschenktes Grundeigentum wegen Störung der Geschäftsgrundlage zurückverlangen können und binnen welcher Frist solche Ansprüche verjähren.

Erfolgt eine Schwiegerelternschenkung unter der für das Schwiegerkind erkennbaren Vorstellung, dass die Ehe fortbesteht und daher die Schenkung auch dem eigenen Kind dauerhaft zugutekommt, kann das Scheitern der Ehe nach den Grundsätzen über die Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 Abs. 1 BGB) zu einer Rückabwicklung der Schenkung führen. Als weitere Voraussetzung muss allerdings hinzukommen, dass ein Festhalten an der Schenkung für die Schwiegereltern unzumutbar ist. Auch wenn dies der Fall ist, kann in der Regel nur ein Ausgleich in Geld verlangt werden. Nur in seltenen Ausnahmefällen wird die Vertragsanpassung dazu führen, dass der zugewendete Gegenstand zurückzugewähren ist. Eine Rückgewähr des geschenkten Gegenstandes löst dann aber – von den Fällen kurzer Ehedauer abgesehen – im Gegenzug einen angemessenen Ausgleich in Geld aus. In Betracht kommt eine solche Rückgewähr bei nicht teilbaren Gegenständen wie Hausgrundstücken oder Miteigentumsanteilen insb. dann, wenn die Schwiegereltern sich – wie im vorliegenden Fall – ein Wohnungsrecht vorbehalten haben, das durch das Scheitern der Ehe gefährdet wird.

Ein solcher Rückübertragungsanspruch wäre hier auch nicht verjährt. Denn die wegen Störung der Geschäftsgrundlage vorzunehmende Vertragsanpassung einer Grundstücksschenkung von Schwiegereltern ist grundstücksbezogen und richtet sich daher – wie aus dem Gesetzeszweck und der Gesetzgebungsgeschichte folgt – nach § 196 BGB. Dieser sieht für Ansprüche auf Übertragung des Eigentums an einem Grundstück sowie die Ansprüche auf Gegenleistung eine zehnjährige Verjährungsfrist vor.

BGH, Beschl. v. 3.12.2014 – XII ZB 181/13
Quelle: Pressemitteilung des BGH v. 4.12.2014

BVerfG: Zeitpunkt der Einholung eines Abstammungsgutachtens

Der Anspruch auf Umgang sowie Auskunft gem. § 1686a Abs. 1 BGB setzt neben der leiblichen Vaterschaft des Antragstellers voraus, dass dieser ernsthaftes Interesse an dem Kind gezeigt hat und dass der Umgang dem Kindeswohl dient (Nr. 1), bzw. dass die Auskunft über die persönlichen Verhältnisse dem Wohl des Kindes nicht widerspricht und der Antragsteller an der Auskunft ein berechtigtes Interesse hat (Nr. 2). Aus dem Gesetz ergibt sich nicht, in welcher Reihenfolge die Anspruchsvoraussetzungen durch das Gericht zu klären sind.

Von Verfassungs wegen darf diese Reihenfolge jedoch nicht im Belieben des Gerichts stehen, weil die Betroffenen nicht mit Grundrechtseingriffen belastet werden dürfen, die nicht erforderlich sind. Insbesondere dürfen die Gerichte sich hierbei nicht alleine von Praktikabilitätserwägungen leiten lassen. Wegen der familiären Auswirkungen der Abstammungsklärung kann es zur Vermeidung unnötiger Eingriffe in das Familiengrundrecht vielmehr geboten sein, die Abstammungsklärung erst dann herbeizuführen, wenn das Gericht festgestellt hat, dass die sonstigen Anspruchsvoraussetzungen vorliegen; ist hingegen absehbar, dass die Klärung der sonstigen Anspruchsvoraussetzungen für die Betroffenen ungleich belastender ist, kann es umgekehrt geboten sein, zuerst die Abstammungsklärung vorzunehmen. Wenn sich die Frage der Kindeswohldienlichkeit oder -verträglichkeit ohne großen Aufwand klären lässt, wird das Gericht in der Regel vorab keine Abstammungsuntersuchung anordnen dürfen. Die Anordnung einer Abstammungsuntersuchung vor Klärung der sonstigen Anspruchsvoraussetzungen scheidet regelmäßig auch dann aus, wenn nach dem Stand der Ermittlungen unwahrscheinlich ist, dass die sonstigen Voraussetzungen vorliegen. Je wahrscheinlicher hingegen ist, dass die sonstigen Anspruchsvoraussetzungen vorliegen und je geringer die damit verbundenen Beeinträchtigungen des Familienlebens sind, desto eher darf eine Abstammungsuntersuchung vor der abschließenden Klärung der sonstigen Tatbestandsvoraussetzungen angeordnet werden. Hierbei kann insbesondere dem Umstand Bedeutung zukommen, ob die Möglichkeit der leiblichen Vaterschaft des Antragstellers zwischen den Beteiligten streitig ist oder nicht.

Dies zugrunde gelegt, begegnet die Anordnung der Abstammungsuntersuchung im vorliegenden Fall keinen verfassungsrechtlichen Bedenken, obwohl die weiteren Anspruchsvoraussetzungen noch nicht abschließend geklärt sind. Das OLG nimmt in nicht zu beanstandender Weise an, dass erhebliche psychische Auswirkungen der Abstammungsklärung auf die Beteiligten nicht zu befürchten sind, weil unstreitig ist, dass eine leibliche Vaterschaft des Antragstellers in Betracht kommt. Zudem sieht es derzeit die Voraussetzungen eines Auskunftsanspruchs nach § 1686a Abs. 1 Nr. 2 BGB – mit Ausnahme der leiblichen Vaterschaft des Antragstellers – als gegeben an. Dies erscheint nicht unplausibel, denn die Beschwerdeführer haben selbst einen solchen Anspruch „anerkannt“ und damit zu erkennen gegeben, dass aus ihrer Sicht der Auskunft über

das Kind keine unüberwindbaren Kindeswohlbelange entgegenstehen.

BVerfG, Beschl. v. 19.11.2014 – 1 BvR 2843/14
Quelle: Pressemitteilung des BVerfG v. 4.12.2014

BVerfG: Sorgerechtsentziehung: Eingehende Feststellungen zur Kindeswohlgefährdung

Das BVerfG hat die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Entziehung der elterlichen Sorge bekräftigt. Um eine Trennung des Kindes von den Eltern zu rechtfertigen, müssen die Fachgerichte im Einzelfall feststellen, dass das elterliche Fehlverhalten ein solches Ausmaß erreicht, dass das Kind bei den Eltern in seinem körperlichen, geistigen oder seelischen Wohl nachhaltig gefährdet wäre. Stützen sich die Gerichte dabei auf Feststellungen in einem Sachverständigengutachten, dessen Verwertbarkeit verfassungsrechtlichen Zweifeln unterliegt, können diese auf die gerichtliche Entscheidung durchschlagen, wenn die Gerichte die Zweifel nicht in der verfassungsrechtlich gebotenen Weise beseitigen.

Hier verfehlen die angegriffenen Entscheidungen die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Gefahrenfeststellung weiterhin u.a. deshalb, weil sie zwar auf mögliche Defizite bei der Erziehungsfähigkeit des Beschwerdeführers eingehen, ohne dass sich daraus aber ergibt, von welcher Art, Schwere und Wahrscheinlichkeit die deswegen befürchteten Beeinträchtigungen des Kindes sind, und weshalb diese Gefahren so gravierend sind, dass sie eine Fremdunterbringung legitimieren. Für die Fachgerichte ergibt sich aus Art. 6 Abs. 2 und 3 GG das Gebot, die dem Kind drohenden Schäden ihrer Art, Schwere und Eintrittswahrscheinlichkeit nach konkret zu benennen und sie vor dem Hintergrund des grundrechtlichen Schutzes vor der Trennung des Kindes von seinen Eltern zu bewerten. Stützen die Gerichte eine Trennung des Kindes von den Eltern – wie hier – auf Erziehungsdefizite und ungünstige Entwicklungsbedingungen, aus denen die erhebliche Kindeswohlgefährdung nicht ausnahmsweise geradezu zwangsläufig folgt, müssen sie sorgfältig prüfen und begründen, weshalb die daraus resultierenden Risiken für die geistige und seelische Entwicklung des Kindes die Grenze des Hinnehmbaren überschreiten.

BVerfG, Beschl. v. 19.11.2014 – 1 BvR 1178/14
Quelle: Pressemitteilung des BVerfG v. 28.11.2014

BGH: Wiedereinsetzung: Glaubwürdigkeit anwaltlicher Versicherung an Eides Statt

Grundsätzlich darf von dem anwaltlich als richtig oder an Eides Statt versicherten Vorbringen in einem Wiedereinsetzungsantrag ausgegangen werden. Das gilt aber dann nicht, wenn konkrete Anhaltspunkte es ausschließen, den geschilderten Sachverhalt mit überwiegender Wahrscheinlichkeit als zutreffend zu erachten (im Anschluss an Senatsurt. v. 2.11.1988 – IVb ZR 109/87, FamRZ 1989, 373).

BGH, Beschl. v. 12.11.2014 – XII ZB 289/14

BGH: Einbeziehung ruhender Parallelverpflichtung bei der VAP in den Versorgungsausgleich

Im Versorgungsausgleich ist neben dem Anrecht bei der Deutschen Telekom AG auch ein parallelverpflichtendes ruhendes Anrecht bei der Versorgungsanstalt der Deutschen Bundespost (VAP) zu teilen.

BGH, Beschl. v. 12.11.2014 – XII ZB 235/14

BGH: Barunterhaltspflicht im Wechselmodell

a) Die im Rahmen eines Wechselmodells von einem Elternteil geleistete Kinderbetreuung kann nicht zur Befreiung von seiner Barunterhaltspflicht führen.

b) Im Fall des Wechselmodells haben beide Elternteile für den Barunterhalt einzustehen. Der Unterhaltsbedarf bemisst sich nach dem beiderseitigen Einkommen der Eltern und umfasst außerdem die infolge des Wechselmodells entstehenden Mehrkosten (vor allem Wohn- und Fahrtkosten).

c) Ob ein Elternteil die Hauptverantwortung für ein Kind trägt und damit seine Unterhaltspflicht im Sinne des § 1606 Abs. 3 Satz 2 BGB bereits durch Erziehung und Pflege erfüllt, ist eine Frage tatrichterlicher Würdigung. Dabei kommt der zeitlichen Komponente der von ihm übernommenen Betreuung zwar eine Indizwirkung zu, ohne dass sich allerdings die Beurteilung allein hierauf zu beschränken braucht (im Anschluss an Senatsbeschl. v. 12.3.2014 – XII ZB 234/13, FamRZ 2014, 917 m. Anm. *Schürmann* = FamRB 2014, 204 [*Liceni-Kierstein*]).

BGH, Beschl. v. 5.11.2014 – XII ZB 599/13

BGH: Einrede der Verjährung im Festsetzungsverfahren

Die Einrede der Verjährung ist im Festsetzungsverfahren vom Rechtspfleger zu berücksichtigen. Dabei hat er nicht nur zu prüfen, ob der Anspruch verjährt ist, sondern auch, ob die Einrede gegebenenfalls treuwidrig erfolgt und ihr damit § 242 BGB entgegensteht (im Anschluss an Senatsbeschl. v. 11.4.2012 – XII ZB 459/10, FamRZ 2012, 1051).

BGH, Beschl. v. 5.11.2014 – XII ZB 186/13

BGH: Versorgungsausgleich: Keine Abänderung aufgrund bloßer Rechen- oder Rechtsanwendungsfehler im Ausgangsverfahren

Bloße Rechen- oder Rechtsanwendungsfehler im Ausgangsverfahren eröffnen nicht die Abänderungsmöglichkeit nach § 51 VersAusglG (im Anschluss an Senatsbeschl. v. 24.7.2013 – XII ZB 340/11, BGHZ 198, 91 = FamRZ 2013, 1548 = FamRB 2013, 353). Sie können daher auch nicht zusammen mit tatsächlich eingetretenen Wertänderungen, die für sich genommen unwesentlich sind, eine Abänderung eröffnen.

BGH, Beschl. v. 22.10.2014 – XII ZB 323/13

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

FamRZ-Buch 27

Ralf Engels

Steuerrecht für die familienrechtliche Praxis

2. Auflage

Neuauflage!

GIESEKING

von *Ralf Engels,* Rechtsanwalt/Fachanwalt für Familien- und Steuerrecht
2., neu bearbeitete Auflage, (ca. Februar) 2015;
ca. XXX und 420 Seiten; brosch. € [D] 59,–
ISBN 978-3-7694-1141-6

Steuerliche Grundlagen zu Themen wie

- Veranlagung in der Krise/Realsplitting/Einkommensermittlung u. unterhaltsrechtliche Korrekturen/Familienbezogene Verträge/Steuern und Kinder/Schenkungsteuer/Immobilien u. Zugewinn

sind ein **Muss**. Das FamRZ-Buch vom **Familien- *und* Steuerrechtsexperten** „ist vom Praktiker für den Praktiker geschrieben und behandelt erschöpfend alle steuerlichen Fragen, die den Familienrechtler täglich bewegen", es ist „uneingeschränkt zu empfehlen" (*Schlünder/Geißler,* FamRZ 2009, 1808 f., zur Voraufl.).

Die Neuauflage umfasst u.a. die **aktuellen Themen**

- Gleichstellung der Lebenspartnerschaft
- Ehegattenveranlagung ab VZ 2013
- Folgen des VersAusglG
- Abzugsfähigkeit von Betreuungskosten
- Wegfall der Einkünfte/Bezüge der Kinder im Familienleistungsausgleich
- Schenkungsteuer bzgl. Zuwendungen/Abfindungen.

Insbesondere für (Fach-)Anwälte, Richter und Notare!

. . . Ihre Buchhandlung erwartet Sie!

GIESEKING

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

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

FamRZ-Buch 39

Gabriele Janlewing

Insolvenzrecht für die familienrechtliche Praxis

Neu!

GIESEKING

von *Prof. Dr. Gabriele Janlewing,* Rechtsanwältin/Fachanwältin für Familien- u. Insolvenzrecht
(ca. Januar) 2015; ca. XV und 160 Seiten, brosch. €[D] 39,–
ISBN 978-3-7694-1140-9

Mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines familienrechtlich Verpflichteten entstehen **zahlreiche Fragen.** Für den **Berechtigten** ist es z.B. wichtig, welche Forderungen wie anzumelden sind und wie an der Insolvenzmasse partizipiert werden kann. Den **Verpflichteten** interessiert dagegen, ob und welche Schutzanträge zu stellen sind.

Das neue FamRZ-Buch bringt die **notwendigen Kenntnisse** verständlich auf den Punkt (u.a. mit Schaubildern), bietet praktische **Lösungsvorschläge** und hilfreiche **Mustertexte.** Auch offene Fragen (z.B. materiell-rechtliche Bedarfsberechnung beim selbständigen Unterhaltsschuldner) werden praxisgerecht beantwortet. Die **Insolvenzrechtsreform 2014** ist inbegriffen, insbesondere die jetzt für Verbraucher zulässige Sanierung durch Insolvenzplan (§§ 217 ff. InsO).

Alles von einer **ausgewiesenen Expertin:** *Gabriele Janlewing* ist Fachanwältin für Familien- und Insolvenzrecht, Professorin mit solchem Forschungsschwerpunkt sowie Referentin in der anwaltlichen Fortbildung!

. . . Ihre Buchhandlung erwartet Sie!

GIESEKING

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

Es kann jeden treffen.

Geimer, **Internationales Zivilprozessrecht.**
Von Prof. Dr. Dr. h. c. Reinhold Geimer.
7., neu bearbeitete Auflage 2015, rd. 1.700 Seiten, Lexikonformat, gbd., 199,– €. Erscheint im Januar. ISBN 978-3-504-47088-3

Zivilrechtsfälle mit Auslandsberührung sind heute an der Tagesordnung. Das heißt: Als Anwalt müssen Sie immer damit rechnen, plötzlich nach internationalen Verfahrensregeln agieren zu müssen. Doch da fühlen sich die wenigsten zu Hause. Dann hilft nur eins: Das Handbuch des Autors zu Rate ziehen, dessen Name mit dem Rechtsgebiet so eng verknüpft ist wie kein anderer – Geimer.

Es ist einfach *das* Buch zum Thema. Handbuch und Lehrbuch in einem. Neben der detaillierten Beantwortung aller Einzelfragen zeigt es Zusammenhänge auf, ohne deren Verständnis jeder in diesem komplizierten Rechtgebiet verloren wäre. Schnelle Orientierung durch klare Struktur und gute Querverweise. Kritisch, praxisnah, aus einem Guss. Mit vielen Anregungen für die Praxis und Beispielen. Und rundum auf dem neuesten Stand. Insbesondere im Hinblick auf die rasante Entwicklung der europäischen Gesetzgebung und der Rechtsprechung des EuGH, der seit dem Wegfall der Vorlagebeschränkung immer häufiger über Auslegungsfragen entscheidet.

Geimer, Internationales Zivilprozessrecht. Jetzt Probe lesen und bestellen bei **www.otto-schmidt.de/giz7**

ottoschmidt