

7  
05

Juli

Seiten 189–220

# Der Familien- Rechts- Berater

Informationsdienst  
für die familienrechtliche Praxis

## Rechtsprechung

### Kindschaftsrecht

- Ausschluss der Vaterschaftsanfechtung bei heterologer Insemination

### Verfahrensrecht

- Prozesskostenvorschuss für volljährige Kinder
- Mutwilligkeit der isolierten Geltendmachung einer Scheidungsfolgensache

### Steuerrecht

- Kindergeld: Sozialversicherungsbeiträge mindern Bemessungsgröße für Jahresgrenzbetrag

### Erbrecht

- Verfassungsrechtliche Garantie des Pflichtteilsrechts

## FamRB-Beratungspraxis

### Aktuelle Praxisfragen

- Die neuen Werte der Düsseldorfer Tabelle *Strohal*
- Verbot der Doppelberücksichtigung von Verbindlichkeiten *Kogel*
- Erhöhte Einigungsgebühren auch in familiengerichtlichen Beschwerdeverfahren? *N. Schneider*

### Steuern und Vermögensplanung

- Vorweggenommene Erbfolge unter Nießbrauchsvorbehalt *Wälzholz*

### FamRBinformativ

- Neue Verfahrensordnung für die Familiengerichte

Beilage: Unterhaltsrechtliche  
Leitlinien der Familiensenate  
in Süddeutschland

[www.famrb.de](http://www.famrb.de)

**oVs** Verlag  
Dr. Otto Schmidt  
Köln

**Neu!**  
Jetzt mit  
Quartalsbeilage  
**FamRB**  
international



## Aus Mandantenzahlungen müssen keine langwierigen Prozesse werden.

Postbank Kanzlei-Paket: das Kartenzahlungssystem für schnelle Honorarabrechnungen.

### Ob Beratungshonorar, Gerichtskostenvorschuss oder Gebührenforderung.

Während Sie für eine exzellente Rechtsberatung Ihrer Mandanten sorgen, kümmern wir uns um eine reibungslose Abrechnung Ihrer Vergütung. Das Postbank Kanzlei-Paket bietet Mandanten einen komfortablen Zahlungsservice und Ihnen die schnelle und zuverlässige Gutschrift auf Ihr Konto. Ideal auch für die Gemeinschaftskanzlei: Durch Kontosplitting sind Gutschriften auf bis zu neun verschiedenen Zielkonten möglich. Aber machen Sie sich Ihr eigenes Urteil: Fordern Sie mehr Informationen mit diesem Fax-Formular an.

Coupon ausfüllen, Anzeige heraustrennen und faxen an: **0180-30 40 999**

**Ja, ich interessiere mich für das Postbank Kanzlei-Paket.  
Bitte nehmen Sie Kontakt mit mir auf.**

Name, Vorname:

Straße, Haus-Nr.:

PLZ, Ort:

Telefon-Nr.:



0180-44 40 400 (24 Cent/Anruf)



[www.postbank.de/geschaeftskunden](http://www.postbank.de/geschaeftskunden)

 **Postbank**  
 GESCHÄFTSKUNDEN

## In diesem Heft

FamRB im Internet: [www.famrb.de](http://www.famrb.de)

### Rechtsprechung

#### Eheliches Güter- und Vermögensrecht

- ▶ Gesamtschuldnerausgleich nach § 426 BGB nach Scheitern der Ehe  
 OLG Oldenburg, Urt. v. 1.3.2005 – 12 U 116/04 189

#### Unterhaltsrecht

- ▶ Unterhaltsrechtliche Zuordnung des Familienzuschlags  
 OLG Celle, Urt. v. 19.1.2005 – 15 UF 139/04 190
- ▶ Unterhalt wegen Erwerbslosigkeit  
 OLG Köln, Urt. v. 18.1.2005 – 4 UF 105/04 190
- ▶ Kein Elternunterhalt bei vollständigem Verbrauch des Familieneinkommens  
 OLG Hamm, Urt. v. 22.11.2004 – 8 UF 411/00 191
- ▶ Anrechnung von Leistungen nach dem Grundversicherungsgesetz  
 OLG Bremen, Urt. v. 11.11.2004 – 5 UF 40/04 192
- ▶ PKH für Unterhaltsklage der nichtehelichen Mutter  
 OLG Frankfurt, Beschl. v. 23.9.2004 – 6 UF 152/04 193

#### Versorgungsausgleich

- ▶ Höchstbetrag des Ausgleichs in Ostanrechten richtet sich nach ARW (Ost)  
 BGH, Beschl. v. 1.12.2004 – XII ZB 67/00 193
- ▶ Bewertung der Niedersächsischen Rechtsanwaltsversorgung  
 BGH, Beschl. v. 3.11.2004 – XII ZB 83/00 194
- ▶ Ausschluss des Versorgungsausgleichs gem. § 1587c BGB  
 OLG Köln, Beschl. v. 7.3.2004 – 4 UF 114/02 195

#### Kindschaftsrecht

- ▶ Fremdunterbringung von Kindern gegen Willen der Eltern  
 EuGHMR, Urt. v. 8.4.2004 – Beschwerde Nr. 11057/02 196

- ▶ Erfolgreiche Verfassungsbeschwerde gegen Sorgerechtsentscheidung des OLG Naumburg in Sachen Görgülü  
 BVerfG, Beschl. v. 5.4.2005 – 1 BvR 1664/04 197
- ▶ Ausschluss der Vaterschaftsanfechtung bei heterologer Insemination  
 BGH, Urt. v. 26.1.2005 – XII ZR 70/03 198
- ▶ Längerer Ferienaufenthalt begründet keinen Obhutswechsel  
 OLG Köln, Beschl. v. 13.12.2004 – 14 WF 175/04 199

#### Verfahrensrecht

- ▶ Prozesskostenvorschuss für volljährige Kinder  
 BGH, Beschl. v. 23.3.2005 – XII ZB 13/05 200
- ▶ Mutwilligkeit der isolierten Geltendmachung einer Scheidungsfolgensache  
 BGH, Beschl. v. 10.3.2005 – XII ZB 20/04 200
- ▶ Keine Beschwerde gegen PKH-Versagung für einstweilige Anordnung  
 BGH, Beschl. v. 23.2.2005 – XII ZB 1/03 201
- ▶ PKH: Kindergeld als Einkommen  
 BGH, Beschl. v. 26.1.2005 – XII ZB 234/03 202

#### Steuerrecht

- ▶ Kindergeld: Sozialversicherungsbeiträge mindern Bemessungsgröße für Jahreshesgrenzbetrag  
 BVerfG, Beschl. v. 11.1.2005 – 2 BvR 167/02 203

#### Betreuung/Vormundschaft/Pflegschaft

- ▶ Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts  
 OLG Schleswig, Beschl. v. 12.1.2005 – 16 W 300/04 204

#### Erbrecht

- ▶ Verfassungsrechtliche Garantie des Pflichtteilsrechts  
 BVerfG, Beschl. v. 19.4.2005 – 1 BvR 1644/00, 1 BvR 188/03 204

## FamRB-Beratungspraxis

### Aktuelle Praxisfragen

*VorsRiOLG Friedrich Strohal, Stuttgart*

- **Die neuen Werte der Düsseldorfer Tabelle** 206

*FAFamR Dr. Walter Kogel, Aachen*

- **Verbot der Doppelberücksichtigung von Verbindlichkeiten beim Zugewinn und Unterhalt** 207

*RA Norbert Schneider, Neunkirchen*

- **Erhöhte Einigungsgebühren auch in familiengerichtlichen Beschwerdeverfahren?** 210

### Steuern und Vermögensplanung

*Notar Dr. Eckhard Wälzholz, Füssen*

- **Vorweggenommene Erbfolge unter Nießbrauchsvorbehalt** 212

## FamRBinformativ

- **Neue Verfahrensordnung für die Familiengerichte (FamFG)** 217
- **Verweigerung der Zustimmung zur Zusammenveranlagung im Finanzgerichtsprozess** 217

#### Beilagenhinweis:

Dieser Ausgabe liegen die Beilagen „CfM Intensiv-Seminar Mediator/in“ und „Langenfeld: Grundstückszuwendungen zur lebzeitigen Vermögensnachfolge“, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln, sowie „Langenfeld: Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen“, C. H. Beck, München, bei.

Wir bitten unsere Leser um freundliche Beachtung.

## Postbank

212

In Kooperation mit der Postbank präsentiert der Familien-Rechts-Berater regelmäßig fachbezogene Beiträge zur steuer- und vermögensoptimierenden Beratungspraxis im Familienrecht. Mit über 300.000 Geschäftskunden gehört die Postbank zu den größten Finanzdienstleistern in Deutschland mit einem großen Angebot für Selbständige, Angehörige Freier Berufe und kleine Unternehmen. Wir empfehlen dazu das Angebot auf S. II Ihrer Aufmerksamkeit.

## Impressum

**Redaktion:** Peter Marqua (verantw. Redakteur) · Ursula Beckers-Baader (Redakteurin) · Leticia Scheloske (Redaktionsassistentin).

**Redaktionsbeirat:** PräSAG Helmut Borth, Stuttgart · RiOLG a.D. Werner Gutdeutsch, Ebersberg · RA FAFamR Jörn Hauß, Duisburg · RAin FAFamR Dr. Uta Roessink, Köln.

**Ständige Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter:** RiAG Volker Bißmaier, Besigheim · RAin FAFamR Stefanie Brielmaier, Berlin · RAin Susanne Christ, Köln · RA FAFamR Priv.-Doz. Dr. Peter Finger, Frankfurt a.M. · RA FAFamR Roland Garbe, Lenzen/Brandenburg · RAin FAFamR Monika Goering, Fredenbeck · Notar Dr. Dr. Herbert Grziwotz, Regen · RA FAFamR und Notar Rudolf Haibach, Gießen · RA FAFamR Joachim Heinle, Bonn · RA und Notar Michael Klingberg, Göttingen · RA FAFamR Dr. Walter Kogel, Aachen · RAin Gisela Kühner, Hamm · RiAG Dr. Matthias Locher, Essen · RA FAFamR und Notar Gunnar Melchers, Nordenham · RiAG Dr. Martin Menne, BMJ, Berlin · RiOLG Eva Moll-Vogel, Celle · RiOLG Dr. Stefan Motzer, Stuttgart · RA FAFamR Dr. Lothar Müller, Rastatt · RiAG Ralph Neumann, Brühl · RAin FAFamR Antje Pietrek, Celle · RA und Notar Dr. Hubertus Rohlfing, Hamm · RA FAFamR Jochen Schober, Schleswig · Notar Dr. Eckhard Wälzholz, Füssen · VorsRiOLG Reinhardt Wever, Bremen · RiAG Andreas Wiegelmann, Köln.

**Verlag:** Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Gustav-Heinemann-Ufer 58, 50968 Köln, Postfach 51 10 26, 50946 Köln, Telefon 02 21/9 37 38-5 02, Fax -9 53. Erfüllungsort und Gerichtsstand ist Köln.

**E-Mail:** famrb@otto-schmidt.de.

**Anzeigen:** Renate Becker (Anzeigenleitung), Telefon 02 21/9 37 38-4 21, Fax -9 42, E-Mail: anzeigen@otto-schmidt.de. Gültig ist die Preisliste Nr. 3 vom 1.1.2005.

**Satz und Druck:** Boyens Offset, Heide.

**Erscheinungsweise:** Jeweils zum Anfang eines Monats.

**Bezugspreis:** Jahresabonnement 129,- €, Einzelheft 12,90 €. Alle Preise zuzüglich Versandkosten und inklusive Umsatzsteuer.

**Bestellungen:** Bei jeder Buchhandlung sowie beim Verlag (Vertrieb/Abonnementsverwaltung Telefon 02 21/9 37 38-4 99, Fax -9 43). Kündigungstermin für das Abonnement 6 Wochen vor Jahresschluss.

ISSN 1618-8349

**Volltext-Service:** FamRB-Bezieher können die Volltexte der vorgestellten BGH- und OLG-Entscheidungen online bei der Verlagsredaktion abrufen: famrb@otto-schmidt.de.

**Urheber- und Verlagsrechte:** Manuskripte werden nur zur Alleinveröffentlichung angenommen. Der Autor versichert, über die urheberrechtlichen Nutzungsrechte an seinem Beitrag einschließlich aller Abbildungen 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.

## Rechtsprechung

### Eheliches Güter- und Vermögensrecht

#### ■ Gesamtschuldnerausgleich nach § 426 BGB nach Scheitern der Ehe

**Eine anderweitige Bestimmung i.S.v. § 426 BGB kann auch eine ständige Übung der Eheleute trotz einer anderen Regelung vorsehenden Vereinbarung sein. Zins- und Tilgungsleistungen eines Ehegatten auf eine gemeinsame Schuld stellen eine „ehebedingte Zuwendung“ dar.**

OLG Oldenburg, Urt. v. 1.3.2005 – 12 U 116/04  
(LG Aurich – 2 O 497/04)  
BGB §§ 313, 426  
*OLGReport Oldenburg 2005, 313*  
*Bestell-Nr.: FE-01620*

**Das Problem:** Aufgrund notarieller Trennungsvereinbarung vereinbarten die Eheleute Gütertrennung und der Ehemann übertrug seinen hälftigen Hausanteil auf seine Ehefrau. Zudem vereinbarten die Parteien, dass die Ehefrau Trennungsunterhalt erhielt, aber die Zins- und Tilgungsleistungen für das Hausgrundstück übernahm. Die Parteien versöhnten sich und lebten weiter zusammen. Der Ehemann bediente wie seither alleine die Bank. Nach endgültiger Trennung der Parteien begehrt er Erstattung dieser von ihm aufgewendeten Hauslasten. Das LG hat dem Ehemann einen Ausgleichsanspruch nach § 426 Abs. 1 BGB vom Abschluss der Trennungsvereinbarung an zugesprochen.

**Die Entscheidung des Gerichts:** Trotz der ausdrücklichen Regelung in der notariellen Vereinbarung hebt das OLG das landgerichtliche Urteil auf und weist die Klage ab. Dies deshalb, weil die Eheleute mit Ausnahme der Übertragung der Haushälfte des Ehemannes auf die Ehefrau, die übrigen Regelungen der notariellen Vereinbarung nie in die Praxis umgesetzt haben. Nach Zustandekommen der Trennungsvereinbarung wurde die Ehe fast 8 Jahre lang fortgesetzt, ohne dass sich an den vor der Trennung bestehenden Verhältnissen etwas verändert hätte. Die Eheleute haben bis zur endgültigen Trennung die früher praktizierte Bezahlung ihrer Verbindlichkeiten beibehalten und auch sonst weiter zusammen gewirtschaftet. Damit haben die Eheleute eine anderweitige Bestimmung i.S.v. § 426 BGB getroffen und die ehelichen Lebensverhältnisse überlagern die Regelung in der notariellen Vereinbarung (st. Rspr. des BGH, zuletzt BGH v. 20.3.2002 – XII ZR 176/00, BGHReport 2002, 463 = MDR 2002, 1252 = FamRZ 2002, 739). Das OLG konstatiert, dass die in einer intakten Ehe praktizierte tatsächliche Handhabung der Schuldentilgung

die Annahme rechtfertige, dass der die Verbindlichkeiten bedienende Ehegatte einen auf ihn entfallenden Beitrag zum Familienunterhalt leiste, ohne hierfür nachträglich einen Ausgleich verlangen zu wollen. Um sich eingehender mit einem möglichen Wegfall der Geschäftsgrundlage auseinander zu setzen, hätte es nach dem OLG eines ausführlicheren Tatsachenvortrags bedurft.

**Konsequenzen für die Praxis:** Das OLG hat die Klageabweisung ganz knapp auch damit begründet, dass eine Korrektur unter dem Gesichtspunkt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage nur in Betracht gekommen wäre, wenn die Beibehaltung der geschaffenen Vermögenslage einen Ehegatten, hier den Ehemann, in einer nach Treu und Glauben unzumutbaren Weise benachteiligt hätte. Das OLG meint, dass dafür nichts vorgetragen und auch sonst nichts ersichtlich sei, was dafür hätte sprechen können. Diese Feststellung ist nicht ganz zweifellos. Denn nicht nur die Übertragung des 1/2-Anteils am Haus, sondern auch die alleinige Übernahme der Zins- und Tilgungsleistungen bei gemeinsamen Schulden stellt eine sog. ehebedingte Zuwendung dar (BGH v. 15.2.1989 – IVb ZR 105/87, MDR 1989, 723 = FamRZ 1989, 599). Dieser Umstand allein wird in der Regel aber nicht dazu führen, dass der zahlende Ehegatte eine Rückabwicklung gem. § 313 BGB verlangen kann (zu den Einzelheiten der Rückabwicklung einer ehebedingten Zuwendung wird auf *Heinle*, FamRB 2002, 145 verwiesen). Da die Ehegatten jedoch Gütertrennung vereinbart hatten und der Ehemann zuvor seinen 1/2-Anteil an dem Eigenheim seiner Frau übertragen hatte, führte die weitere Abbezahlung von ca. 80.000 € dazu, dass sich die Vermögensverhältnisse danach doch sehr unterschiedlich gestalteten. Da die Rechtsprechung bei Gütertrennung die Rückabwicklung einer ehebedingten Zuwendung eher bejaht als im gesetzlichen Güterstand, hatte der Ehemann mit seinem Hilfsvorbringen eigentlich eine gute Chance, sein Klagebegehren mit Aussicht auf Erfolg auf § 313 BGB zu stützen.

**Beraterhinweis:** Gerade bei Gütertrennung besteht also Veranlassung, Zins- und Tilgungsleistungen, die ein Ehegatte auf gemeinsame Verbindlichkeiten leistet, als ehebedingte Zuwendung zu qualifizieren, auch wenn während intakter Ehezeit durch entsprechende Praxis eine anderweitige Regelung i.S.v. § 426 BGB vorliegt und damit ein Ausgleichsanspruch nach dieser Norm ausscheidet. Je nachdem, wie hoch der Darlehensabbau und damit der Vermögensaufbau beim anderen Ehegatten ausfällt, kann, wenn dann auch noch andere Umstände, z.B. Gütertrennung und Alleineigentum des anderen, hinzukommen, durchaus ein Ausgleichsanspruch nach § 313 BGB in Betracht kommen. ◀

*RA Joachim Heinle, FAFamR, Bonn*

## Unterhaltsrecht

### Unterhaltsrechtliche Zuordnung des Familienzuschlags

**Die dem Unterhaltspflichtigen zufließenden steuerlichen Vorteile aus dem Ehegattensplitting der neuen Ehe sind bei der Bestimmung des nachehelichen Unterhalts des geschiedenen Ehegatten nicht zu berücksichtigen. Der nach §§ 39, 40 BBesG zufließende Familienzuschlag ist dagegen als prägender Bestandteil dem Einkommen zuzurechnen.**

OLG Celle, Urt. v. 19.1.2005 – 15 UF 139/04  
(AG Hildesheim – 36 F 36435/03)  
BGB §§ 1578, 1581 Satz 1; BBesG §§ 39, 40  
*OLGReport Celle 2005, 90 = FamRZ 2005, 716*  
Bestell-Nr.: FE-01535

**Das Problem:** Nachdem im Fall der Wiederheirat des geschiedenen Unterhaltspflichtigen das BVerfG die steuerlichen Splittingvorteile nach §§ 26, 26b, 32a EStG zur Konkretisierung des sich aus Art. 6 Abs. 1 GG ergebenden Schutzauftrages in der Entscheidung vom 7.10.2003 (BVerfG v. 7.10.2003 – 1 BvR 246/93, 1 BvR 2298/94, MDR 2004, 36 = BFHReport 2003, 174 = FamRZ 2003, 1821 = FamRB 2003, 382) ausschließlich der neuen Ehe zugeordnet hat und diese auch nicht durch eine Zuweisung dieser Vorteile zum unterhaltspflichtigen Einkommen zur Bestimmung des Unterhalts des geschiedenen Ehegatten faktisch entzogen werden dürfen, stellt sich die Frage, ob nach diesen Grundsätzen auch familienpolitisch motivierte Leistungen in Form des Familienzuschlags nach §§ 39, 40 BBesG ausschließlich der neuen Ehe zuzuweisen sind.

**Die Entscheidung des Gerichts:** Zutreffend weist das OLG darauf hin, dass nach § 40 Abs. 1 Nr. 3 BBesG auch einem geschiedenen Beamten, Richter oder Soldaten ein Familienzuschlag (im Jahre 2005 i.H.v. etwa 105 €) zusteht, wenn er aus der geschiedenen Ehe unterhaltspflichtig ist. Denn in diesem Fall hat der Gesetzgeber bereits der geschiedenen Ehe diesen Zuschlag – zur Erfüllung des Schutzauftrages nach Art. 6 Abs. 1 GG – zugeordnet. Er ist deshalb nicht erst mit Eingehen der zweiten Ehe entstanden. Insofern wirkt sich Art. 6 Abs. 1 GG auf das Einkommensniveau der geschiedenen Ehe aus (so bereits *Borth*, FamRB 2004, 18 [19 unter Ziff. II. 3.]).

Andererseits führt das OLG zutreffend aus, dass der weitere Familienzuschlag, der durch ein voreheliches Kind des neuen Ehegatten ausgelöst wird (Stufe 2 des Familienzuschlags), ausschließlich der neuen Ehe zuzuweisen ist (so bereits *Borth*, FamRB 2004, 18 [19 unter Ziff. II. 3.]), weil nach den Grundlagen der Entscheidung des BVerfG dieser Einkommenanteil der neuen Ehe zugute kommen soll. Ferner hat dieser Teil die ehelichen Lebensverhältnisse nach § 1578 Abs. 1 BGB nicht geprägt.

**Konsequenzen für die Praxis:** Handelt es sich bei einem wiederverheirateten Unterhaltspflichtigen um einen Beamten, Richter oder Soldaten, der seinem geschiedenen

Ehegatten nachehelichen Unterhalt schuldet, ist anhand der Gehaltsabrechnung festzustellen, um wie viele Stufen des Familienzuschlags das Grundgehalt erhöht ist. Wird der Familienzuschlag nach Stufe 2 ausbezahlt, ist zu prüfen, ob dieser durch ein Kind der geschiedenen oder der neuen Ehe ausgelöst wird. Im letzteren Fall ist das Einkommen zur Bestimmung des nachehelichen Unterhalts lediglich nach Stufe 1 heranzuziehen.

In jedem Fall ist der steuerliche Splittingvorteil aus der neuen Ehe aus dem tatsächlich bezogenen Gehalt herauszurechnen. Dies kann durch Umrechnen des Einkommens von der Steuerklasse III in IV, korrekter durch Anwendung der Grundtabelle auf das Jahreseinkommen erfolgen (eingehend *Borth*, FamRB 2004, 18 [21 unter Ziff. IV. 1.]), falls der Unterhaltspflichtige nicht bereits Lohnsteuer nach der Klasse IV abführt. In diesem Fall kann die Steuererstattung bei gemeinsamer Veranlagung mit dem neuen Ehegatten nicht dem unterhaltspflichtigen Einkommen zugerechnet werden.

Soweit eine Obliegenheit zur Geltendmachung des Realsplittings nach § 10 Abs. 1 Nr. 1 EStG besteht, ist der sich hieraus ergebende Vorteil zur Bestimmung des nachehelichen Unterhalts heranzuziehen (zur Berechnung s. *Schümann*, FamRZ 2003, 1825; *Borth*, FamRB 2004, 18 [21]).

**Beraterhinweis:** Die vorgenannten Grundsätze gelten auch bei einem Angestellten, dessen Vergütung eine familienbezogene Leistung enthält (so BAT oder vergleichbare Tarife).

Besteht gleichzeitig eine Unterhaltspflicht gegenüber Kindern aus der geschiedenen Ehe, stellt sich die Frage, ob deren Bedarf nach § 1610 Abs. 1 BGB aus der steuerlichen Grundtabelle oder Splittingtabelle (Steuerklasse IV oder III) zu ermitteln ist (eingehend *Schümann*, FamRZ 2003, 1825 [1828]; *Borth*, FamRB 2004, 18 [20 unter Ziff. III. 2.]). Legt man das Einkommen aus der Splittingtabelle zugrunde, ist weiter zu prüfen, ob der Vorwegabzug des Kindesunterhalts bei der Bedarfsbestimmung nach § 1578 Abs. 1 BGB auf der Grundlage der Splittingtabelle oder der Grundtabelle zu erfolgen hat. Diese Frage hat das OLG offen gelassen. ◀

*PräsAG Helmut Borth, Stuttgart*

### Unterhalt wegen Erwerbslosigkeit

**In der Regel ist ein Arbeitsplatz erst nach Ablauf von zwei Jahren als nachhaltig gesichert anzusehen; erst von diesem Moment ab ist das Arbeitsplatzrisiko vom Unterhaltsberechtigten zu tragen. Solange keine nachhaltige Sicherung durch eigene Erwerbstätigkeit eintritt, hat der Unterhaltsberechtigte darzulegen, dass trotz intensiver Suche ein Arbeitsplatz nicht zu finden war. Hat der Unterhaltsberechtigte keine ausreichenden Bewerbungsbemühungen dargelegt, kann nicht ausgeschlossen werden, dass bei ausreichendem und rechtzeitigem Bemühen eine Stelle gefunden hätte werden können, die den Lebensunterhalt durch eigene Arbeit gesichert hätte. Es gibt keinen Grund-**

**satz, dass bestimmte Personengruppen nicht mehr in eine Erwerbstätigkeit vermittelbar sind.**

OLG Köln, Urt. v. 18.1.2005 – 4 UF 105/04

(AG Brühl – 32 F 427/02)

BGB § 1573 Abs. 4

[www.zr-report.de](http://www.zr-report.de)

Bestell-Nr.: FE-01619

**Das Problem:** Wann tritt eine nachhaltige Sicherung des Arbeitsplatzes ein? Entfällt der Unterhaltsanspruch, wenn nicht auszuschließen ist, dass für den Berechtigten bei ausreichendem Bemühen eine reale Beschäftigungschance bestanden hätte?

**Die Entscheidung des Gerichts:** Das OLG geht mit der Rechtsprechung und der Literatur (vgl. u.a. *Brudermüller* in Palandt, 64. Aufl., § 1573 BGB Rz. 13) davon aus, dass ein Arbeitsplatz erst nach Ablauf von zwei Jahren als nachhaltig gesichert anzusehen ist, mit der Folge, dass erst danach das Arbeitsplatzrisiko vom Unterhaltsberechtigten allein zu tragen ist. Vor Ablauf dieser Zeit kann nicht von einer nachhaltigen Sicherung ausgegangen werden, so dass der Unterhaltsanspruch dem Grunde nach besteht, jedoch mit der Verpflichtung zur intensiven Bemühung um die Erlangung einer neuen Arbeitsstelle. Für den Umfang und die Intensität der zu verlangenden Bemühungen trägt der Unterhaltsberechtigte die Darlegungs- und Beweislast, insbesondere dahin gehend, dass trotz ausreichender Bemühungen ein Arbeitsplatz nicht gefunden werden konnte. Der Unterhaltsanspruch entfällt somit, wenn nicht auszuschließen ist, dass für den Berechtigten bei ausreichendem Bemühen eine reale Beschäftigungschance bestanden hat. Nach Auffassung des Gerichts gibt es keinen Grundsatz, dass bestimmte Personen oder Personengruppen grundsätzlich nicht mehr in eine Erwerbstätigkeit vermittelbar sind, selbst wenn eine Arbeitsplatzsuche für Frauen ab Ende 40 erschwert sein mag. Auch in einem solchen Falle könne nur in Ausnahmefällen ohne hinreichende Bemühungen vom Fehlen jeglicher Beschäftigungschance ausgegangen werden (vgl. auch OLG Hamm v. 4.9.1998 – 5 UF 102/98, FamRZ 1999, 1011). 3 bis 4 Bewerbungen pro Monat seien auch dann absolut unzureichend, wenn man eine Halbtagsstelle innehat, da eine Verpflichtung zur Vollzeitstätigkeit bestehe.

**Konsequenzen für die Praxis:** Das OLG stellt einerseits klar, dass erst nach Ablauf von zwei Jahren von einer nachhaltigen Sicherung des Arbeitsplatzes gesprochen werden kann, andererseits sieht es zutreffend auch für Arbeitsplatzsuchende mit Ende 40/Anfang 50 keinen Erfahrungsgrundsatz, dass vom Fehlen jeglicher Beschäftigungschance ausgegangen werden muss.

**Beraterhinweis:** Die Entscheidung wiederholt noch einmal die Verpflichtung zur intensiven Arbeitsplatzsuche auch bei fortgeschrittenem Alter. Zutreffend führt sie den häufig genutzten Einwand, in Anbetracht des Alters sei ein Arbeitsplatz überhaupt nicht zu finden, ad absurdum. Der Entscheidung ist auch insofern zuzustimmen, als sie von einem nur teilzeitbeschäftigten Unterhaltsbedürftigen verlangt, sich daneben weiterhin umfangreich um eine Vollzeitstätigkeit oder eine weitere Teilzeitbeschäftigung zu bemühen. ◀

*RAuN Michael Klingberg, Göttingen*

**Kein Elternunterhalt bei vollständigem Verbrauch des Familieneinkommens**

**Beim pflichtigen Kind liegt kein für den Elternunterhalt einzusetzendes Einkommen vor, wenn es darlegt, dass die Ausgaben der Familie insgesamt so hoch gewesen sind, dass keine Vermögensbildung betrieben worden ist.**

**Eine Rückführung von Krediten ist grundsätzlich nicht als Vermögensbildung im Sinne der Rechtsprechung zu qualifizieren. Eine Ausnahme kommt dann in Betracht, wenn mit den Krediten Vermögensgegenstände angeschafft worden sind, die wirtschaftlich mit fortschreitender Tilgung immer mehr dem Vermögen des Unterhaltspflichtigen oder seines Ehegatten zuwachsen. Bei Geschäftsschulden des Ehemannes ist das ebenso wenig der Fall wie bei Krediten zur Finanzierung von Hausreparaturen oder des Studiums eines Kindes.**

OLG Hamm, Urt. v. 22.11.2004 – 8 UF 411/00

(AG Steinfurt – 30 F 64/00)

BGB §§ 1601, 1602, 1603 Abs. 1

*OLGReport Hamm 2005, 201 = NJW-RR 2005, 588*

Bestell-Nr.: FE-01594

**Das Problem:** Nach Zurückverweisung des Ausgangsurteils durch den BGH war die Entscheidung des OLG Hamm vom 2.11.2004 (OLG Hamm v. 2.11.2004 – 3 UF 263/00, *OLGReport Hamm 2005, 35 = FamRB 2005, 101*) soweit ersichtlich die erste Entscheidung eines Berufungsgerichts zur Problematik des Elternunterhalts nach „Rückkehr“ aus der Revisionsinstanz. Der 3. FamS des OLG Hamm hat es dort nicht für ausreichend gehalten, dass sich das unterhaltspflichtige Kind auf den vollständigen Verbrauch seines Einkommens für den Familienunterhalt berufen hatte; vielmehr wurde eine substantiierte Darlegung dieses behaupteten Verbrauchs gefordert, konkret nähere Angaben zu Art, Umfang und Kosten der behaupteten Renovierungsmaßnahmen.

**Die Entscheidung des Gerichts:** Das OLG (8. FamS) zeigt sich hier erkennbar großzügiger als der 3. FamS des gleichen Gerichts in der erwähnten Entscheidung. Hier war die Darlegung ausreichend, dass das Einkommen beider Eheleute maßgeblich zur Abdeckung von früheren Geschäftsschulden des Ehemannes verbraucht worden war, ohne dass das pflichtige Kind zusätzlich dargelegt hätte, wie sich der Familienunterhalt im streitbefangenen Zeitraum gestaltet hat. Die Beklagte erzielte als pflichtiges Kind lediglich Einkünfte unter dem Selbstbehalt; auch unter Berücksichtigung der Einkünfte des Ehemannes lag keine hinreichende Leistungsfähigkeit vor. Weil die Beklagte den Familienunterhalt nicht im Einzelnen dargelegt hatte, konnte das Gericht das Einkommen der Eheleute dazu nicht in Relation setzen, und demgemäß konnte nicht ermittelt werden, ob dem pflichtigen Kind einsatzfähiges Einkommen zur Verfügung stand. Nach Ansicht des Gerichts war das aber unschädlich, weil die Beklagte im Einzelnen so hohe Ausgaben der Familie vorgetragen hatte, dass man nicht von Vermögensbildung ausgehen konnte.

Die Eheleute seien unterhaltsrechtlich berechtigt gewesen, die – aus betrieblichen Aktivitäten des Ehemannes resultierenden – erheblichen Schulden zurückzuführen und dazu auch die von der Beklagten erzielten Einkünfte einzusetzen.

**Konsequenzen für die Praxis:** Es kann im Einzelfall Schwierigkeiten machen, Lebenszuschnitt und Familienbedarf für länger zurückliegende Zeiträume darzustellen; darauf, dass diesem Umstand durch eine geringere Darlegungslast Rechnung getragen wird (so OLG Frankfurt v. 23.11.2004 – 3 UF 122/99 A, OLGReport Frankfurt 2005, 253 = FamRB 2005, 128), kann (und sollte) man sich aber nicht unbedingt verlassen. Vielfach ist es einfacher, die Gesamthöhe der familiären Ausgaben darzulegen unter Hinweis darauf, dass deshalb keine Vermögensbildung betrieben worden ist. Hier kann auf die Rückführung von Krediten verwiesen werden, die grundsätzlich nicht als Vermögensbildung qualifiziert werden kann (Ausnahme: finanzierte Anschaffung von Vermögensgegenständen, die mit fortschreitender Tilgung immer mehr dem Vermögen des pflichtigen Kindes oder seines Ehegatten zuwachsen. Für Geschäftsschulden des Ehegatten gilt das aber ebenso wenig wie für Kredite, die für Hausreparaturen oder das Studium eines Kindes verwendet werden).

**Beraterhinweis:** Vorrangig empfiehlt es sich auch weiterhin, möglichst konkret zu den beiderseitigen Einkünften der Eheleute und den getätigten Ausgaben vorzutragen; nur dann kann das Gericht den Familienunterhalt ermitteln und feststellen, ob einsetzbares Einkommen des pflichtigen Kindes für den Elternunterhalt vorhanden ist. Nach der jetzt vorliegenden Entscheidung kann aber auch die Darlegung des Verbrauchs des Familieneinkommens ausreichend sein, wenn daraus auf fehlende Vermögensbildung geschlossen werden kann. Wichtig ist die zusätzliche Angabe, was im Einzelnen von diesen Einkünften bezahlt worden ist. ◀

*RA Dr. Winfried Born, Aderhold v. Dalwigk Knüppel,  
Dortmund*

## ■ Anrechnung von Leistungen nach dem Grundsicherungsgesetz

**In Höhe der von einem getrenntlebenden Ehegatten bezogenen Grundsicherungsrente ist die Bedürftigkeit und damit der Unterhaltsanspruch entfallen.**

OLG Bremen, Urt. v. 11.11.2004 – 5 UF 40/04  
(AG Bremerhaven – 152 F 789/03)

GSiG §§ 1, 2; BGB §§ 1361

*OLGReport Bremen 2005, 159 = FamRZ 2005, 801  
Bestell-Nr.: FE-01518*

**Das Problem:** Die Anrechenbarkeit von bezogenen Leistungen nach dem GSiG auf den zivilrechtlichen Unterhaltsbedarf ist problematisch. Im entschiedenen Fall ging es um den Anspruch auf Trennungsunterhalt des Klägers, der wegen verminderter Erwerbsfähigkeit eine Grundsicherungsrente von ca. 513 € monatlich bezog. Als ungedeckten Bedarf begehrte der Kläger 436 € monatlich von

der Beklagten. Das AG hat die Klage abgewiesen und dabei die bezogene Grundsicherungsrente dem Kläger bedarfsdeckend angerechnet.

**Die Entscheidung des Gerichts:** Das OLG hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Der Unterhaltsanspruch gegenüber Ehegatten gehe einem Anspruch auf Grundsicherungsrente vor. Wird die Grundsicherungsrente gleichwohl ohne Berücksichtigung des Unterhaltsanspruchs gezahlt, dürfe dieses fehlerhafte Verhalten dem Rentenbezieher unterhaltsrechtlich nicht zugute kommen. Dies wäre jedoch der Fall, wenn eine bedarfsdeckende Wirkung der Rente entfielen, da das GSiG eine Rückgriffsmöglichkeit wie z.B. § 91 Abs. 1 BSHG für die Sozialhilfe nicht vorsieht. Ziel des GSiG sei es, den grundlegenden Bedarf alter und voll erwerbsgeminderter Menschen zu sichern. Daher könne die Rentenzahlung nicht als freiwillige Leistung eines Dritten aufgefasst werden (a.A. OLG Zweibrücken v. 27.6.2003 – 2 UF 151/02, OLGReport Zweibrücken 2003, 452 = FamRZ 2003, 1850 [1852]). Der Bezieher einer solchen Rente könne nicht davon ausgehen, dass er die von der öffentlichen Hand erbrachte Leistung noch einmal von dem Unterhaltsverpflichteten erhalte, müsse sich also die bezogene Grundsicherungsrente bedarfsdeckend anrechnen lassen.

Die vom OLG zugelassene Revision ist nicht eingelegt worden.

**Konsequenzen für die Praxis:** Unterhaltsleistungen sind stets Einkünfte i.S.d. GSiG. Bleibt fehlerhaft ein vorrangiger Unterhaltsanspruch bei der Bemessung der Grundsicherungsrente außer Betracht, muss sich der Rentenbezieher die Rente bedarfsdeckend anrechnen lassen. Dieser Grundsatz gilt m.E. über den vom OLG entschiedenen Fall des Trennungsunterhalts hinaus für sämtliche Unterhaltsansprüche, also auch solche gegenüber Eltern und Kinder, sofern diese bei der Bemessung der Grundsicherungsrente zu berücksichtigen sind. Unterhaltsansprüche gegenüber Eltern und Kinder beeinflussen allerdings den Anspruch auf Bezug einer Grundsicherungsrente grundsätzlich nicht. Ausnahmen (vgl. auch OLG Brandenburg v. 11.3.2004 – 10 UF 176/03, FamRB 2004, 287 [Götsche]):

- Gesamteinkommen ab 100.000 € aufwärts, vgl. im Einzelnen § 2 Abs. 1 GSiG
- tatsächlich gezahlter Unterhalt
- titulierter Unterhalt, dessen Realisierung zu erwarten ist bzw. auf der Hand liegt.

**Beraterhinweis:** Seit dem 1. Januar 2005 ist das GSiG als §§ 41 ff. in das SGB XII übernommen worden.

Beantragt der Bedürftige ihm zustehende Leistungen auf Grundsicherung nicht, führt dies regelmäßig zur fiktiven Anrechnung dieser Leistungen auf seinen Bedarf (vgl. im Einzelnen OLG Hamm v. 30.1.2004 – 11 WF 207/03, OLGReport Hamm 2004, 192 = FamRB 2004, 178 [Bibmaier]; OLG Brandenburg v. 11.3.2004 – 10 UF 176/03, FamRB 2004, 287 [Götsche]).

Vertritt der Berater die Staatskasse, so bestehen keine Rückgriffsansprüche des Staates gegen den Unterhaltsverpflichteten aus übergeleitetem Recht, wenn ein Unterhaltsanspruch zu Unrecht bei der Bemessung der Grundsicherungsrente unberücksichtigt geblieben ist. Dadurch

würde der an sich Verpflichtete aber zu Lasten der Allgemeinheit ungerechtfertigt entlastet, was auch gesellschaftspolitisch verfehlt ist. Zu prüfen sind deshalb Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag, ungerechtfertigter Bereicherung; greifen diese nicht, ist die sog. Vorteilsausgleichung in Betracht zu ziehen. ◀

*RiOLG Frank Götsche, Brandenburg/Havel*

## PKH für Unterhaltsklage der nicht-ehelichen Mutter

**Die Prozesskostenhilfe für die Klage einer nicht verheirateten Mutter auf Betreuungsunterhalt nach § 1615/ BGB kann nicht alleine deshalb versagt werden, weil das Kind älter als 3 Jahre ist.**

**Ein Auskunftsanspruch der Mutter gegen den Kindsvater setzt in der Regel die konkrete Darlegung des Bedarfs voraus.**

OLG Frankfurt, Beschl. v. 23.9.2004 – 6 UF 152/04  
(AG Darmstadt – 53 F 895/04)  
GG Art 3 Abs. 1, 6 Abs. 5, 20 Abs. 3; BGB §§ 1570, 1605 Abs. 1, 1615/ Abs. 2 Satz 3, Abs. 3 Satz 1  
*www.zr-report.de*  
Bestell-Nr.: FE-01615

**Das Problem:** Die Mutter zweier Kinder im Alter von 7 und 10 Jahren hatte Prozesskostenhilfe für eine Klage begehrt, mit der sie den nicht mit ihr verheirateten Kindsvater auf Zahlung von Betreuungsunterhalt nach § 1615/ Abs. 2 Satz 3 BGB in Anspruch nehmen wollte. Das AG hat den Antrag mit der Begründung zurückgewiesen, beide Kinder seien älter als 3 Jahre und das Vorliegen einer groben Unbilligkeit i.S.v. § 1615/ Abs. 2 Satz 3 letzter Hs. BGB weder dargetan noch ersichtlich. Dagegen legte die Kindesmutter sofortige Beschwerde ein.

**Die Entscheidung des Gerichts:** Das OLG hat entschieden, dass die Ablehnung der Beschwerde angesichts der neueren Rechtsprechung des BVerfG (BVerfG v. 4.2.2004 – 1 BvR 596/03, 1 BvR 1715/02, FamRZ 2004, 1013 = FamRB 2004, 280) nicht darauf gestützt werden könne, dass seit der Geburt des jüngsten Kindes mehr als drei Jahre verstrichen seien. Denn die Befristung des Betreuungsunterhalts auf drei Jahre sei auf ihre Verfassungsmäßigkeit zu prüfen. Insoweit habe das BVerfG in der genannten Entscheidung deutlich gemacht, dass diese höchstrichterlich bisher nicht geklärte Frage weder einfach noch eindeutig zu entscheiden und damit nicht geeignet sei, im summarischen Verfahren über die Prozesskostenhilfe entschieden zu werden. Unabhängig von der Beurteilung der groben Unbilligkeit nach § 1615/ Abs. 2 Satz 3 letzter Hs. BGB müsse daher der Klägerin – bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen für die PKH – der Zugang zu Gericht und damit zur Durchführung des Hauptsacheverfahrens ermöglicht werden. Denn bei Versorgung zweier ehelicher Kinder in diesem Alter könne im Allgemeinen von dem betreuenden Elternteil eine Bedarf deckende Erwerbstätigkeit nicht erwartet werden. Vorliegend allerdings hatte die Kindesmutter zu ihrem Bedarf nichts vorgetragen. Das OLG Frankfurt versagte

daher die beantragte Prozesskostenhilfe mit der Begründung, die Höhe des geltend gemachten Bedarfs sei nicht dargelegt; denn anders als beim Ehegattenunterhalt ist keine Quotenberechnung vorzunehmen, sondern der konkrete Bedarf der Kindesmutter zu ermitteln.

**Konsequenzen für die Praxis:** Zur Frage der Verfassungsmäßigkeit der Drei-Jahres-Frist nach § 1615/ Abs. 2 Satz 3 BGB steht noch eine endgültige Entscheidung des BVerfG aus. Dieses hat jedoch in seinen beiden Beschlüssen vom 4. Februar 2004 deutlich gemacht, dass die Rechtmäßigkeit der Befristung auf drei Jahre im Hinblick auf die anderslautende Regelung für Mütter ehelicher Kinder jedenfalls zweifelhaft ist.

**Beraterhinweis:** Das Gesetz sieht derzeit eine Unterhaltspflicht über das 3. Lebensjahr des Kindes hinaus nur im Falle grober Unbilligkeit vor. Im Rahmen der geplanten Reform des Unterhaltsrechts sind Bestrebungen im Gange, die Schwelle für die Verlängerung des Unterhaltsanspruchs weiter abzusenken (siehe FamRB 2005, 187). Ob es dabei auch im Hinblick auf die bevorstehenden Neuwahlen bleibt, ist abzuwarten. Allerdings ist wegen des derzeitigen rechtlichen Schwebezustandes dringend davon abzuraten, Vergleiche abzuschließen oder Urteile rechtskräftig werden zu lassen, die einen auf drei Jahre befristeten Betreuungsunterhalt nach § 1615/ BGB zum Inhalt haben. ◀

*Rain Stefanie Brielmaier, FAFamR, Kanzlei Tiegs & Brielmaier, Berlin*

## Versorgungsausgleich

### Höchstbetrag des Ausgleichs in Ostanrechten richtet sich nach ARW (Ost)

**Der Höchstbetrag des Versorgungsausgleichs durch Übertragung oder Begründung angleichungsdynamischer Anwartschaften in der gesetzlichen Rentenversicherung nach § 1587b Abs. 5 BGB bestimmt sich nach dem aktuellen Rentenwert (Ost).**

BGH, Beschl. v. 1.12.2004 – XII ZB 67/00  
(OLG Dresden – 10 UF 690/99)  
BGB § 1587 Abs. 5; SGB VI §§ 76 Abs. 2 Satz 3, 264a  
*BGHReport 2005, 569 = MDR 2005, 634 = FamRZ 2005, 432*  
Bestell-Nr.: FE-01516

**Das Problem:** So wie die Beitragsbemessungsgrenze der gesetzlichen Rentenversicherung die Höhe möglicher Rentenansprüche begrenzt, so begrenzt die Vorschrift des § 1587b Abs. 5 BGB die Höhe eines möglichen Versorgungsausgleichs in der gesetzlichen Rentenversicherung. Danach kann der Ausgleichsberechtigte nicht mehr als insgesamt 2 Entgeltpunkte (EP) pro Jahr erhalten, wobei einem EP eine Rente in Höhe des jeweiligen aktuellen Rentenwerts (ARW) entspricht. Die Versorgungsträger

## Versorgungsausgleich

gaben bisher in ihren Auskünften nicht die Höhe der noch möglichen EP, sondern zur Erleichterung der Rechtsanwendung gleich die Höhe der noch möglichen Übertragung oder Begründung von Rentenansprüchen an. Als durch das Rentenüberleitungsgesetz (RÜG) ab 1.1.1992 neben die bisherigen EP nun die EP (Ost) traten, denen nur der geringere ARW (Ost) und somit eine geringere Rente entspricht, nahmen sie eine Gesetzeslücke an und teilten weiterhin nur die noch erwerbbaaren Rentenansprüche so mit, als wenn es sich um „normale“ EP und nicht EP (Ost) handele. Dem folgte die Praxis, weil sie zugunsten der Parteien einen höheren Versorgungsausgleich ermöglichte, solange, bis das OLG Dresden sie in dem hier angefochtenen Beschluss (OLG Dresden v. 15.3.2000 – 10 UF 690/99, OLGReport Dresden 2000, 428 = FamRZ 2000, 962) sanktionierte. Nunmehr wurde diese Rechtsprechung von den Versorgungsträgern, die im Wege des Quasisplittings herangezogenen wurden, angegriffen und der Ausgleich als zu hoch beanstandet. Das führte zu einer Wende in der Rechtsprechung (OLG Jena v. 18.7.2001 – 1 UF 414/00, OLGReport Jena 2001, 381 = FamRZ 2002, 397; OLG Dresden v. 22.8.2001 – 20 UF 143/01, FamRZ 2002, 398, OLG Brandenburg v. 11.3.2002 – 15 UF 244/00, FamRZ 2002, 1256), welche jetzt die Höhe des möglichen Ausgleichs davon abhängig machte, ob EP oder EP (Ost) zu übertragen oder zu begründen waren. Nur das OLG Naumburg (OLG Naumburg v. 23.1.2004 – 3 UF 96/03, OLGReport Naumburg 2004, 334 = FamRB 2004, 290 [*Gutdeutsch*]) hielt an der alten Auffassung fest.

**Die Entscheidung des Gerichts:** Der BGH hat die weit überwiegende neuere Rechtsprechung (s.o.) und Lehre (*Brudermüller* in Palandt, 63. Aufl., Rz. 49; *Wick*, Versorgungsausgleich, 2004, Rz. 189; *Borth*, FamRZ 2003, 889 [893]; *Klattenhoff* in Rahm/Künkel, Handbuch des Familiengerichtsverfahrens, 2001, Rz. V. 323.2; *Hauck/Noftz/Klattenhoff*, SGB VI, 1992, K § 264a Rz. 20) bestätigt und den Höchstbetrag nach dem ARW (Ost) berechnet, wenn Ostanrechte auszugleichen waren.

**Konsequenzen für die Praxis:** In Fällen, in denen ein Ausgleich nur in angleichungsdynamischen Anwartschaften erfolgt, ist damit die nötige Klarheit geschaffen:

- An Hand der Ehezeit wird die Gesamtzahl der möglichen EP ermittelt:  
Monate Ehezeit : 6 = mögliche EP insgesamt
- Von diesem Betrag sind die EP abzuziehen, die der Berechtigte ausweislich der Auskunft des Versorgungsträgers in der Ehezeit selbst erworben hat:  
mögliche EP  $\cdot$  ehezeitliche EP = noch erwerbbaare EP
- Mit dem ARW (Ost) errechnet sich daraus die Höhe des noch möglichen Ausgleichs:  
erwerbbaare EP  $\times$  ARW = möglicher VA in ges. Rente.

Dieselben Grundsätze müssen aber auch dann gelten, wenn in Fällen des „getrennten Ausgleichs“ nach § 3 Abs. 1 VAÜG sowohl angleichungsdynamische Rentenansprüche als auch nicht angleichungsdynamische zu übertragen oder zu begründen sind. Hier sind zwei Fälle zu unterscheiden:

- Zwischen den Ausgleichsformen besteht ein Rangverhältnis. Wenn z.B. ein Rentensplitting (Ost) mit

einem Quasisplitting (West) zusammentrifft, dann ist entsprechend der Rangordnung der Abs. 1 und 2 des § 1587b BGB zuerst das Splitting voll durchzuführen und das Quasisplitting entsprechend zu kürzen.

- Es besteht kein Rangverhältnis, wie etwa bei zwei Anrechten, welche beide durch analoges Quasisplitting gem. § 1 Abs. 3 VAHRG auszugleichen sind. In diesem Fall muss der Kürzungsbetrag proportional auf die auszugleichenden Versorgungen verteilt werden.

**Beispiel 1**

Ehezeitende 30.4.2004, ges. Rente des Mannes 500 €, der Frau 300 €, dazu angleichungsdynamische Beamtenversorgung des Mannes 700 €, auszugleichen durch Splitting (West)  $500 - 300 = 200 / 2 = 100$  €, das sind  $100 / 26,13$  (ARW) = 3,827 EP und durch Quasisplitting (Ost)  $700 / 2 = 350$  €, das sind  $350 / 22,97$  (ARW Ost) = 15,2373 EP. Die Ehezeit beträgt 171 Monate, der Höchstwert von EP also  $171 / 6 = 28,5$  EP.

In der Ehe wurden von der Frau bereits  $300 / 26,13 = 11,4811$  EP erworben, so dass der Versorgungsausgleich auf  $28,5 - 11,4811 = 17,0189$  EP beschränkt ist, also weniger als der rechnerische Ausgleich von  $3,827 + 15,2373 = 19,0643$  EP.

Zu kürzen ist das Quasisplitting, welches nach § 1587b Abs. 1, 2 BGB nachrangig durchzuführen ist. Also bleibt es beim Splitting von 100 € bzw. 3,827 EP; für den Ausgleich durch Quasisplitting bleiben nur  $17,0189 - 3,827 = 13,1919$  EP oder ein Betrag von  $13,1919 \times 22,97$  (ARW Ost) = 303,02 € mtl.

**Beispiel 2**

Ehezeitende 30.4.2004, ges. Rente der Frau (wie oben) 300 €, voll-dynamische VBL-Rente des Mannes 500 €, angleichungsdynamische berufsständische Versorgung 700 €.

Auch hier hat der Mann die höheren angleichungsdynamischen und die höheren nicht angleichungsdynamischen Anrechte erworben und es erfolgt der getrennte Ausgleich:

Auszugleichen durch Quasisplitting (West)  $500 - 300 = 200 / 2 = 100$  €, das sind  $100 / 26,13$  (ARW) = 3,827 EP und durch Quasisplitting (Ost)  $700 / 2 = 350$  €, das sind  $350 / 22,97$  (ARW Ost) = 15,2373 EP.

Auch hier muss der Gesamtausgleich von 19,0643 EP auf 17,0189 EP gekürzt werden. Da aber die Anrechte des Pflichtigen gleichrangig sind, erfolgt eine anteilige Kürzung des Ausgleichs:

Quasisplitting (West) =  $100 \times 17,0189 / 19,0643 = 89,27$  € und

Quasisplitting (Ost) =  $350 \times 17,0189 / 19,0643 = 312,45$  €.

Hinsichtlich anderer Rechenwege in den Fällen des getrennten Ausgleichs nach § 3 Abs. 1 VAÜG wird auf die Beispielsberechnungen des Autors in FamRB 2004, 290 hingewiesen.

**Beraterhinweis:** Wenn das FamG den Höchstbetrag missachtet, ist nach der ab 1.1.1992 geltenden Regelung des § 76 Abs. 2 Satz 3 SGB VI die Entscheidung insoweit unwirksam (BSG v. 28.11.1990 – 4 RA 19/90, FamRZ 1991, 556 [558] = NJW 1991, 3237 f.). ◀

*RiOLG a.D. Werner Gutdeutsch, Ebersberg*

## ■ Bewertung der Niedersächsischen Rechtsanwaltsversorgung

**Der Ehezeitanteil der Niedersächsischen Rechtsanwaltsversorgung richtet sich nach § 1587a**

**Abs. 2 Nr. 4b BGB, wobei die pauschale Zusatzzeit bei der Aufteilung unberücksichtigt bleibt.**

BGH, Beschl. v. 3.11.2004 – XII ZB 83/00  
(OLG Braunschweig – 1 UF 145/99)  
BGB § 1587b Abs. 2 Nr. 4  
BGHReport 2005, 837 = FamRZ 2005, 694  
Bestell-Nr.: FE-01627

**Das Problem:** Für den Versorgungsausgleich gilt nicht das einfache stichtagsbezogene Zugewinnprinzip. Vielmehr erstrebt das Gesetz eine gerechtere Verteilung durch die differenzierten Bestimmungen des Ehezeitanteils einer Versorgung nach § 1587a Abs. 2 BGB. Vor allem bei den berufsständischen Versorgungen ist die Zuordnung zu den Verteilungsregeln der § 1587a Abs. 2 Nr. 4a, 4b, 4c oder 4d BGB oft streitig. Die Berechnung des Ehezeitanteils einer bei der Rechtsanwaltsversorgung Niedersachsen (NdsRAV) bestehenden Versorgung ist zudem dadurch erschwert, dass in die Rentenformel zeitbezogene und fiktiv zeitbezogene Elemente eingehen.

**Die Entscheidung des Gerichts:** Der BGH hat § 1587a Abs. 2 Nr. 4b BGB für die NdsRAV für anwendbar erklärt. Eine rein zeitbezogene Berechnung nach Nr. 4a scheide aus, weil fiktive Zeiten in die Formel eingehen, ebenso die naheliegende Analogie zur gesetzlichen Rentenversicherung nach Nr. 4d. Vielmehr sei nach § 1587a Abs. 2 Nr. 4b BGB durch Hochrechnung bis zur Altersgrenze eine auf diesen Zeitpunkt berechnete fiktive Versorgung zu ermitteln und diese nach dem Verhältnis der in die Ehezeit fallenden Versorgungszeiten zur Gesamtzeit bis zur Altersgrenze, also nach dem Zeit-Zeit-Verhältnis aufzuteilen. Die fiktiven Zeiten, welche zu einer erhöhten Versorgung für solche Versicherten führen, die vor Vollendung des 45. Lebensjahrs Mitglied der Versorgungseinrichtung wurden, sind nur bei der Bestimmung der Höhe der Versorgung, nicht aber bei der Zeit-Zeit-Berechnung zu berücksichtigen.

**Konsequenzen für die Praxis:** Die Entscheidung schafft für die Praxis klare Verhältnisse hinsichtlich der NdsRAV. Außerdem können die Ausführungen des BGH für vergleichbare Zweifelsfragen als Richtschnur dienen.

**Beraterhinweis:** (Nur) aus dem Fehlen von Ausführungen zur Dynamik ist zu schließen, dass es sich bei der NdsRAV um eine im Rententeil und im Anwartschaftsteil voll-dynamische Versorgung handelt, welche nach § 1 BarwertVO mit ihrem Nominalwert in die Versorgungsausgleichsbilanz einzustellen ist. ◀

RiOLG a.D. Werner Gutdeutsch, Ebersberg

**Ausschluss des Versorgungsausgleichs gem. § 1587c BGB**

**Finanziert der Ausgleichspflichtige das Studium des Ausgleichsberechtigten, betreibt dieser jedoch aufgrund der Ehe das Studium nicht, und tragen beide in etwa gleichem Umfang zum Familienunterhalt bei, liegt kein Fall der groben Unbilligkeit des § 1587c Nr. 1 BGB vor.**

OLG Köln, Beschl. v. 7.3.2004 – 4 UF 114/02  
(AG Brühl – 33 F 372/00)  
BGB § 1587c  
www.zr-report.de  
Bestell-Nr.: FE-01621

**Das Problem:** Hat während der Ehe nur einer der Ehegatten eine sozialversicherungspflichtige Tätigkeit ausgeübt und dem Ausgleichsberechtigten ein Studium finanziert, stellt sich die Frage, ob die Inanspruchnahme des Verpflichteten unter Berücksichtigung der beiderseitigen Verhältnisse grob unbillig erscheint und deshalb ein Ausschluss oder eine Herabsetzung des Versorgungsausgleichs gem. § 1587c BGB in Betracht kommt.

**Die Entscheidung des Gerichts:** Das OLG legt zunächst dar, dass in Fällen der Ausbildungsfinanzierung durch den Ausgleichsverpflichteten die Durchführung des Versorgungsausgleichs nur dann grob unbillig sei, wenn der Verpflichtete durch seine volle Erwerbstätigkeit einen überobligationsmäßigen Beitrag zum Familienunterhalt leiste und gerade dadurch dem anderen Ehegatten die Ausbildung ermögliche und finanziert habe (*Hahne* in *Johannsen/Henrich*, *Eherecht*, 4. Aufl., 1587c BGB Rz. 21). Ein solcher Fall liege hier nicht vor, da nicht nachgewiesen worden sei, dass der Ausgleichsberechtigte tatsächlich studiert habe. Im Übrigen habe er nach eigenem Sachvortrag durch eine nicht sozialversicherungspflichtige Tätigkeit in gleichem Maße wie die Ausgleichsberechtigte zum Unterhalt beigetragen.

**Konsequenzen für die Praxis:** Es kommt in der Praxis häufig vor, dass der Ausgleichsverpflichtete die Durchführung des Versorgungsausgleichs für grob unbillig hält, wenn der Ausgleichsberechtigte während der Ehe aufgrund eines Studiums geringere Rentenanwartschaften erworben hat. Die Durchführung des Versorgungsausgleichs ist jedoch nur dann grob unbillig, wenn der Berechtigte während der Ehezeit eine Schul- bzw. Hochschulbildung absolvierte und der Verpflichtete *durch seine Erwerbstätigkeit* den vollen Unterhalt der Familie *allein* sichergestellt hat.

Die Anwendung der Härteklausel des § 1587c Nr. 1 BGB kommt nach ständiger Rechtsprechung des BGH (BGH v. 24.3.2004 – XII ZB 27/99, BGHReport 2004, 942 = MDR 2004, 1002 = FamRZ 2004, 862; v. 5.9.2001 – XII ZB 56/98, BGHReport 2001, 963; v. 12.4.1989 – IVb ZB 159/87, FamRZ 1989, 1060 f.; v. 9.3.1988 – IVb ZB 147/86, MDR 1988, 657 = FamRZ 1988, 600) nur dann in Betracht, wenn aufgrund besonderer Verhältnisse die uneingeschränkte Durchführung des Versorgungsausgleichs dem Grundgedanken des Rechtsinstitutes in unerträglicher Weise widersprechen würde. Eine Unbilligkeit liegt dann vor, wenn der erwerbstätige Ehegatte dem Ausgleichsberechtigten das Studium finanziert und ihm damit die Basis für den Aufbau einer eigenen Altersversorgung verschafft hat. Eine grobe Unbilligkeit kommt deshalb vor allem dann in Betracht, wenn die Ehe während oder kurz nach der Ausbildung geschieden wird (BGH v. 12.4.1989 – IVb ZB 159/87, FamRZ 1989, 1060; OLG Hamm v. 14.5.1997 – 5 WF 298/96, FamRZ 1998, 684; OLG Frankfurt v. 27.6.1994 – 3 UF 6/94, FamRZ 1994, 1472).

**Beraterhinweis:** § 1587c BGB ist von Amts wegen zu berücksichtigen. Härtegründe, die das Gericht aufgrund des Gesamtzusammenhanges kennt, sind deshalb nicht vorzutragen. Ansonsten ist dem Anwalt des Ausgleichspflichtigen anzuraten, Umstände, die für einen Ausschluss des Versorgungsausgleichs sprechen, genau darzulegen und zu beweisen (BGH v. 23.3.1988 – IVb ZB 51/87, MDR 1988, 764 = FamRZ 1988, 709 f.; v. 9.5.1990 – XII ZB 58/89, FamRZ 1990, 1341 f.). Einwände sind auch noch im Rechtsmittelverfahren des Versorgungsträgers zulässig. ◀

*RAin Monika Goering, FAFamR, Fredenbeck*

## Kindschaftsrecht

### ■ Fremdunterbringung von Kindern gegen Willen der Eltern

**Der einstweilige Entzug des Sorgerechts und die Trennung eines Kindes von seinen Eltern stellen Eingriffe in ihr Recht auf Achtung des Familienlebens nach Art. 8 Abs. 1 EMRK dar, die gem. Art. 8 Abs. 2 EMRK der Rechtfertigung durch einschlägige und ausreichende Gründe bedürfen.**

**Die Inpflegenahme eines Kindes stellt grundsätzlich eine vorübergehende Maßnahme dar, die zu beenden ist, sobald die Umstände dies erlauben. Alle Durchführungsmaßnahmen haben mit dem anzustrebenden Ziel der Zusammenführung der Eltern mit ihrem Kind in Einklang zu stehen.**

EuGHMR, Urt. v. 8.4.2004 – Beschwerde Nr. 11057/02 (Haase ./ Bundesrepublik Deutschland)  
EMRK Art. 8, 34, 41; GG Art. 6 Abs. 2; BGB §§ 1666, 1666a  
*FamRZ 2005, 585*  
*Bestell-Nr.: FE-01634*

**Das Problem:** Zum wiederholten Mal hatte sich der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg (EuGHMR) mit der Vereinbarkeit von Maßnahmen deutscher Gerichte auf dem Gebiet des Kinderschutzes mit Art. 8 EMRK (Schutz des Familienlebens) zu befassen. Dabei ging es um insgesamt sieben Kinder im Alter von zwischen einer Woche und 16 Jahren, welche (mit Ausnahme des Neugeborenen) als leibliche Kinder bzw. Stiefkinder im Haushalt der beiden Beschwerdeführer lebten. Ein im Auftrag des Jugendamts tätiger Sachverständiger stellte bei den Kindern Entwicklungsstörungen und Verhaltensauffälligkeiten fest. Es sei davon auszugehen, dass die grundlegenden Bedürfnisse der Kinder nicht befriedigt würden und ihre Lebensbereiche von gewaltförmigen Handlungen (Schläge, Einsperren) der Erwachsenen sowie einer permanenten Unterversorgung geprägt seien. Unmittelbar nach Vorlage des Gutachtens beantragte das Jugendamt den Entzug der Sorge sowie den Ausschluss des Umgangsrechts der Eltern. Diesem Antrag entsprach

das FamG durch einstweilige Anordnung ohne Anhörung der Eltern und stützte sich dabei auf §§ 1666, 1666a BGB. Die sechs älteren Kinder wurden aus der Familie herausgenommen und in drei verschiedenen Kinderheimen untergebracht. Das Neugeborene kam direkt von der Entbindungsstation in eine Pflegefamilie. Den Eltern wurde verboten, sich den Wohnungen der Kinder und ihren Schulen auf weniger als 500 m zu nähern. Die von den Eltern gegen die einstweiligen Anordnungen eingelegten Beschwerden wurden durch das OLG zurückgewiesen. In der rund 14 Monate später ergangenen Hauptsacheentscheidung bestätigte das FamG die zur elterlichen Sorge und zum Umgangsrecht ergangenen Eilentscheidungen im Wesentlichen. Die Kinder hätten in den Einrichtungen eine positive Entwicklung genommen, Vertrauen gefasst und seien weniger verhaltensauffällig.

**Die Entscheidung des Gerichts:** Der von den Eltern angerufene EuGHMR stellte eine Verletzung des Rechts auf Achtung des Familienlebens (Art. 8 EMRK) fest. Die Inpflegenahme eines Kindes stelle grundsätzlich eine vorübergehende Maßnahme dar, die zu beenden sei, sobald die Umstände dies erlaubten. Alle Durchführungsmaßnahmen hätten mit dem anzustrebenden Ziel der Zusammenführung von Eltern und Kind in Einklang zu stehen. In dieser Hinsicht sei ein angemessener Ausgleich zwischen den Interessen der in Pflege gegebenen Kinder und denen der Eltern auf Zusammenführung der Familie herzustellen. Dabei misst der Gerichtshof zwar dem Kindeswohl besondere Bedeutung bei, das je nach Art und Gewicht das Elterninteresse überwiegen kann. Die sofortige Herausnahme der Kinder aus ihren Schulen, dem Kindergarten und ihrer Familie, verbunden mit der Unterbringung in anonymen Pflegefamilien und Heimen und das Verbot des Kontakts mit den Eltern gehe jedoch über das in der Situation Erforderliche hinaus und könne daher nicht als verhältnismäßig angesehen werden. Insbesondere stelle die staatliche Inobhutnahme eines neugeborenen Kindes einen äußerst schwerwiegenden Eingriff dar, der nur aus außergewöhnlich zwingenden – hier nicht festzustellenden – Gründen ohne vorherige Anhörung der Eltern und gegen den Willen der Mutter durchgeführt werden dürfe. Als Sanktion für den Konventionsverstoß der deutschen Gerichte verurteilte der EuGHMR die Bundesrepublik Deutschland gem. Art. 41 EMRK zur Zahlung von insgesamt 45.000 € als „gerechte Entschädigung“ an die Eltern, sowie zur Übernahme der diesen entstandenen Verfahrenskosten. Die ebenfalls beantragte Zuerkennung eines Schmerzensgeldes für die Kinder lehnte der Gerichtshof aus formalen Gründen (verspätete Antragstellung) ab.

**Konsequenzen für die Praxis:** Der EuGHMR setzt mit seinem Urteil die im Fall Kutzner ./ Bundesrepublik Deutschland (EuGHMR v. 26.2.2002 – Beschwerde Nr. 46544/99, FamRZ 2002, 1393 = FamRB 2003, 43) entwickelte Rechtsprechung fort. Er stellt abermals klar, dass bei der Herausnahme gefährdeter Kinder aus ihrer Herkunftsfamilie die Rückkehroption bei Beachtung des Kindeswohls gegeben sein muss.

**Beraterhinweis:** Auch das BVerfG hatte sich bereits mit dem Fall Haase zu befassen (BVerfG v. 21.6.2002 – 1 BvR 605/02, FamRZ 2002, 1021). Es stellte auf die Ver-

fassungsbeschwerde der Eltern einen Verstoß der Fachgerichte gegen Art. 6 Abs. 2 GG fest und hob die Eilentscheidungen des FamG und des OLG bezüglich des Sorgerechts auf. Dies hinderte den EuGHMR nicht, die Opfereigenschaft der Beschwerdeführer i.S.v. Art. 34 EMRK als Voraussetzung für die Individualbeschwerde zu bejahen. Diese entfalle nicht bereits durch die Aufhebung der angegriffenen Entscheidungen, sofern die innerstaatlichen Gerichte die Konventionsverletzung nicht ausdrücklich oder der Sache nach anerkannt und Wiedergutmachung geleistet haben. Der Ausgleich materieller und immaterieller Nachteile aus Grundrechtsverletzungen in einer Art. 41 EMRK vergleichbaren Weise ist unserer Verfassungsbeschwerde jedoch fremd. Daher bleibt unabhängig vom Ausgang des Verfahrens in Karlsruhe der Gang nach Straßburg möglich und – mit Blick auf die dort zu erstreitenden Beträge – für die Betroffenen auch lukrativ. ◀

*RiOLG Dr. Stefan Motzer, Stuttgart*

## ► Erfolgreiche Verfassungsbeschwerde gegen Sorgerechtsentscheidung des OLG Naumburg in Sachen Görgülü

**Ein nationales Gericht hat die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EuGHMR) grundsätzlich zu berücksichtigen.**

**Entscheidungen zur elterlichen Sorge erwachsen nicht in materielle Rechtskraft. Vorgaben des EuGHMR zur Umsetzung von Art. 8 EMRK stellen einen Abänderungsgrund nach § 1696 Abs. 1 BGB dar.**

**Bei der Entscheidung, unter welchen Voraussetzungen ein Kind zum Zwecke des Umzugs zu seinen leiblichen Eltern aus einer Pflegefamilie herausgenommen werden kann, sind das Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG, das Grundrecht der Pflegefamilie aus Art. 6 Abs. 1 GG und die Grundrechtsposition des Kindes aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG zu berücksichtigen.**

BVerfG, Beschl. v. 5.4.2005 – 1 BvR 1664/04

(OLG Naumburg – 14 UF 60/04)

EMRK Art. 8; GG Art. 1, 2 6; BGB §§ 1632 Abs. 4, 1696 Abs. 1

*FamRZ 2005, 783*

*Bestell-Nr.: FE-01636*

**Das Problem:** Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist die elterliche Sorge für ein im Jahr 1999 nichtehelich geborenes Kind. Die Mutter hatte sogleich nach der Geburt in die Adoption des Kindes eingewilligt, das seither bei Pflegeeltern lebt. Nachdem auf Betreiben des Vaters die Abstammung des Kindes von ihm gerichtlich festgestellt worden war, bemühte er sich in verschiedenen gerichtlichen Verfahren erfolglos um die Übertragung der elterlichen Sorge und um die Einräumung eines Umgangsrechts. Der 14. Senat des OLG Naumburg hatte sämtliche hierauf gerichtete Anträge zurückgewiesen.

Auf seine Individualbeschwerde erklärte eine Kammer des EuGHMR (EuGHMR v. 26.2.2004 – Beschwerde Nr. 74969/01, FamRZ 2004, 1456 = FamRBint 2005, 7), dass dies eine Verletzung von Art. 8 EMRK (Schutz des Familienlebens) darstelle. Dennoch wies der 14. Senat des OLG Naumburg (OLG Naumburg v. 9.7.2004 – 14 UF 60/04, FamRZ 2004, 1507) den Sorgerechtsantrag des Vaters zurück. Dem Urteil des EuGHMR komme keine Bindungswirkung zu, welche die Wiederaufnahme des rechtskräftig abgeschlossenen Sorgerechtsverfahrens gebiete. Hiergegen wandte sich der Vater mit seiner Verfassungsbeschwerde.

**Die Entscheidung des Gerichts:** Die Verfassungsbeschwerde hatte Erfolg; sie führte zur Aufhebung des Beschlusses des 14. Senats und zur Zurückverweisung der Sache an einen anderen Familiensenat des OLG Naumburg. Ein nationales Gericht habe die Rechtsprechung des EuGHMR grundsätzlich zu berücksichtigen. Laut EuGHMR hätte das OLG prüfen müssen, ob es Möglichkeiten der Zusammenführung des Kindes mit seinem Vater gibt, die das Kindeswohl weniger belasten als eine abrupte Herausnahme aus der Pflegefamilie. Außerdem hätten auch die langfristigen Auswirkungen einer Trennung des Kindes von seinem leiblichen Vater berücksichtigt werden müssen. Diese Prüfung habe das OLG Naumburg versäumt.

Die Anwendung von Art. 8 EMRK in der Auslegung des EuGHMR führt nach Ansicht des BVerfG nicht zu Ergebnissen, die mit dem Grundgesetz unvereinbar sind. Bei der Entscheidung, unter welchen Voraussetzungen ein Kind zum Zwecke des Umzugs zu seinen leiblichen Eltern aus einer Pflegefamilie herausgenommen werden kann, sei dem Elternrecht, der Grundrechtsposition des Kindes und dem Grundrecht der Pflegefamilie Rechnung zu tragen. Bei der Abwägung habe das Wohl des Kindes letztlich bestimmend zu sein. Zur Gewährung dieses Grundrechtsschutzes müsse das gerichtliche Verfahren geeignet sein, eine möglichst zuverlässige Grundlage für eine am Kindeswohl orientierte Entscheidung zu erlangen. In diesem Zusammenhang bemängelt das BVerfG, dass das OLG Naumburg sich zu keiner Zeit einen persönlichen Eindruck von den Beteiligten verschafft und auch kein Gutachten eines unabhängigen Sachverständigen in Auftrag gegeben hatte. Die Feststellungen zum Kindeswohl beruhten hauptsächlich auf der Stellungnahme einer Pädagogin, die im Auftrag des als Partei am Verfahren beteiligten Jugendamtes tätig wurde.

Schließlich steht nach Ansicht des BVerfG der Neubescheidung des Sorgerechtsantrags des Vaters nicht die Rechtskraft eines früheren Beschlusses über die elterliche Sorge entgegen. Derartige Entscheidungen erwachsen nicht in materielle Rechtskraft, weil die Fürsorge gegenüber einem Minderjährigen stets Vorrang vor der Endgültigkeit einer einmal getroffenen Entscheidung des Gerichts hat. Die Änderung der Rechtsprechung stellt einen Abänderungsgrund i.S.v. § 1696 Abs. 1 BGB dar. Entsprechendes soll gelten, wenn der EuGHMR in einer bestimmten Frage den innerstaatlichen Gerichten Vorgaben bei der Umsetzung von Art. 8 EMRK gemacht hat, welche diese bei ihrer Entscheidung zu berücksichtigen haben.

**Konsequenzen für die Praxis:** Die Zurückverweisung der Sache an einen anderen Familiensenat lässt hoffen, dass die der Sache nicht dienliche Frontstellung zwischen OLG Naumburg einerseits und EuGHMR sowie BVerfG andererseits aufgelöst werden kann. Ob sich die vom BVerfG in seiner Entscheidung vorgeschlagene Übertragung der elterlichen Sorge auf den Vater bei gleichzeitiger Verbleibensanordnung (§ 1632 Abs. 4 BGB) zu Gunsten der Pflegefamilie als gangbarer Weg erweisen wird, bleibt abzuwarten.

**Beraterhinweis:** Grundsätzlich setzt die Übertragung der elterlichen Sorge auf den Vater, welcher mit der Mutter nicht verheiratet ist oder war, deren Zustimmung voraus (§ 1672 Abs. 1 BGB). Diese Rechtslage hat das BVerfG (BVerfG v. 23.4.2003 – 1 BvR 1248/99, FamRZ 2003, 1447 = FamRB 2003, 390) als mit dem GG vereinbar angesehen. Eine Ausnahme von dem Zustimmungserfordernis besteht in der – im Fall Görgülü gegebenen – Situation, dass die Mutter zuvor ihre Einwilligung in die Adoption des Kindes durch Dritte gegeben hat (§ 1751 Abs. 1 Satz 6 BGB). ◀

*RiOLG Dr. Stefan Motzer, Stuttgart*

Das BVerfG hatte im Fall Görgülü bereits zuvor den Umgang des Vaters mit seinem Kind durch einstweilige Anordnung geregelt (BVerfG v. 29.12.2004 – 1 BvR 2790/04, FamRZ 2005, 173 = FamRB 2005, 73). In der Umgangssache erging die Hauptsacheentscheidung gleichen Inhalts am 10.6.2005.

## ■ Ausschluss der Vaterschaftsanfechtung bei heterologer Insemination

**§ 1600 Abs. 4 BGB gilt auch für Anfechtungsfälle, über die im Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens der Neuregelung (12. April 2002) noch nicht (rechtskräftig) entschieden war.**

**Erhebt die Mutter Klage auf Feststellung, dass der bisherige gesetzliche Vater nicht der Vater ist, so ist eine auch nach Klageeinreichung eingetretene Gesetzesänderung, die dieses Anfechtungsrecht für die Mutter ausschließt, Grundlage für die Entscheidung. Eine verfassungsrechtlich unzulässige Rückwirkung liegt nicht vor.**

BGH, Urt. v. 26.1.2005 – XII ZR 70/03

(OLG Stuttgart – 16 UF 234/02)

BGB § 1600 Abs. 4

BGHReport 2005, 795 = FamRZ 2005, 612

Bestell-Nr.: FE-01630

**Das Problem:** Die Mutter begehrt Feststellung, dass der Beklagte nicht der Vater ihres Sohnes sei. Das Kind wurde im Einvernehmen der Eltern während der Ehe mittels heterologer Insemination (zum Begriff vgl. *Diederichsen* in Palandt, 64. Aufl. 2005, Einf. v. § 1591 BGB Rz. 15) gezeugt und am 29.8.2000 geboren. Die Eheleute trennten sich im Februar 2001. Die Mutter erhob am 16.1.2002 Feststellungsklage. Dieses Anfechtungsrecht stand ihr seit der Neuregelung des § 1600 BGB zum 1.7.1998 auch zu. Bei Klageerhebung plante der Gesetzgeber jedoch bereits, eine Einschränkung des Anfechtungsrechts durch Mutter und

Vater, um dem Kind den Vater zu erhalten. Dieser Entwurf des Kinderrechtsverbesserungsgesetzes vom 9. April 2002 (BGBl. I 2002, 1239), in Kraft seit dem 12.4.2002, war zu diesem Zeitpunkt schon bekannt. Das FamG hat die Klage als unzulässig abgewiesen, die Berufung blieb erfolglos.

**Die Entscheidung des Gerichts:** Der BGH hat die Revision der Mutter zurückgewiesen. Er folgt dem OLG in der Einschätzung, dass es sich bei dem hier vorliegenden, nach Klageerhebung wegfallenden Anfechtungsrecht nicht um eine verfassungsrechtlich unzulässige Rückwirkung handele, solange über die Vaterschaftsanfechtungsklage nicht rechtskräftig entschieden sei. Es liege noch kein in der Vergangenheit abgeschlossener Tatbestand vor, da nur in das Anfechtungsrecht eingegriffen werde. Dieses Recht und auch seine Ausübung durch Erhebung einer Anfechtungsklage könne keinen Vertrauenstatbestand im Sinne eines endgültig abgeschlossenen Sachverhalts begründen. Es handele sich nicht um ein eigenes Gestaltungsrecht der Mutter, da die begehrte Rechtsfolge nach § 1599 Abs. 1 BGB i.V.m. § 640h ZPO erst mit der rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidung eintrete. Eine abschließende Rechtsposition wäre damit erst mit der Rechtskraft einer gerichtlichen Entscheidung entstanden. Gesetzliche Änderungen in der Zwischenzeit führten zu einer nur unechten Rückwirkung, die im Grundsatz zulässig sei. Diese unechte Rückwirkung sei auch verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Das Gesetz sei geeignet und erforderlich, den Gesetzeszweck zu erreichen. Ferner würden die Gründe des Gesetzgebers für die Änderung das Interesse der Klägerin am Fortbestand der Regelung überwiegen. Zwar habe das Kind auch bei einer erfolgreichen Anfechtung Unterhaltsansprüche gegen den Mann, da die Vereinbarung zur Durchführung der heterologen Insemination als Anspruchsgrundlage diene (BGH v. 3.5.1995 – XII ZR 29/94, FamRZ 1995, 861). Der Gesetzgeber wollte jedoch eine vergleichbare Rechtsstellung herstellen, wie sie angenommene Kinder haben (BT-Drucks. 14/2096, 7). Aus Gründen des Kindeswohls solle daher ein Verlust des Erbrechts und insbesondere der persönlichen Beziehung zu dem (gesetzlichen) Vater vermieden werden, da der Samenspender anonym und daher nicht zu ermitteln sei.

Im Übrigen sei auch das Vertrauen der Klägerin auf eine Fortgeltung der alten Regelung begrenzt, da im Zeitpunkt der Klageerhebung der Gesetzesentwurf schon vorlag. Eine Übergangsregelung sei daher nicht erforderlich gewesen.

**Konsequenzen für die Praxis:** Der BGH hat das Vertrauen in bestehende Anfechtungsrechte, die eine Gestaltungsentscheidung des Gerichts erst herbeiführen sollen, eingeschränkt. Die Abgrenzung ist entscheidend für die Frage, ob eine im Grundsatz unzulässige echte Rückwirkung vorliegt, was einen abgeschlossenen Lebenssachverhalt voraussetzt (dies wäre hier erst dann gegeben, wenn es zu einer rechtskräftigen Entscheidung gekommen wäre), oder ob – wie hier – eine nur unechte Rückwirkung gegeben ist, die im Grundsatz zulässig ist (BVerfG v. 15.10.1996 – 1 BvL 44/92, 1 BvL 48/92, BVerfGE 95, 64 [86]; v. 23.3.1971 – 2 BvL 17/69, BVerfGE 30, 392 [402 f.]). Dort ergeben sich Grenzen aus dem Grundsatz des Vertrauensschutzes und der Verhältnismäßigkeit

(BVerfG v. 23.11.1999 – 1 BvF 1/94, BVerfGE 101, 239 [263]). Der BGH hält das Kindeswohlinteresse, insbesondere das Interesse am Erhalt einer männlichen Bezugsperson und den Erhalt des Erbrechts, für vorrangig. Liegt der Entwurf einer Gesetzesänderung bereits vor, so führt dies allein schon zu einer Reduzierung des Vertrauensschutzes in die Fortgeltung eines (Anfechtungs-)Rechtes.

**Beraterhinweis:** Will der Anwalt vermeiden, dass seine Klage als unzulässig zurückgewiesen wird, ist vor Klageerhebung zu prüfen, ob Gesetzesänderungen im Raum stehen, die ein bestehendes Anfechtungsrecht möglicherweise aufheben. Jedenfalls in diesem Bereich ist insofern erhöhte Sensibilität nötig. Zu berücksichtigen ist, dass dies nur für Sachverhalte gilt, bei der die begehrte Rechtsänderung erst mit gerichtlicher Entscheidung, hier z.B. nach § 1599 Abs. 1 BGB i.V.m. § 640h ZPO, eintritt. Anders ausgedrückt: Ist ein besonderer Hoheitsakt für den Eintritt der Rechtsfolge erforderlich? Ist dies der Fall, sollte vor Klageerhebung geprüft werden, ob Änderungen im Raum stehen. ◀

*RA u. Mediator Markus A. Becker, BECKER, WITZEL, HORSTMANN, Koblenz*

## ■ Längerer Ferientaufenthalt begründet keinen Obhutswchsel

**Auch durch einen längeren Ferientaufenthalt des Kinds bei einem Elternteil wird ein Obhutsverhältnis i.S.v. § 1629 Abs. 2 Satz 2 BGB nicht begründet. Vielmehr behält der andere Elternteil, bei dem das Kind in der übrigen Zeit seinen Lebensmittelpunkt hat, die Obhut und damit das Recht, Unterhaltsansprüche des Kindes geltend zu machen.**

**Ein längerer Ferientaufenthalt kann aber dazu führen, dass der Unterhaltsanspruch des Kindes – ganz oder teilweise – entfällt, wenn der Elternteil, bei dem sich das Kind während der Ferien aufhält, den Bedarf des Kindes durch eigene Mittel deckt.**

OLG Köln, Beschl. v. 13.12.2004 – 14 WF 175/04

(AG Euskirchen – 18 F 93/03)

BGB §§ 1612 Abs. 2 Satz 1, 1629 Abs. 2 Satz 2, Abs. 3

*Abdruck im OLGReport Köln vorgesehen*

*Bestell-Nr.: FE-01606*

**Das Problem:** Kann ein längerer Aufenthalt des Kindes bei dem anderen Elternteil im Rahmen des Umgangsrechts zu einem Obhutswchsel und damit zur Verhinderung der Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen des Kindes durch den in der übrigen Zeit betreuenden Elternteil führen? Hat ein längerer Ferientaufenthalt Auswirkungen auf die Begründetheit des Unterhaltsanspruchs, weil dieser durch die Gewährung von Naturalunterhalt (teilweise) gedeckt ist?

**Die Entscheidung des Gerichts:** Da die gesetzliche Prozessstandschaft gem. § 1629 Abs. 3 Satz 1 BGB über die Rechtskraft der Scheidung hinaus bis zum Abschluss des Unterhaltsprozesses fortgilt, war die mittlerweile rechtskräftig vom Kindesvater geschiedene Kindesmutter, die

bereits während der Trennungszeit Kindesunterhalt für das gemeinsame Kind im eigenen Namen beansprucht hatte, als Klägerin grundsätzlich berechtigt, das Unterhaltsverfahren weiter zu führen. Dem stand nach Ansicht des OLG gerade auch nicht entgegen, dass sich das gemeinsame Kind während eines längeren Ferientaufenthalts beim Beklagten aufhielt. Die Klägerin habe weiterhin die Obhut inne, weil bei ihr der Schwerpunkt der tatsächlichen Fürsorge und Erziehung liege und der Aufenthalt des Kindes bei dem anderen Elternteil im Rahmen des Umgangsrechts an dieser Zuordnung grundsätzlich nichts ändere. Das gelte auch für einen Ferientaufenthalt über einen längeren Zeitraum. Allerdings hat das OLG die Entscheidung der ersten Instanz insoweit aufgehoben, als es darauf hinwies, dass der Unterhaltsanspruch des Kindes teilweise gedeckt sein könne. Mit dem Aufenthalt des Kindes bei dem umgangsberechtigten Elternteil über den üblichen zeitlichen Rahmen hinaus könne eine abweichende Bestimmung über die Art der Unterhaltsgewährung durch den umgangsberechtigten Elternteil (§ 1612 Abs. 2 Satz 1 BGB) angenommen werden und ausnahmsweise eine Kürzung des Barunterhalts in Betracht kommen. Im Ergebnis hat das OLG keine Aussagen darüber gemacht, ab welchem Zeitraum ausnahmsweise an eine Kürzung des Barunterhalts gedacht werden könne. Im vorliegenden Fall war eine deutliche Aussage dazu deshalb nicht erforderlich, weil das OLG im Rahmen der kursorischen Prüfung im PKH-Prüfungsverfahren die Erfolgsaussicht der Rechtsverteidigung insoweit nicht ablehnen konnte. Das FamG wird sich somit mit dieser Frage auseinander zu setzen haben.

**Konsequenzen für die Praxis:** Das OLG eröffnet Lösungsmöglichkeiten, lässt aber letztendlich eine Entscheidung darüber offen, ab welcher Zeitspanne der Betreuung an eine Bedarfsdeckung gedacht werden kann. Reicht die Unterbringung, Verpflegung und Gewährung eines geringen Taschengeldes aus? Das Bestimmungsrecht der Eltern gem. § 1612 Abs. 2 BGB, beispielsweise den Unterhalt durch Essen, Trinken, Kleidung, Wohnen, Kultur, Urlaub und ein angemessenes Taschengeld sicherzustellen, muss auch die Belange des Kindes berücksichtigen. Allerdings müssen auch die Belange des Elternteils, der die Obhut innehat, berücksichtigt werden. In der Regel haben die Eltern (konkludent) vereinbart, dass Unterhalt als Barunterhalt seitens des nicht sorgeberechtigten oder nicht betreuenden Elternteils gewährt wird und sich der andere Elternteil von dieser Vereinbarung nicht ohne das Vorliegen besonderer Gründe wieder lösen kann. Fraglich ist, ob ein längerer Ferientaufenthalt einen solchen besonderen Grund darstellt. Dies ist wohl umso eher der Fall, desto weniger der barunterhaltsverpflichtete Elternteil leistungsfähig ist.

**Beraterhinweis:** Die Frage, ob der Unterhalt ganz oder teilweise durch Übernahme der Urlaubskosten gedeckt ist, sollte in die anwaltliche Beratung einbezogen werden. Abgewogen werden muss jedoch, ob dieser Einwand nicht zu Streitigkeiten auf der Umgangsebene zwischen den Eltern führt und Streit über die Länge der Umgangskontakte provoziert, der vermieden werden sollte. ◀

*Rain Antje Pietrek, FAFamR, KSB INTAX Celle, Hannover*

## Verfahrensrecht

### Prozesskostenvorschuss für volljährige Kinder

**Eltern schulden in entsprechender Anwendung des § 1360a Abs. 4 BGB auch ihren volljährigen Kindern einen Vorschuss für die Kosten eines Rechtsstreits in persönlichen Angelegenheiten, wenn die Kinder wegen der Fortdauer ihrer Ausbildung noch keine eigene Lebensstellung erreicht haben.**

BGH, Beschl. v. 23.3.2005 – XII ZB 13/05  
(OLG Zweibrücken – 2 WF 165/04)  
BGB §§ 1360a Abs. 4, 1361 Abs. 4 Satz 4; ZPO § 115 Abs. 1, Abs. 2  
*FamRZ 2005, 883*  
*Bestell-Nr.: FE-01603*

**Das Problem:** Die Klägerin ist 1982 geboren und befindet sich noch in der Berufsausbildung. AG und OLG (OLG Zweibrücken v. 13.9.2004 – 2 WF 165/04, OLGReport Zweibrücken 2005, 84 = FamRB 2005, 77) hatten ihren auf eine Unterhaltsklage gerichteten PKH-Antrag abgelehnt und auf die Inanspruchnahme eines Prozesskostenvorschusses (PKV) verwiesen. Hiergegen richtet sich die Rechtsbeschwerde.

**Die Entscheidung des Gerichts:** Der BGH weist die Rechtsbeschwerde zurück. Nach § 115 Abs. 1 Satz 1 und ZPO hat eine Partei für die PKH zunächst alle Einkünfte in Geld oder Geldeswert einzusetzen, wozu auch ein Anspruch auf PKV gehört. Der Anspruch selbst ist ausdrücklich nur für verheiratete und getrennt lebende Ehegatten geregelt (§§ 1360a Abs. 4, 1361 Abs. 4 Satz 4 BGB). Zwischen Eltern und Kindern ergibt sich die PKV-Verpflichtung aber aus ihren besonders engen unterhaltsrechtlichen Beziehungen. Auch dem volljährigen Kind steht ein Anspruch auf Zahlung eines PKV gegen seine Eltern zu, wenn es sich in der Ausbildung befindet und noch keine eigene Lebensstellung erreicht hat. Die Vorschrift des § 1360a Abs. 4 BGB kann in solchen Fällen entsprechend angewandt werden, die der besonderen Unterhaltspflicht zwischen Ehegatten vergleichbar sind. Das ist für die Unterhaltspflicht der Eltern gegenüber ihren minderjährigen unverheirateten Kindern der Fall. Diese vergleichbare Situation ist jedoch nicht auf den Unterhaltsanspruch minderjähriger Kinder beschränkt, sondern im Wesentlichen darauf zurückzuführen, dass die Kinder wegen ihres Alters und Ausbildungsbedarfs noch keine eigene Lebensstellung erreicht haben und sich deswegen noch nicht selbst unterhalten können. Im Übrigen ist der Unterhaltsanspruch Volljähriger mit dem Anspruch auf Minderjährigenunterhalt identisch. Ein PKV ist dann geschuldet, wenn die beabsichtigte Rechtsverfolgung hinreichende Aussicht auf Erfolg hat und nicht mutwillig erscheint. Insoweit entsprechen sich die Voraussetzungen von PKV und PKH (§ 114 ZPO). Der Anspruch auf PKH entfällt, wenn wenigstens ein unterhaltspflichtiger Eltern-

teil des volljährigen Kindes zur Leistung eines PKV in der Lage ist.

**Konsequenzen für die Praxis:** Die PKV-Berechtigung Volljähriger war bislang streitig. Soweit sie auch bei Fehlen einer bereits eigenen Lebensstellung abgelehnt worden war, wurde das damit begründet, dass für Volljährige das Prinzip der Eigenverantwortung gelte (vgl. etwa OLG Hamm v. 4.1.1995 – 10 WF 264/94, FamRZ 1995, 1008 f.). Die Frage ist nun durch den BGH geklärt. Nur wenn das Kind bereits eine eigene Lebensstellung erlangt hat, scheidet ein PKV-Anspruch aus. So bei verheirateten Kindern und bei erwerbstätigen Volljährigen.

**Beraterhinweis:** Für die Frage der Leistungsfähigkeit differenziert der BGH danach, ob der PKV durch ein volljähriges Kind oder aber durch ein minderjähriges bzw. diesem nach § 1603 Abs. 2 Satz 2 BGB gleichgestelltes („privilegiertes“) Kind geltend gemacht wird (BGH v. 6.8.2004 – XII ZA 6/04, BGHReport 2005, 26 = MDR 2005, 94 = FamRZ 2004, 1633 m. Anm. *Viefhues* = FamRB 2004, 393). Wird der PKV durch einen Minderjährigen oder privilegiert Volljährigen verlangt, so ist – lediglich – der notwendige Selbstbehalt zu beachten (ab 1.7.2005: 890 € bei Erwerbstätigkeit, 770 € ohne Erwerbstätigkeit). Nur gegenüber den anderen, also nicht privilegierten, Volljährigen kann sich der in Anspruch Genommene auf den sog. angemessenen Selbstbehalt berufen, das sind ab 1.7.2005 1.100 € (statt bislang 1.000 €). ◀

*RiAG Volker Bißmaier, Besigheim*

### Mutwilligkeit der isolierten Geltendmachung einer Scheidungsfolgensache

**Die Geltendmachung einer zivilprozessualen Scheidungsfolgensache außerhalb des Verbundverfahrens ist grundsätzlich nicht mutwillig i.S.d. § 114 ZPO.**

BGH, Beschl. v. 10.3.2005 – XII ZB 20/04  
(OLG Celle – 12 WF 362/03)  
ZPO § 114  
*BGHReport 2005, 861 = FamRZ 2005, 786*  
*Bestell-Nr.: FE-01631*

**Das Problem:** Kann für eine Scheidungsfolgensache, welche nicht im Verbund verfolgt wird, PKH bewilligt werden?

**Die Entscheidung des Gerichts:** Ausgangspunkt für die Beurteilung der PKH-Bewilligung ist die Frage, ob wegen der erhöhten Kosten Mutwilligkeit bei der Rechtsverfolgung vorliegt. Der BGH (so auch in der Parallelenentscheidung v. 10.3.2005 – XII ZB 19/04, BGHReport 2005, 862 [LS] = FamRZ 2005, 788) verneint dies mit einer in Rechtsprechung und Literatur im Vordringen befindlichen Auffassung. Mutwillig ist die Rechtsverfolgung dann nicht, wenn eine verständige, nicht hilfsbedürftige Partei ihre Rechte in gleicher Weise verfolgen würde. Deshalb handelt derjenige mutwillig, der von zwei gleichwertigen prozessualen Wegen denjenigen beschreitet, von dem er von vornherein annehmen muss, dass er für ihn

auch der kostspieligere ist (*Philippi* in Zöller, 25. Aufl., § 114 ZPO Rz. 30, 34 m.w.N.) Durch die Streitwertaddition und den degressiven Gebührenanstieg seien zwar die Kosten im Verbund geringer. Hierauf kommt es nach Ansicht des Senates jedoch nicht an. Vielmehr sei eine kostenbewusste Partei in erster Linie darauf bedacht, die sie allein treffenden Kosten gering zu halten. Gerade die Kostenregelung weise entscheidende Unterschiede auf. Im Falle der Geltendmachung im Verbund gelte § 93a Abs. 1 Satz 1 ZPO mit der regelmäßigen Folge der Kostenaufhebung gegeneinander. Durch die Gerichte werde nur in seltenen Fällen von der Ausnahmeregelung des Satzes 2, anderweitige Kostenverteilung nach billigem Ermessen, Gebrauch gemacht. Bei der getrennten Rechtsverfolgung hingegen gelte die strenge Kostenfolge des § 91 ZPO. Ein Teil der Kosten könne daher ggf. vom Gegner zurückverlangt werden. Letztendlich komme dies auch der Staatskasse zugute. Nur im Falle der Kostenüberbürdung könne sie im Falle des Obsiegens wegen der übergegangenen PKH-Beträge gegen den Beklagten Regress nehmen. Außerdem sei nicht ersichtlich, weswegen dieser Regressanspruch nicht durchsetzbar sei, wie in verschiedenen obergerichtlichen Entscheidungen angenommen werde. Jedenfalls in Fällen des Zugewinnausgleichs sei hiervon nicht ohne weiteres auszugehen.

Schließlich sprächen Art. 3 Abs. 1 GG sowie das Rechtsstaatsprinzip für diese Ansicht. Eine vermögende Partei sei oftmals darauf bedacht, das Scheidungsverfahren zügig ohne zusätzliche und vermeidbare Belastung mit Folgesachen zum Abschluss zu bringen. Der Gesetzgeber habe den Parteien ein Wahlrecht eingeräumt. Sie könnten, müssten aber nicht vom Verbundverfahren Gebrauch machen.

**Konsequenzen für die Praxis:** Dieser Problemkreis gehörte zu den umstrittensten Fragen der PKH-Bewilligung (vgl. im Einzelnen *Nickel*, FamRB 2003, 86 [89 f. Fn. 52–54]). Die diesbezüglich gegenteilige Rechtsprechung verschiedener Oberlandesgerichte kann jetzt als überholt angesehen werden. Dem Anwalt wird danach auch kein Vorwurf der fehlerhaften Bearbeitungsweise mehr entgegengehalten werden können, wenn er Folgesachen separat geltend macht. Hierzu wurde teilweise die Ansicht vertreten, dass er im Falle der Nichtbewilligung von PKH zumindest für die Einzahlung des Gerichtskostenvorschusses hafte (vgl. *Nickel*, FamRB 2003, 86 [89]).

**Beraterhinweis:** Das Problem stellt sich insbesondere beim nahehelichen Unterhalt und Zugewinn. Für den Zugewinn werden durch den BGH eher beiläufig noch zwei wesentliche Argumente vorgebracht, die – unabhängig von einem PKH-Antrag – dafür sprechen, diesen in der Regel außerhalb des Verbundes einzuklagen:

Zum einen ist der Zugewinn erst ab Rechtskraft der Scheidung zu verzinsen (§ 1378 Abs. 3 Satz 1 BGB). Der Zinssatz (5 % über dem Diskontsatz der EZB) liegt nicht unerheblich über dem auf dem Markt derzeit erzielbaren Zins. Darüber hinaus steigt mit Fortdauer des Verfahrens das Risiko, dass der Zugewinnausgleichspflichtige die Einwendung des § 1378 Abs. 2 BGB vorbringt. Erschwerend kommt hinzu, dass nach überwiegender Meinung diese Vorschrift sogar bei illoyalen Vermögensverschiebungen eingreifen soll. Sofern nicht gravierende Gesichtspunkte

dafür sprechen, das Scheidungsverfahren in die Länge zu ziehen, ist es aus Sicht des Berechtigten in der Regel ein anwaltlicher Fehler, den Zugewinn in den Verbund aufzunehmen und nicht separat einzuklagen (vgl. im Einzelnen hierzu *Kogel*, Strategien beim Zugewinnausgleich, Rz. 553 ff.). Aus anwaltlicher Sicht ist in Zugewinnausgleichsfällen im Übrigen immer noch daran zu denken, bei einem ausgeteilten Betrag eine Nachzahlungsanordnung gem. § 120 Abs. 4 ZPO zu beantragen. Die Gebührendifferenzen gerade in derartigen Fällen sind gravierend. ◀

RA Dr. Walter Kogel, FAFamR, Aachen

## Keine Beschwerde gegen PKH-Versagung für einstweilige Anordnung

**Keine Beschwerde gegen eine Prozesskostenhilfe wegen fehlender Erfolgsaussichten versagende Entscheidung, wenn die Entscheidung in der Hauptsache nicht anfechtbar ist (hier: einstweilige Anordnungen nach §§ 620, 620b oder 644 ZPO).**

BGH, Beschl. v. 23.2.2005 – XII ZB 1/03  
(OLG Bamberg – 2 WF 215/02)  
ZPO §§ 127 Abs. 2 Satz 2 2. Hs., 620c Satz 2, 644  
BGHReport 2005, 665 = FamRZ 2005, 790  
Bestell-Nr.: FE-01595

**Das Problem:** Das FamG hat einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gem. § 644 ZPO, gerichtet auf Zahlung monatlichen Unterhalts von 1.296 €, als unzulässig verworfen und einen entsprechenden Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe wegen fehlender Erfolgsaussichten zurückgewiesen. Dagegen hat die Antragstellerin sofortige Beschwerde gem. § 127 Abs. 2 Satz 2 ZPO eingelegt. Das OLG (OLG Bamberg v. 27.11.2002 – 2 WF 215/02, OLGReport Bamberg 2003, 297 = FamRZ 2004, 38) hat diese sofortige Beschwerde als unzulässig verworfen und die Rechtsbeschwerde zugelassen. Das OLG hat seine Entscheidung damit begründet, dass die Entscheidung über den Antrag auf Erlass der einstweiligen Anordnung nach §§ 644 Satz 2, 620c Satz 2 ZPO unanfechtbar sei; deshalb sei in entsprechender Anwendung des § 127 Abs. 2 Satz 2 2. Hs. ZPO auch eine sofortige Beschwerde gegen die mit mangelnder Erfolgsaussicht begründete PKH-Versagung für das einstweilige Anordnungsverfahren nicht statthaft.

**Die Entscheidung des Gerichts:** Der BGH weist darauf hin, dass er an die gem. § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ZPO statthafte Rechtsbeschwerde gebunden sei, § 574 Abs. 3 Satz 2 ZPO. Die Rechtsbeschwerde sei auch im Übrigen zulässig, habe aber in der Sache keine Aussicht auf Erfolg. Nach dem Wortlaut von § 127 Abs. 2 Satz 2 ZPO finde zwar die sofortige Beschwerde gegen eine Prozesskostenhilfe versagende Entscheidung nur dann nicht statt, wenn der Streitwert der Hauptsache den in § 511 ZPO genannten Betrag nicht übersteige; diese Voraussetzung liege hier nicht vor. Gleichwohl habe das Beschwerdegericht die Beschwerde gegen den Prozesskostenhilfe versagenden Beschluss zu Recht zurückgewiesen. § 127 Abs. 2 Satz 2 ZPO müsse entsprechend angewendet werden, um

zu verhindern, dass Rechtsschutz in einem Nebenverfahren über den Rechtsweg in der Hauptsache hinausgehen könne, auch um zu vermeiden, dass Instanz- und Rechtsmittelgericht im abgeschlossenen Hauptsacheverfahren und mehrstufigen Nebenverfahren zu einander widersprechenden Entscheidungen gelangten. Das sei schon vor der ZPO-Reform herrschende Meinung gewesen. Dem Gesetzgeber sei diese Rechtsprechung bekannt gewesen. Der amtlichen Begründung zu § 127 ZPO sei zu entnehmen, dass der Gesetzgeber im Verfahren über die Prozesskostenhilfe nicht einen weitergehenden Instanzenzug als in der Hauptsache habe zur Verfügung stellen wollen.

**Konsequenzen für die Praxis:** Wie sich der Begründung der Entscheidung entnehmen lässt, bringt der Beschluss für die Praxis letztlich nichts Neues. Die Bedeutung der Entscheidung vom 23. Februar 2005 dürfte sich darin erschöpfen klarzustellen, dass die ZPO-Reform an dem alten Grundsatz, wonach der Instanzenzug im Verfahren über die Prozesskostenhilfe nicht weitergehen kann als in der Hauptsache, nichts geändert hat.

**Beraterhinweis:** Man muss sich schlicht merken, dass die Bestimmung des § 127 Abs. 2 Satz 2 ZPO nicht allein buchstäblich zu verstehen ist, sondern die gesetzgeberische Intention, wonach der Instanzenzug in einem Nebenverfahren nicht weitergehen kann als in der Hauptsache, nur unvollständig zum Ausdruck gebracht hat. ◀

*RA Jochen Schober, FAFamR, Petersen – Peters, Schleswig*

## PKH: Kindergeld als Einkommen

**Kindergeld, das die um Prozesskostenhilfe nachsuchende Partei bezieht, ist als deren Einkommen i.S.d. § 115 Abs. 1 Satz 2 ZPO zu berücksichtigen, soweit es nicht zur Bestreitung des notwendigen Lebensunterhalts eines minderjährigen Kindes zu verwenden ist.**

BGH, Beschl. v. 26.1.2005 – XII ZB 234/03  
(OLG München – 12 WF 1546/03)  
ZPO § 115 Abs. 1 Satz 2  
*BGHReport 2005, 737 = MDR 2005, 767 = FamRZ 2005, 605*  
*Bestell-Nr.: FE-01629*

**Das Problem:** Die Frage, ob und ggf. in welchem Umfang das staatliche Kindergeld im Rahmen der Gewährung von Prozesskostenhilfe als Einkommen zu berücksichtigen ist, war in der Rechtsprechung bislang heftig umstritten (vgl. die Übersicht bei *Nickel*, Die Anrechnung von Kindergeld im Rahmen der Bewilligung von Prozesskostenhilfe, FamRB 2003, 263; *ders.*, Die Rechtsprechung zur Prozesskostenhilfe in 2004, ProZR 2005, 78 [83]). Zum Teil wurde vertreten, eine Anrechnung von Kindergeld habe überhaupt nicht zu erfolgen, weil es sich um eine zweckbestimmte Sozialleistung handele. Nach wohl herrschender Auffassung wurde das Kindergeld in vollem Umfang als Einkommen angerechnet. Darüber hinaus wurde auch vertreten, das Kindergeld sei entspre-

chend § 1612b BGB bei beiden unterhaltspflichtigen Elternteilen je zur Hälfte anzurechnen, jedenfalls solange die Summe des hälftigen Kindergeldes und des gezahlten Kindesunterhalts höher liege als der Freibetrag.

**Die Entscheidung des Gerichts:** Nunmehr hat der BGH entschieden, dass das Kindergeld, das die um Prozesskostenhilfe nachsuchende Partei bezieht, als deren Einkommen zu berücksichtigen ist, soweit es nicht zur Bestreitung des notwendigen Lebensunterhalts eines minderjährigen Kindes zu verwenden ist.

Weiterhin hat der BGH bei dieser Gelegenheit entschieden, dass die Rechtsbeschwerde schon deshalb zulässig sei, weil sie das Beschwerdegericht gem. § 574 Abs. 1 Nr. 2 ZPO zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung zugelassen habe und der Senat daran gebunden sei (§ 574 Abs. 3 Satz 2 ZPO).

**Konsequenzen für die Praxis:** Mit seiner Entscheidung zieht der BGH einen endgültigen Schlussstrich unter eine inzwischen seit Jahren andauernde Debatte um die Berücksichtigung von Kindergeld im Rahmen des nach § 115 ZPO zu berücksichtigenden Einkommens der PKH-Partei. Dabei stellt der BGH zunächst klar, dass Ausgangspunkt der Beurteilung lediglich § 115 Abs. 1 Satz 2 ZPO sein kann. Wegen dessen wörtlicher Übereinstimmung der Definition des Einkommens mit derjenigen des § 76 Abs. 1 BSHG bzw. des § 82 Abs. 1 SGB XII werde deutlich, dass der Einkommensbegriff des § 115 Abs. 1 ZPO an denjenigen des Sozialhilferechts anknüpfe, was sich auch daraus erkläre, dass Prozesskostenhilfe eine Form der Sozialhilfe im Bereich der Rechtspflege darstelle.

Für Familiensachen im Rahmen der freiwilligen Gerichtsbarkeit hat der BGH mit Beschluss vom 9.2.2005 (BGH v. 9.2.2005 – XII ZB 246/04, *BGHReport 2005, 736 = FamRZ 2005, 790*) ausdrücklich bestätigt, dass das Rechtsbeschwerdegericht an die Zulassung der Rechtsbeschwerde gebunden ist, wenn es um Fragen des Verfahrens der Prozesskostenhilfe oder der persönlichen Voraussetzungen ihrer Bewilligung geht.

**Beraterhinweis:** Wegen des Wortlauts des § 82 Abs. 1 Satz 2 SGB XII ist nach BGH auch im Bereich der Prozesskostenhilfe bei Minderjährigen das Kindergeld dem jeweiligen Kind als Einkommen zuzurechnen, soweit es bei diesen zur Deckung des notwendigen Lebensunterhalts benötigt wird. Nur in Höhe des darüber hinausgehenden Betrags ist Kindergeld aus sozialhilferechtlicher Sicht Einkommen der Eltern, wobei diese Sichtweise mit der unterhaltsrechtlichen Betrachtung nicht deckungsgleich ist.

Das Existenzminimum eines minderjährigen Kindes ist zumindest bis zum vollendeten 14. Lebensjahr gewährleistet, weil der Ermittlung des Freibetrags der höchste Regelsatz der Länder zugrunde liegt.

Im konkreten Fall hat der BGH auf den zum Zeitpunkt der angegriffenen Entscheidung geltenden Unterhaltsfreibetrag von 253 € abgestellt und sodann ausgeführt, dass dieser Betrag dem notwendigen Lebensunterhalt entspreche und darüber hinaus durch die Unterhaltsleistungen des Kindesvaters i.H.v. 259,50 € tatsächlich auch gedeckt werde. Obwohl der BGH ausdrücklich darauf hinweist, dass sich der sozialhilferechtliche Einkommensbegriff von dem unterhaltsrechtlichen unterscheide, führt er weiterhin aus, dass sich an der Beurteilung auch dann nichts ändere, wenn

auf das Existenzminimum der Kinder i.H.v. 135 % des Regelbetrags abgestellt werde. In diesem Fall würde sich aus der Düsseldorfer Tabelle ein Betrag von 308 € ergeben, der unter Berücksichtigung des vom Kindesvater gezahlten Unterhalts bis auf 48,50 € gedeckt sei. Die Differenz liege jedenfalls unter den anteiligen Wohnkosten der Kinder, die ohnehin als abzugsfähig anerkannt worden seien.

Für die Praxis kann es daher lohnenswert sein, bei minderjährigen Kindern in der dritten Altersstufe eine unterhaltsrechtliche Kontrollberechnung durchzuführen. Sofern sich aus dieser Kontrollberechnung ergibt, dass das Existenzminimum des Kindes jedenfalls nach der Düsseldorfer Tabelle und unter Berücksichtigung anteiliger Wohnkosten nicht gedeckt ist, kann entsprechend den Ausführungen des BGH zumindest auf eine teilweise Anrechnungsfreiheit des Kindergeldes hingewirkt werden. ◀

RA Michael Nickel, FAFamR, Hagen

## Steuerrecht

### Kindergeld: Sozialversicherungsbeiträge mindern Bemessungsgröße für Jahreshgrenzbetrag

**Die Einbeziehung von Sozialversicherungsbeiträgen des Kindes in die Bemessungsgröße für den Jahreshgrenzbetrag gem. § 32 Abs. 4 Satz 2 EStG zu Lasten der unterhaltsverpflichteten Eltern verstößt gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG.**

BVerfG, Beschl. v. 11.1.2005 – 2 BvR 167/02

(BFH – VI R 16/00)

EStG 1997 § 32 Abs. 4 Satz 2

FamRZ 2005, 962

Bestell-Nr.: FE-01633

**Das Problem:** Der Anspruch der Eltern auf Kindergeld entfällt gem. § 32 Abs. 4 Satz 2 EStG, wenn die Einkünfte und Bezüge des Kindes, die zur Bestreitung des Unterhalts bestimmt oder geeignet sind, den sog. Jahreshgrenzbetrag von derzeit 7.680 € übersteigen (vgl. Schwarz, FamRB 2003, 408 ff.). Nach h.M. gilt der Relativsatz „die zur Bestreitung des Unterhalts ... bestimmt oder geeignet sind“ nur für die Bezüge. Der Begriff der „Einkünfte“ entspricht nach der Rechtsprechung des BFH demjenigen in § 33a Abs. 1 Satz 4, Abs. 4 Satz 2 EStG und damit dem Begriff der Einkünfte in § 2 Abs. 2 EStG. Der Jahreshgrenzbetrag bezieht sich demnach nicht auf das „zu versteuernde Einkommen“ (§ 2 Abs. 5 EStG), so dass der Abzug von Sonderausgaben (§§ 10 bis 10i EStG) und außergewöhnlichen Belastungen (§§ 33 bis 33c EStG) nicht in Betracht kommt.

**Die Entscheidung des Gerichts:** Mit seiner Begrenzung des Anspruchs auf Kinderfreibeträge (§ 32 Abs. 6 EStG) und auf Kindergeld (§§ 62 ff. EStG) sei § 32 Abs. 4 Satz 2

EStG zwei unterschiedlichen Sach- und Regelungsbereichen zuzuordnen. Zum einen gehe es um die verfassungsrechtlich gebotene steuerliche Verschonung des Familienexistenzminimums, zum anderen dienten die Regelungen zum Kindergeld, soweit dieses für die steuerliche Freistellung nicht erforderlich ist, der Förderung der Familie (§ 31 Satz 2 EStG), hätten also eine von den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die steuerrechtliche Belastung unabhängige sozialrechtliche Funktion. Je nachdem, welche der möglichen Funktionen des Kindergeldes betroffen sei, könnten unterschiedliche Maßstäbe und Kriterien verfassungsrechtlich gebotener Gleichbehandlung in Betracht kommen.

Bei der einkommensteuerrechtlichen Freistellung des Familienexistenzminimums unterliege der Gesetzgeber tendenziell strikteren Bindungen als bei sozialrechtlichen Regelungen zur Förderung der Familie. Dem Gesetzgeber sei aber, auch soweit das Kindergeld als Sozialleistung anzusehen ist, nicht gestattet, bei der Abgrenzung der Leistungsberechtigten sachwidrig zu differenzieren. Gewähre er aus bestimmten Gründen eine staatliche Sozialleistung, habe deren Zweckbestimmung wesentliche Bedeutung dafür, unter welchen Voraussetzungen Ausnahmen sachlich hinreichend gerechtfertigt sind. Danach bleibe auch für die Würdigung der Kindergeldregelungen in ihrer sozialrechtlichen Funktion verfassungsrechtlich von Gewicht, dass der Gesetzgeber diese Regelungen in ein abgestimmtes System von Steuerentlastung und Sozialleistung eingefügt habe und dass es in jedem Fall auch um die Erfüllung und Konkretisierung des verfassungsrechtlichen Schutzauftrags des Art. 6 Abs. 1 GG gehe mit der Zielsetzung, die im Vergleich mit Kinderlosen verminderte finanzielle Leistungsfähigkeit der Familie teilweise auszugleichen.

Die Einbeziehung von Sozialversicherungsbeiträgen in die Bemessungsgröße für den Jahreshgrenzbetrag benachteilige unterhaltsverpflichtete Eltern von Kindern, die sozialversicherungspflichtige Einkünfte oberhalb der Freigrenze beziehen, gegenüber unterhaltsverpflichteten Eltern, deren Kinder keine Einkünfte und Bezüge haben oder solche Mittel in einer Höhe beziehen, die noch unterhalb der Freigrenze bleiben, jedoch dieselbe Höhe erreichen, die sich bei sozialversicherungspflichtigen Einkünften oberhalb der Freigrenze erst nach Abzug der Sozialversicherungsbeiträge ergeben würde. Die anderen Eltern kämen in den Genuss eines Ausgleichs für ihre durch Unterhaltsverpflichtungen geminderte finanzielle Leistungsfähigkeit durch Gewährung von Kindergeld oder Kinderfreibeträgen. Dagegen werde ein solcher Ausgleich in der Fallgruppe mit Sozialversicherungspflicht versagt, obwohl Einkünfte in Höhe der gesetzlichen Pflichtbeiträge für den laufenden Unterhalt des Kindes, unabhängig von einer Willensbetätigung der Beteiligten, von vornherein nicht verfügbar seien und deshalb eine unmittelbare Erhöhung der finanziellen Leistungsfähigkeit der Eltern nicht bewirken könnten. Für die Benachteiligung dieser Gruppe unterhaltspflichtiger Eltern fehlten hinreichende Gründe.

§ 32 Abs. 4 Satz 2 EStG sei zur Vermeidung dieser gleichheitswidrigen Behandlung verfassungskonform so auszulegen, dass von den Einkünften wie von den Bezügen nur diejenigen in die Bemessungsgröße einzubezie-

hen seien, die zur Bestreitung des Unterhalts oder der Berufsausbildung bestimmt oder geeignet sind.

**Konsequenzen für die Praxis:** Sind die Sozialversicherungsbeiträge des Kindes nicht in die Bemessungsgröße für den Jahresgrenzbetrag einzubeziehen, kommen wesentlich mehr Eltern sozialversicherungspflichtiger Kinder in den Genuss des Kindergeldes.

**Beraterhinweis:** Eltern sozialversicherungspflichtiger Kinder, die z.B. für das Jahr 2004 oder für das laufende Jahr von einem Antrag auf Kindergeld abgesehen haben, weil sie wegen vermuteter Überschreitung des Grenzbetrags von dessen Erfolglosigkeit ausgingen, sollten ihre Berechnungen nochmals überprüfen und ggf. einen Antrag auf Kindergeld stellen.

In der Vergangenheit abgelehnte Anträge auf Kindergeld entfalten Bindungswirkung nur für die Zeit bis zum Ende des Monats der Bekanntgabe. Das bedeutet, dass für danach liegende Zeiträume erneut Kindergeld beantragt werden kann. ◀

*PräsFG Hansjürgen Schwarz, Illingen/Saar*

## Betreuung/Vormundschaft/Pflegschaft

### ■ Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts

**Die Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts ist nur zu Abwendung einer erheblichen Gefahr sowie dann zulässig, wenn dessen Anordnung zur Abwendung dieser Gefahr überhaupt geeignet ist.**

OLG Schleswig, Beschl. v. 12.1.2005 – 16 W 300/04  
(LG Kiel – 3 T 266/04)  
BGB § 1903

*Abdruck im OLGReport Schleswig vorgesehen  
Bestell-Nr.: FE-01635*

**Das Problem:** Für die unter Betreuung stehende Betroffene, die seit längerem an Querulantenwahn leidet, hat das AG auf Anregung des Betreuers einen Einwilligungsvorbehalt für den Bereich Vertretung in Gerichtsverfahren sowie gegenüber Behörden, Versicherungen sowie Einrichtungen angeordnet. Die dagegen gerichtete sofortige Beschwerde der Betroffenen hat das LG unter Hinweis auf die Berichte des Betreuers zurückgewiesen. Gegen diese Entscheidung wendet sich die Betroffene mit ihrer weiteren sofortigen Beschwerde.

**Die Entscheidung des Gerichts:** Das OLG hat die angefochtene Entscheidung aufgehoben und die Sache zur erneuten Entscheidung und Verhandlung an das LG zurückverwiesen. Zum einen habe das LG das Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen für die Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts nicht hinreichend ermittelt. Solle ein Einwilligungsvorbehalt im Zusammenhang mit der Verursachung sinnloser Gerichtskosten durch den Betrof-

fenen angeordnet werden, sei konkret zu prüfen, ob diese Maßnahme überhaupt geeignet sei, eine erhebliche Vermögensgefahr von diesem abzuwenden. Zum anderen sei die angefochtene Entscheidung zum Nachteil der Beschwerdeführerin mit einem Beweisergebnis begründet worden, welches dieser vor der Entscheidung nicht zuvor mitgeteilt worden sei. Damit habe das Gericht gegen den Grundsatz der Gewährung rechtlichen Gehörs gem. Art. 103 GG verstoßen.

**Konsequenzen für die Praxis:** Die – für den Betroffenen äußerst beschränkende und belastende – Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts, nach dem der Betreute zu einer Willenserklärung, die den Aufgabenkreis des Betreuers betrifft, dessen Einwilligung bedarf, darf nach § 1903 Abs. 1 BGB nur zur Abwendung einer erheblichen Gefahr für die Person oder das Vermögen des Betreuten erfolgen. Von dem Vorliegen einer solchen Gefahr kann nur dann ausgegangen werden, wenn das Gericht einen entsprechenden konkreten Sachverhalt ermittelt hat (§ 12 FGG). Allein eine mögliche Gefährdung reicht nicht aus. Darüber hinaus kommt die Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts auch nur dann in Betracht, wenn dieser überhaupt geeignet ist, die drohende erhebliche Vermögensgefahr abzuwenden.

**Beraterhinweis:** Der Betreute bedarf trotz bestehenden Einwilligungsvorbehalts allerdings dann nicht der Einwilligung seines Betreuers, wenn die Willenserklärung für ihn lediglich rechtlich vorteilhaft ist (§ 1903 Abs. 3 BGB). Entsprechendes gilt auch für alle geringfügigen Angelegenheiten des täglichen Lebens. So sind regelmäßig die alltäglichen Bargeschäfte über geringwertige Gegenstände (z.B. der Kauf zum täglichen Bedarf benötigter Lebensmittel) zustimmungsfrei. Das Gericht kann den Einwilligungsvorbehalt jedoch auch auf diese Angelegenheiten erstrecken, um z.B. alkoholranke Betreute daran zu hindern, Alkohol oder für den Tausch mit Alkohol geeignete Produkte zu erwerben. ◀

*RiOLG Eva Moll-Vogel, Celle*

## Erbrecht

### ■ Verfassungsrechtliche Garantie des Pflichtteilsrechts

**Die grundsätzlich unentziehbare und bedarfsunabhängige wirtschaftliche Mindestbeteiligung der Kinder des Erblassers an dessen Nachlass wird durch die Erbrechtsgarantie des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. Art. 6 Abs. 1 GG gewährleistet.**

**Die Normen über das Pflichtteilsrecht der Kinder des Erblassers (§ 2303 Abs. 1 BGB), über die Pflichtteilsentziehungsründe des § 2333 Nr. 1 und 2 BGB und über den Pflichtteilsunwürdigkeitsgrund des § 2345 Abs. 2, § 2339 Abs. 1 Nr. 1 BGB sind mit dem Grundgesetz vereinbar.**

BVerfG, Beschl. v. 19.4.2005 – 1 BvR 1644/00, 1 BvR 188/03

(OLG Köln – 1 U 108/98, KG Berlin – 26 U 4/02)

GG Art. 6 Abs. 1, 14 Abs. 1 Satz 1; BGB §§ 829, 2303, 2333 Nr. 1, Nr. 2, 2337, 2339 Abs. 1 Nr. 1, 2343, 2345 Abs. 2

FamRZ 2005, 872

Bestell-Nr.: FE-01613

**Das Problem:** Es geht um die Verfassungsmäßigkeit des Pflichtteilsrechts. Der Entscheidung des BVerfG liegen zwei Verfahren zugrunde:

Im ersten Verfahren war die Erblasserin wiederholt von ihrem psychisch kranken Sohn tätlich angegriffen worden. Deswegen entzog sie ihm den Pflichtteil mit der Begründung, dieser habe bei den schweren Tätlichkeiten (Faustschläge auf den Kopf) ihren möglichen Tod in Kauf genommen. Wenig später erschlug der psychisch kranke Sohn die Erblasserin aus Angst und Wut wegen seiner bevorstehenden Einweisung in das Landeskrankenhaus. Er zerstückelte die Leiche und versteckte die Leichenteile im Wald. Wegen dieser Tat wurde gegen ihn im Sicherungsverfahren die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus angeordnet. Er habe zwar das Unrecht seiner Tat einsehen, aber nicht nach dieser Einsicht handeln können (§ 20 StGB). Im anschließenden Pflichtteilsprozess des Sohnes wurde erneut ein Sachverständigengutachten eingeholt, das die Schuldunfähigkeit sowohl im Zeitpunkt der Tötung als auch bei den vorherigen Misshandlungen feststellte. Aus diesem Grund hielten LG und OLG die Pflichtteilsentziehung mangels Schuldfähigkeit für unwirksam.

In dem zweiten Verfahren war es zwischen dem Erblasser, der vor seinem Tod an verschiedenen Erkrankungen litt, und seinem Sohn in den letzten Jahren vor dem Erbfall zu Auseinandersetzungen über den Kontakt des Erblassers mit seinem Enkelkind gekommen. Daraufhin entzog der Erblasser seinem Sohn den Pflichtteil mit der Begründung, trotz Kenntnis von der Erkrankung habe sein Sohn die Kontaktaufnahme zu dem Enkelkind verweigert. Nach dem Tod des Erblassers machte der Sohn gegenüber der beklagten Erbin sein Pflichtteilsrecht gerichtlich geltend. Die Gerichte gaben der Klage statt und hielten die Pflichtteilsentziehung für unwirksam.

**Die Entscheidung des Gerichts:** Das BVerfG hielt im eingangs geschilderten ersten Verfahren die Verfassungsbeschwerde für begründet. Es stellt dabei zunächst fest, dass das Pflichtteilsrecht der Kinder zu den traditionellen Kernelementen des deutschen Erbrechts gehört. Es sei daher neben der Testierfreiheit und dem Erwerbsrecht des Erben Bestandteil des institutionell verbürgten Gehalts der Erbrechtsgarantie nach Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG. Das Pflichtteilsrecht sei zudem Ausdruck der grundsätzlich unauflösbaren Familiensolidarität zwischen dem Erblasser und seinen Kindern und stehe daher in engem Zusammenhang zu Art. 6 Abs. 1 GG. Gerade in Fällen der Entfremdung setze das Pflichtteilsrecht der Testierfreiheit Grenzen. Das Pflichtteilsrecht der Kinder genüge in seiner konkreten Ausprägung (§ 2303 Abs. 1 BGB) den Vorgaben der Verfassung, indem es sowohl eine angemessene Nachlassenteilhabe der Kinder als auch einen hinreichend großen Freiraum für Verfügungen von Todes wegen gewährleiste. Auch die Regelungen über die Pflichtteilsentziehung nach § 2333 Nr. 1 und 2 BGB seien mit den ver-

fassungsrechtlichen Anforderungen vereinbar. Sie stellten ein angemessenes Verhältnis von Pflichtteilsrecht und Testierfreiheit her, indem sie in extremen Ausnahmefällen das Pflichtteilsrecht hinter der Testierfreiheit zurücktreten ließen, nämlich bei außergewöhnlich schwerwiegendem Fehlverhalten des Kindes. Das Erfordernis des schuldhaften Verhaltens sei grundsätzlich ein geeignetes und aussagekräftiges Kriterium, um im Einzelfall den Vorrang der Testierfreiheit vor dem Pflichtteilsrecht zu bestimmen. Allerdings sei es bei der Normanwendung und -auslegung geboten, beide Verfassungsgüter gegeneinander abzuwägen und ihrer Bedeutung Rechnung zu tragen. Es sei zwar verfassungsrechtlich unbedenklich, wenn für eine Pflichtteilsentziehung nach § 2333 Nr. 1 BGB grundsätzlich ein schuldhaftes Fehlverhalten des Kindes verlangt werde. Werde dieses Kriterium jedoch strikt in einem strafrechtlichen Sinne verstanden, so könne dieses Verständnis im Einzelfall dem verfassungsrechtlichen Erfordernis eines angemessenen Ausgleichs der gegenüberstehenden Grundrechtspositionen widersprechen. Dies sei der Fall, wenn das Kind „zwar schuldunfähig im Sinne des Strafrechts war, aber den objektiven Unrechtstatbestand wissentlich und willentlich verwirklichte“. Aus verfassungsrechtlicher Sicht müsse genügen, wenn der psychisch Kranke in einem „natürlichen Sinne“ vorsätzlich gehandelt habe.

Im anderen Verfahren hatte die Verfassungsbeschwerde der Erbin keinen Erfolg. Nach Auffassung des BVerfG lag der Pflichtteilsentziehung, gestützt auf die Entfremdung, eine familiäre Konfliktsituation zugrunde, wie sie kennzeichnend für eine Enterbung sei und in der das Pflichtteilsrecht gerade seine Funktion erfülle.

**Konsequenzen für die Praxis:** Die Entscheidung ist in zweifacher Hinsicht bedeutsam. Zum einen stellt das BVerfG das Pflichtteilsrecht unter den Schutz der Verfassung und zieht enge Grenzen für die Pflichtteilsentziehung. Nur in Ausnahmefällen tritt das Pflichtteilsrecht vollständig hinter der Testierfreiheit zurück. Die Tendenzen zu einer Ausweitung der Pflichtteilsentziehungsgründe durch Auslegung, Analogie oder auch durch eine Gesetzesänderung sind von daher neu zu hinterfragen. Einem allgemeinen „Zerrüttungstatbestand“ für die Pflichtteilsentziehung hat das BVerfG eine Absage erteilt. Zum anderen erweitert das BVerfG jedoch die Anwendbarkeit des § 2333 Nr. 1 BGB, indem es im Wege einer verfassungskonformen Auslegung verlangt, weitgehend auf das Erfordernis der Schuldfähigkeit zu verzichten. Maßgeblich ist allein ein „natürlicher“ Vorsatz, über den das OLG Köln, an das die erste Sache zurückverwiesen wurde, neu zu entscheiden hat.

**Beraterhinweis:** Die Entscheidung betrifft im Hinblick auf die Frage der Schuldfähigkeit allein § 2333 Nr. 1 BGB. Sie lässt sich nicht auf § 2333 Nr. 2 BGB übertragen. Zum einen muss sich nach dem Wortlaut des § 2333 Nr. 2 BGB der Abkömmling „schuldig“ gemacht haben. Zum anderen sind die objektiven Anforderungen des § 2333 Nr. 2 BGB geringer als die des § 2333 Nr. 1 BGB.

Aufgrund der klaren Entscheidung des BVerfG dürfte die Diskussion um die Verfassungsmäßigkeit des Pflichtteilsrechts ihr Ende gefunden haben. Das Pflichtteilsrecht ist in seiner derzeitigen gesetzlichen Ausgestaltung verfassungsgemäß. ◀

RaUN Dr. Hubertus Rohlfing, Hamm/Westf.

## FamRB-Beratungspraxis

### Aktuelle Praxisfragen

#### ■ Die neuen Werte der Düsseldorfer Tabelle

von Vorsitzendem Richter am Oberlandesgericht Friedrich Strohal, Stuttgart

*Für die Unterhaltsansprüche minderjähriger Kinder haben die Regelbeträge, die gleichzeitig für die Dynamisierung des Anspruchs Anknüpfungspunkt sind, Bezugsgrößenfunktion. Die geltenden Regelbetragswerte wurden mit Wirkung zum 1. Juli 2005 geringfügig angehoben. Weil die Düsseldorfer Tabelle als Kindesunterhaltstabelle auf den Regelbeträgen aufbaut, bedurfte sie in gleicher Weise der Anpassung. Anlässlich dieser Aktualisierung waren auch die im Tabellenwerk vorgeschlagenen Selbstbehalts- und Bedarfswerte auf ihren Anpassungsbedarf zu überprüfen.*

#### 1. Kindesunterhaltswerte

Die Familiensenate des Oberlandesgerichts Düsseldorf haben zum 1.7.2005 eine neue „Düsseldorfer Tabelle“ veröffentlicht, die hinsichtlich der **Kindesunterhaltswerte in der 1. Einkommensgruppe** für minderjährige Kinder der drei Altersgruppen **den aktualisierten Regelbetragswerten entspricht**, und die im Übrigen auf **Koordinierungsgesprächen** zwischen Richtern der Familiensenate der Oberlandesgerichte Düsseldorf, Köln, Hamm sowie der Unterhaltskommission des Deutschen Familiengerichtstages e.V. unter Berücksichtigung des Ergebnisses einer Umfrage bei allen Oberlandesgerichten beruht. § 1612a Abs. 4 und 5 BGB bestimmen die Methodik der **zweijährlichen Anpassung der Regelbeträge**, nämlich der Vervielfältigung mit den aus den Daten der volkswirtschaftlichen Gesamtrechnung entnommenen Faktoren für die Entwicklung der Bruttolohn- und -gehaltssumme je durchschnittlich beschäftigtem Arbeitnehmer und der Belastung bei Arbeitsentgelten. Das Bundesjustizministerium als Verordnungsgeber hat den Erhöhungsfaktor für 2005 danach mit 2,4 % festgestellt und die ab 1.7.2005 geltenden Regelbeträge entsprechend festgesetzt.<sup>1</sup>

#### 2. Selbstbehalts- und Mindestbedarfssätze

Neben den Kindesunterhaltswerten enthält die Düsseldorfer Tabelle traditionell auch die **Selbstbehaltssätze Pflichtiger** und die **Mindestbedarfssätze Berechtigter**. Bei Aktualisierung dieser Werte in der Düsseldorfer Tabelle war zunächst zu bedenken, dass die **Selbstbehaltswerte** zuletzt 2001 der Anpassung unterlagen, und seitdem die Lebenshaltungskosten um 5,1 % gestiegen sind. Zu prüfen war daneben, inwieweit die mit „Hartz IV“ und dem Arbeitslosengeld II neu eingeführte Grundsicherung für erwerbsfähige Personen des SGB II die Sozialhilfeschwelle nach oben verschiebt<sup>2</sup> und im Rahmen des Abstandsgebots zur Beachtung veranlasst. Denn es ent-

spricht der ständigen Rechtsprechung des BGH<sup>3</sup>, dass der notwendige Selbstbehalt etwas über den Sätzen der Sozialhilfe liegen soll und das Existenzminimum des Unterhaltspflichtigen nicht unterschritten werden darf.

Das OLG Düsseldorf hat sich im Einvernehmen mit der Unterhaltskommission für eine Anhebung der **Mindestbedarfswerte** etwa entsprechend der Steigerung der Lebenshaltungskosten entschieden. Den Mindestwerten der Grundsicherung für Erwerbsfähige wurde keine entscheidende Bedeutung beigemessen, soweit sie neben der Grundbedarfsdeckung einen Förderungsgedanken beinhalten, der die für das Abstandsgebot relevante Sozialhilfeschwelle des SGB XII nicht beeinflussen kann.

Die in den Selbstbehaltssätzen enthaltenen **Wohnkosten** wurden bei unterschiedlicher Entwicklung der Miet- und Immobilienpreise in den Ländern unverändert belassen. Der gesonderte Ausweis der Wohnkosten lässt die Berücksichtigung eines anderen Aufwands im konkreten Einzelfall zu.

Auch die **Mindestbedürfnisse** wurden etwa entsprechend der Lebenskostensteigerung angepasst. Die Tatsache, dass der Bundesgesetzgeber unter fiskalischen Aspekten nicht zu einer Anpassung der Förderungssätze des BAföG kommt, vermag den bürgerlich-rechtlichen **Studentenbedarf** nicht zu beeinflussen.

#### 3. Betreuungsunterhalt nichtehelicher Mütter, Elternunterhalt

Die Entscheidungen des BGH zur Leistungsfähigkeit gegenüber **Betreuungsunterhaltsansprüchen nichtehelicher Mütter**<sup>4</sup> musste zwingend zur Änderung der diesbezüglichen Werte führen. Die Orientierung an der weiterentwickelten Rechtsprechung des BGH in der Frage der Leistungsfähigkeit gegenüber dem **Elternunterhalt**<sup>5</sup>

1 4. VO zur Änderung der Regelbetrag-Verordnung vom 8.4.2005, BGBl. I 2005, 1055, siehe FamRB 2005, 187.

2 Vgl. Schürmann, FamRZ 2005, 148; Rust, FamRB 2005, 85 (89).

3 BGH v. 28.3.1984 – IVb ZR 53/82, MDR 1984, 920 = NJW 1984, 1614; vgl. auch BVerfG v. 20.8.2001 – 1 BvR 1509/97, FamRZ 2001, 1685.

4 BGH v. 1.12.2004 – XII ZR 3/03, BGHReport 2005, 429 = FamRZ 2005, 354 = FamRB 2005, 98; v. 15.12.2004 – XII ZR 26/03, FamRZ 2005, 357 = FamRB 2005, 98.

5 Insb. BGH v. 15.10.2003 – XII ZR 122/00, BGHReport 2005, 431 = FamRZ 2004, 366 = FamRB 2004, 73; s.a. den Rechtsprechungsüberblick bei Born, FamRB 2004, 192.

führte zu einer den Lebenshaltungskostenindex leicht überschreitenden Anhebung.

#### 4. Ausblick

Die 4. VO zur Änderung der Regelbetrag-Verordnung hat möglicherweise die letzte Anpassung der Regelbeträge bewirkt. Das BMJ erwägt die **einheitliche Bestimmung des Mindestbedarfs minderjähriger Kinder** für das Steuerrecht, das Unterhaltsrecht und das Unterhaltsvorschussgesetz. Als Ausgangswert wird der steuerliche Kinderfreibetrag (§ 32 EStG) erwogen, der im Rahmen der

Bemessung steuerfrei zu stellender Existenzminima der fortdauernden Prüfung durch die Existenzminimumberichte (zuletzt für 2005: BT-Drucks. 15/2462) unterliegt. Diese gesetzgeberische Planung wird eine Neukonzeption der Düsseldorfer Tabelle zur Folge haben, weil der doppelte, steuerliche Kinderfreibetrag den Mindestbedarf, heute also etwa 135 % des Regelbetrags, widerspiegelt. Daneben werden Zu- bzw. Abschläge zu dem einheitlichen steuerlichen Freibetrag erforderlich sein, um unterschiedliche Bedarfssätze für die drei Altersstufen hieraus abzuleiten.

## ■ Verbot der Doppelberücksichtigung von Verbindlichkeiten beim Zugewinn und Unterhalt

von Fachanwalt für Familienrecht Dr. Walter Kogel, Aachen

*Kaum ein Thema wurde in den letzten Monaten in der Literatur so oft besprochen wie das des „Verbotes der Doppelverwertung“. Ausgangspunkt waren drei aktuelle Entscheidungen des BGH, die sich mit der mehrfachen Berücksichtigung von Vermögenswerten beim Zugewinn und Unterhalt befassten. Mit wenigen Sätzen wurde eine jahrzehntelange gefestigte Rechtsprechung in Frage gestellt. Der Autor zeigt auf, dass diese Judikatur auch bei Schulden unweigerlich zu einer Änderung der bisherigen Praxis führen muss.*

### 1. Ausgangslage

Schulden können zum einen als laufende Ausgabe beim Unterhalt, zum anderen als Valutabetrag zum Stichtag beim Zugewinn Bedeutung haben. Damit droht eine Doppelberücksichtigung der beiden Positionen. Diese würde den Unterhaltsberechtigten benachteiligen, der regelmäßig auch Gläubiger der Zugewinnausgleichsforderung ist. Die Problematik<sup>1</sup> wird am besten anhand eines Beispielsfalls verdeutlicht:

#### Beispiel

Die Eheleute B schulden aufgrund einer fehlgeschlagenen Investition einem Dritten gesamtschuldnerisch zum Stichtag einen zinslosen Betrag von 10.000 €. Jeder der Eheleute zahlt eine Summe von monatlich 250 €. Sowohl Herr B als auch Frau B verfügen über Renteneinkünfte (Herr B über 3.000 €, Frau B über 1.500 €). Herr B besitzt Aktienvermögen von 20.000 €; Frau B solches von 10.000 €.

#### Variante A

Wie berechnen sich Zugewinn und Unterhalt?

#### Variante B

Ist die Rechtslage anders, wenn Herr B alleine auf die Schuld 500 € monatlich zahlt und dies im Rahmen des Unterhaltsurteils zum nahehelichen Unterhalt berücksichtigt wird?

#### Variante C

Wie ist die Rechtslage, wenn Herr B alleine den Kredit aufgenommen hat?

Die nachfolgenden Lösungen für die Varianten A + B unterscheiden jeweils die Problemkreise Zugewinn/Unterhalt und beinhalten sodann einen Liquiditätsvergleich. Letzterer wird angestellt, um die Unbilligkeit des Ergebnisses deutlich werden zu lassen, welches bei formaler Anwendung des Stichtagsprinzips entsteht.

#### Lösung

##### Variante A

##### I. Zugewinn

1. Endvermögen Herr B	20.000 €
./.. ½ der Verbindlichkeit	5.000 €
=	15.000 €
2. Endvermögen Frau B	10.000 €
./.. ½ der Verbindlichkeit	5.000 €
=	5.000 €

Die Differenz ergibt 10.000 €. Der Zugewinnausgleichsanspruch von Frau B beträgt 5.000 €.

##### II. Unterhalt

Bei Herrn B beträgt das Einkommen 3.000 € – 250 €, bei Frau B 1.500 € – 250 € (jeweils nach Abzug der anteiligen Schulden); die Differenz beträgt mithin 2.750 € – 1.250 € = 1.500 €. Hiervon stehen Frau B 750 € zu (Halbteilungsgrundsatz).

##### III. Liquiditätsberechnung

Liquiditätsmäßig sieht nach Ablauf der 20 Raten die Situation wie folgt aus:

1. Herr B:	
Vermögen	20.000 €
+ 20 x 3.000 € (Renteneinkommen) =	60.000 €
insgesamt	80.000 €
Abgezogen werden:	
./.. ½ Verbindlichkeit (Darlehen)	./.. 5.000 €
./.. Unterhaltsanspruch Ehefrau 20 x 750 €	./.. 15.000 €
./.. Zugewinnausgleich	./.. 5.000 €
Es verbleiben:	55.000 €

<sup>1</sup> Vgl. zum Thema Gerhardt/Schulz, FamRZ 2005, 145; dies., FamRZ 2005, 317 ff.; Maurer, FamRZ 2005, 757 ff.; Kogel, FamRZ 2003, 1645; ders., FamRZ 2004, 1614 ff.; ders., FamRZ 2004, 1866 f.; ders., FamRZ 2005, 90 (Replik zu Schröder, FamRZ 2005, 89); Schröder, FamRZ 2005, 89 (Anm. zu Kogel, FamRZ 2004, 1614).

## Aktuelle Praxisfragen

2. Frau B:	
Vermögen	10.000 €
+ 20 x 1.500 € (Eigeneinkommen) =	30.000 €
+ Zugewinn	5.000 €
+ Unterhalt 20 x 750 €	15.000 €
./ ½ Darlehen	./ 5.000 €
Es verbleiben:	55.000 €.

**Variante B****I. Zugewinn**

1. Endvermögen Herr B	20.000 €
./ Kredit	./ 10.000 €
(Durch die Einstellung der monatlichen Zahlung in die Unterhaltsberechnung liegt eine anderweitige Regelung i.S.v. § 426 Abs. 1 S. 1 BGB vor. <sup>2)</sup> )	10.000 €.
2. Zugewinn Frau B	10.000 €
Differenz 0 €, Zugewinnausgleich	0 €.

**II. Unterhalt**

1. Herr B: 3.000 € – 500 € =	2.500 €
2. Frau B:	1.500 €
Differenz 1.000 €, Unterhaltsanspruch (Halbteilungsgrundatz)	500 €.

**III. Liquiditätsberechnung**

1. Herr B	20.000 €
+ Renteneinkommen 20 x 3.000 € =	60.000 €
zusammen	80.000 €
./ Verbindlichkeit (Darlehen)	./ 10.000 €
./ Unterhalt 20 x 500 €	./ 10.000 €
Es verbleiben:	60.000 €.

Kein weiterer Abzug für Zugewinn!

2. Bei Frau B sieht die Situation wie folgt aus:	
Vermögen	10.000 €
+ 20 x 1.500 € (Renteneinkommen) =	30.000 €
+ Unterhalt	10.000 €
=	50.000 €.

Die Differenz (60.000 € – 50.000 €) ist genau der Kreditbetrag.

**Variante C**

Lösung wie Variante B, allerdings ohne Ausgleichsmöglichkeit gem. § 426 BGB.

Dieses Beispiel macht Folgendes deutlich:

Letztendlich zahlt **bei Renteneinkommen** die Ehefrau den gesamten Kredit, sofern die monatliche Schuldverbindlichkeit allein bei ihrem Ehemann vom Einkommen abgezogen wird. Gleichzeitig wird beim Zugewinn die Schuld ausschließlich als Passiva beim Ehemann berücksichtigt. Dadurch, dass im Unterhaltsurteil die monatliche Verbindlichkeit beim Ehemann voll eingestellt wird, wird eine anderweitige Bestimmung i.S.v. § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB getroffen.<sup>3</sup> Nur wenn man der Ansicht von *Wever*<sup>4</sup> folgt, wegen der wirtschaftlichen Konsequenzen sei die **Schuld im Verhältnis 50 : 50 aufzuteilen**, kommt man zu demselben erstrebenswerten Ergebnis wie in Variante A. Die Rechtsansicht von *Wever* führt aber dann nicht weiter, wenn keine Gesamtschuld besteht (Variante C), vielmehr die Kreditverbindlichkeit alleine einen der Part-

ner trifft. Eine Verteilung nach § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB ist in diesem Fall eben nicht möglich. Andererseits war die Schuld aber in der Ehe angelegt und damit eheprägend.

Das Ergebnis bei einer Berechnung von **Erwerbseinkommen** ist ähnlich. Rechnet man den Beispielsfall durch, ergibt sich, dass in den Varianten B + C bis auf den 1/7-Anteil (10.000 € : 1/7 = 1.430 €) die Ehefrau alleine den Kredit trägt (mithin 8.570 €).

**2. Die bisherige Rechtsprechung**

Im Jahre 1986<sup>5</sup> hat sich der BGH erstmalig mit der Problematik befasst. In dem Urteil wurde **beim Zugewinn** auf eine **rein stichtagsbezogene Betrachtung** abgestellt. Diese Rechtsprechung wurde in der Entscheidung<sup>6</sup> zum **Bankkonto** in den Urteilsgründen bestätigt. In diesem Urteil hat der BGH festgestellt, dass es bei Bankkonten nicht darauf ankomme, welchem Zweck sie dienen. Es könne z.B. nicht argumentiert werden, der entsprechende Guthabensbetrag sei dazu bestimmt, laufenden Unterhalt zu bezahlen, bzw. eine entsprechende Kontoüberziehung sei deswegen entstanden, weil von dem Konto Unterhalt entrichtet worden sei. Jedenfalls bei kleineren Guthaben oder Überziehungen wird aus Praktikabilitätsgründen nur auf das Stichtagsprinzip abgestellt. Dieser Wert wird in die Zugewinnausgleichsbilanz als Aktiva oder Passiva eingestellt.

Demgegenüber hat der BGH bei der **Abfindung** in zwei Entscheidungen deutlich gemacht, dass eine **Doppelberücksichtigung im Zugewinn und Unterhalt nicht hinnehmbar** sei. Die Abfindungsfälle stellen quasi das Spiegelbild zu dem Fall der Schuldverbindlichkeit dar. Wird beim Unterhalt die Abfindung pro rata temporis auf das laufende monatliche Einkommen des Unterhaltsschuldners verteilt, nimmt die Berechtigte über die 1/2- oder 3/7-Quote hieran mit erhöhtem laufendem Unterhalt teil. Ist die Abfindung zum Stichtag noch vorhanden, könnte diese Position ggf. als Aktiva berücksichtigt werden. Diese Doppelberücksichtigung bei Abfindungen würde aber zu einer Bevorteilung des Unterhaltsgläubigers führen. Letztendlich bekäme er bei Renteneinkommen über den erhöhten Unterhalt und die stichtagsbezogene 1/2-Quote den vollen Abfindungsbetrag. Dass dieses Ergebnis unbillig ist, liegt auf der Hand.

In der ersten Entscheidung zu einer **Gesellschaftsbeteiligung**<sup>7</sup> hat der BGH argumentiert, die Eheleute hätten durch eine Berücksichtigung der Position im Unterhalt

2 So OLG Köln v. 4.11.1993 – 13 W 44/93, OLGReport Köln 1994, 143 = MDR 1994, 693 = NJW-RR 1994, 899; a.A. *Wever*, FamRZ 2004, 1075.

3 So OLG Köln v. 4.11.1993 – 13 W 44/93, OLGReport Köln 1994, 143 = MDR 1994, 693 = NJW-RR 1994, 899.

4 *Wever*, FamRZ 2004, 1075; im Ergebnis ebenso *Niepmann*, MDR 2003, 845.

5 BGH v. 23.4.1986 – IVb ZR 2/85, NJW-RR 1986, 1325.

6 BGH v. 27.8.2003 – XII ZR 300/01, BGHReport 2003, 1263 m. Anm. *Kogel* = MDR 2003, 1292 = FamRZ 2003, 1544 = FamRB 2003, 346.

7 BGH v. 11.12.2002 – XII ZR 27/00, FamRZ 2003, 432 = FamRB 2003, 173.

**stillschweigend** auf die Verwertung im Zugewinnausgleich **verzichtet**. Diese Begründung ist äußerst problematisch. Sie unterstellt einerseits den Eheleuten etwas, was sie gar nicht erklären wollten. Wer nur zum Unterhalt eine Regelung trifft, will damit nicht gleichzeitig eine Vereinbarung zum Zugewinn schließen. Vor allem besteht das Risiko der Unwirksamkeit gem. § 1378 Abs. 3 Satz 2 BGB (**Formerfordernis!**).

Gerade dieses Problem der mangelnden Form tauchte in der zweiten Entscheidung<sup>8</sup> auf. Hier wurde mit einem Satz die **Lösung über § 242 BGB** gesucht: Der Ehepartner, der die Abfindung beim Unterhalt anteilig verrechnet, kann nicht noch zusätzlich auf den Stichtag bezogen den Vermögenswert in Anspruch nehmen. Tut er dies dennoch, verstößt sein Verhalten gegen Treu und Glauben.

Obergerichtlich hat, soweit ersichtlich, sich bislang lediglich die Entscheidung des OLG München<sup>9</sup> mit dem Fragenkreis beschäftigt. Der Senat vertritt die Ansicht, dass **ab Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags die Berücksichtigung der Tilgungsraten beim Ehegattenunterhalt ausscheiden** müsse. Diese Verbindlichkeit könne **nur noch beim Zugewinn berücksichtigt** werden. Ggf. müsse der Unterhaltsschuldner durch eine **Abänderungsklage** einen bisher bestehenden Titel auf Unterhalt, bei dem der Tilgungsanteil als Schuldbetrag berücksichtigt sei, aus der Welt schaffen. *Borth*<sup>10</sup> hat die Ansicht vertreten, die Rechtsprechung des OLG München stehe in eindeutigen Widerspruch zu der BGH-Judikatur. Zu beachten ist aber, dass diese BGH-Rechtsprechung aus dem Jahre 1986 stammt. Das Problem der Doppelverwertung war damals noch nicht erkannt. Die Fälle der Abfindung sind vom BGH erst jüngst ausgeurteilt worden. Dabei ist der BGH mit keinem Wort darauf eingegangen, dass er von seiner früheren Judikatur Abstand nehme. Nach dieser früheren Rechtsprechung war nämlich die Abfindung rein stichtagsbezogen unabhängig vom Unterhalt zu bewerten.<sup>11</sup> Vielmehr ist mit wenigen Sätzen und ohne eine ins Einzelne gehende Begründung kurzerhand die **bisherige Rechtsprechung aufgegeben** worden. Die Problematik der Schulden hat der BGH nur in der Entscheidung zum Kontoguthaben inzi-

denter in den Urteilsgründen herangezogen. Seine veränderte Rechtsprechung bei der Abfindung hat er dabei außer Acht gelassen. Was jedoch bei der Abfindung richtig sein soll, muss konsequenter Weise auch quasi als **Spiegelbild bei der Schuldenfrage** gelten.

*Gerhardt/Schulz*<sup>12</sup> haben sich in zwei Beiträgen im Einzelnen zu dem Fragenkreis geäußert. Während sie bei der **Abfindung diese in erster Linie dem Unterhalt zuordnen** und damit aus dem Zugewinnausgleich ausklammern wollen, soll bei den **Verbindlichkeiten** ihrer Ansicht nach der **Schuldsaldo nur in der Zugewinnausgleichsbilanz** beachtet werden. Tilgungen würden nach Rechtshängigkeit im Scheidungsverfahren im Unterhalt nicht mehr abgezogen.<sup>13</sup> Mit dieser Lösung wird zwar in der Regel eine **Doppelverwertung vermieden**. Allerdings werden hierdurch besondere Anforderungen an die Tätigkeit des Anwalts gestellt – mit entsprechendem **Regressrisiko!** Sehr oft besteht nämlich bereits zum Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens eine Unterhaltsvereinbarung oder sogar ein Unterhaltstitel. Die Parteien leben in aller Regel schon eine zeitlang getrennt. In diesen Fällen muss vorn vornherein darauf geachtet werden, dass der **Unterhalt angepasst** wird. Für den Fall der Titulierung muss eine **Abänderungsklage** eingereicht werden.<sup>14</sup> Geschieht dies nicht und ist man der Ansicht, dass der Darlehensbetrag (nur) noch bei der Zugewinnausgleichsberechnung einzustellen ist, besteht die Gefahr, dass der Schuldner zu viel bezahlt. **Im Nachhinein ist eine Rückforderung oder Verrechnung nicht möglich**. Schwierig wird es auch, wenn der Zugewinnausgleich noch nicht entschieden ist oder separat geltend gemacht wird. Haben die Parteien ab Rechtshängigkeit bzw. sogar für den Fall der Scheidung zum Unterhalt eine einvernehmliche Regelung getroffen, kann nach dieser Ansicht im Nachhinein dies nicht mehr „repariert“ werden. Für den umgekehrten Fall der Abfindung verneinen z.B. diese Autoren ausdrücklich, dass die Parteien ein Wahlrecht hätten, nämlich den Betrag entweder im Zugewinn oder im Unterhalt zu bewerten.<sup>15</sup>

Auch in den oben aufgezeigten besonderen Fällen (Lösung über Unterhalt bzw. Variante C) muss jedoch ein Ausweg gefunden werden. **§ 1381 BGB** hilft nicht weiter. Die Vorschrift wirkt sich nur *zugunsten* des Zugewinnausgleichsschuldners aus. In der Person des Zugewinnausgleichsgläubigers muss der Tatbestand der **groben Unbilligkeit** vorliegen. Die Rechtsprechung stellt insoweit strenge Anforderungen: Danach muss das Ergebnis dem Gerechtigkeitsempfinden in „unerträglicher“ Weise widersprechen. Dies setzt in der Regel ein schuldhaftes Verhalten auf Seiten des ausgleichsberechtigten Ehegatten voraus.<sup>16</sup> Zumindest an diesem Fehlverhalten mangelt es. Nur das Ergebnis, nicht das Verhalten eines der Beteiligten ist ungerecht. Ausgewichen werden kann daher nur auf § 242 BGB. § 1381 BGB stellt insoweit keine Sonderregelung dar, wie der BGH dies früher einmal vertreten hat.<sup>17</sup> Geregelt werden in dieser Norm nämlich lediglich Fälle, in denen der *Berechtigte* durch sein Verhalten Umstände geschaffen hat, die ggf. eine Kürzung der Forderung bewirken können. In den vorliegenden Fällen verlangt kein illoyales Verhalten nach einer Korrektur, vielmehr widerspricht ausschließlich das Ergebnis Treu und

8 BGH v. 21.4.2004 – XII ZR 185/01, FamRZ 2004, 1352 (1353) = FamRB 2004, 314.

9 OLG München v. 26.11.2004 – 16 UF 1631/04, OLGReport München 2005, 74 = FamRB 2005, 100.

10 *Borth*, FamRB 2005, 100.

11 BGH v. 28.10.1981 – IX ZR 94/80, MDR 1982, 224 = FamRZ 1982, 148; v. 13.11.1997 – IX ZR 37/97, MDR 1998, 245 = FamRZ 1998, 362.

12 *Gerhardt/Schulz*, FamRZ 2005, 145 ff. bzw. FamRZ 2005, 317 ff.

13 *Gerhardt/Schulz*, FamRZ 2005, 317 ff.; ebenso *Koch*, FamRZ 2005, 848.

14 So *Gerhardt/Schulz*, FamRZ 2005, 317 (319).

15 So *Gerhardt/Schulz*, FamRZ 2005, 145 (147); a.A. insoweit *Koch*, FamRZ 2005, 848.

16 Vgl. BGH v. 8.7.1980 – IVb ZR 531/80, FamRZ 1980, 877; v. 6.2.2002 – XII ZR 213/00, BGHReport 2002, 589 = MDR 2002, 700 = FamRZ 2002, 606 (608) = FamRB 2002, 290.

17 BGH v. 27.8.1989 – IVb ZR 75/88, MDR 1990, 227 = FamRZ 1989, 1276 (1279).

Glauben.<sup>18</sup> Genau diese Lösung hat der BGH denn auch in dem Urteil<sup>19</sup> zur Abfindung angewandt. Damit wurde in der Rechtsprechung erstmalig anerkannt, dass auch **über § 242 BGB Ergebnisse des Zugewinnausgleichs korrigiert** werden können.

Die zu erwartende weitere Judikatur des BGH zur Doppelberücksichtigung bei Verbindlichkeiten im Zugewinn und Unterhalt bleibt also spannend.

### 3. Hinweise für die Praxis

Erkennt der Anwalt, dass eine Schulddposition sich unterhalts- und zugewinnausgleichsrechtlich auswirken kann, ist auf Folgendes zu achten:

- Auf die frühere Rechtsprechung, die streng auf den Stichtag abgestellt hat, kann nicht mehr vertraut werden. Diese Rechtsprechung ist durch die geänderte Judikatur zur Abfindung überholt. Wie letztendlich der BGH dogmatisch unbillige Ergebnisse verhindern wird, ist höchstrichterlich noch nicht abschließend entschieden.
- In Fällen, in denen beim Getrenntleben bereits eine Verbindlichkeit auf einer Seite abgezogen ist, muss bei Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags die Unterhaltsregelung neu festgesetzt werden. Ggf. muss Abänderungsklage erhoben werden.
- Wie die Gegenüberstellung der obigen Fallvarianten A + B deutlich macht, bewegt sich der Unterhaltsbe-

rechtigte auf der sicheren Seite, wenn der Kredit von beiden Seiten hälftig bezahlt wird. Der Anwalt geht den sichersten Weg, wenn er darauf besteht, dass die monatliche Verbindlichkeit von beiden Parteien gleichmäßig bedient wird. Zahlt nur ein Ehepartner, muss schriftsätzlich klargestellt werden, dass mit dieser Handhabung jedenfalls keine Bestimmung i.S.v. § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB verbunden ist. Für den Unterhaltsgläubiger ist es eine trügerische Sicherheit, dass der Ehepartner den Kredit voll zahlt. Über den Zugewinnausgleich besteht damit die Gefahr, dass der Kredit zu seinen Lasten doppelt berücksichtigt wird. So grotesk dies klingt: Der Ehepartner, der froh ist, dass er an Drittgläubiger nichts mehr entrichtet, zahlt unter dem Strich möglicherweise die ganze Zeche.

- In den Fällen, in denen ein gesamtschuldnerischer Ausgleich nicht möglich ist (Einzelhaft, aber prägende Verbindlichkeit) oder in denen die Parteien das Problem nicht gesehen, unterhaltsrechtlich aber schon eine Vereinbarung getroffen hatten, kann ggf. mit § 242 BGB geholfen werden.

<sup>18</sup> Vgl. hierzu im Einzelnen *Kogel*, FamRZ 2004, 1614 (1617); *ders.*, Strategien im Zugewinn, Rz. 323 ff.

<sup>19</sup> BGH v. 21.4.2004 – XII ZR 185/01, BGHReport 2004, 1424 = MDR 2004, 1120 = FamRB 2004, 314 = FamRZ 2004, 1352 (1353) m. Anm. *Kogel*, FamRZ 2004, 1867.

## ■ Erhöhte Einigungsgebühren auch in familiengerichtlichen Beschwerdeverfahren?

von Rechtsanwalt Norbert Schneider, Neunkirchen

*Wirkt der Anwalt an einer Einigung der Parteien mit, erhält er eine Einigungsgebühr nach Nr. 1000 RVG-VV. Die Höhe dieser Gebühr hängt – im Gegensatz zur Vergleichsgebühr des § 23 BRAGO – nicht mehr davon ab, in welcher Instanz die Einigung (der Vergleich) geschlossen worden ist, sondern stellt ausschließlich darauf ab, ob und in welcher Instanz der Gegenstand, über den sich die Parteien geeinigt haben, anhängig war. Dabei wird unterschieden zwischen nicht anhängigen Gegenständen (Nr. 1000 RVG-VV), anhängigen Gegenständen – mit Ausnahme des selbständigen Beweisverfahrens – (Nr. 1003 RVG-VV) und Gegenständen, die in einem Berufungs- oder Revisionsverfahren anhängig sind (Nr. 1004 RVG-VV). Eine Gesetzeslücke ergibt sich für Beschwerdeverfahren, die einem Berufungsverfahren gleich kommen (so genannte Berufungsbeschwerden) und die nach Vorbem. 3.2.1 RVG-VV gebührenrechtlich einem Berufungs- oder Revisionsverfahren gleichgestellt werden. Bei der Einigungsgebühr ist diese Gleichstellung offenbar vergessen worden.*

### 1. Anzuwendende Gebühren im Beschwerdeverfahren

Gegen die den Rechtszug abschließenden Entscheidungen in **isolierten familienrechtlichen Verfahren**, die

dem FGG folgen, ist das Rechtsmittel der Beschwerde gegeben (§ 621e ZPO). Während der Anwalt nach der BRAGO für diese Beschwerdeverfahren die Gebühren nach § 118 BRAGO erhielt, richten sich die Gebühren fortan gem. Vorbem. 3.2.1 Abs. 1 Nr. 2 a) RVG-VV nach Teil 3 Abschnitt 2 Unterabschnitt 1 RVG-VV. Anzuwenden sind also die **für ein Berufungsverfahren geltenden Gebührenschriften**, die Nrn. 3200 ff. RVG-VV.

Gleiches gilt, wenn in einem **Verbundverfahren** ein Urteil ergeht und eine der Parteien lediglich eine **Folgesache isoliert angreift**, die sich nach dem FGG richtet. Auch in diesem Falle ist die Beschwerde gegeben (§ 629a Abs. 2 i.V.m. § 621e ZPO). Auch insoweit gilt Vorbem. 3.2.1 Abs. 1 Nr. 2 a) RVG-VV, so dass die Gebühren des Berufungsverfahrens anzuwenden sind. Diese **Gleichstellung von Beschwerde- und Berufungsverfahren** gab es nach § 61a Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 BRAGO allerdings auch schon zu BRAGO-Zeiten.

Lediglich dann, wenn die Beschwerde gegen eine nicht den Rechtszug abschließende Entscheidung, etwa eine **Zwischenentscheidung**, erhoben wird, bleibt es bei den **allgemeinen Beschwerdegebühren** der Nrn. 3500, 3513 RVG-VV.

**Beispiel 1:** Beschwerde gegen Sorgerechtsentscheidung

Gegen die Entscheidung des Familiengerichts im isolierten Verfahren über die elterliche Sorge erhebt der Ehemann Beschwerde zum OLG, über die mündlich verhandelt wird.

Im Beschwerdeverfahren entstehen nach Vorbem. 3.2.1 Abs. 1 Nr. 2 a) RVG-VV die Gebühren der Nrn. 3200 ff. RVG-VV.

1. 1,6-Verfahrensgebühr, Vorbem. 3.2.1 Abs. 1 Nr. 2 a), Nr. 3200 RVG-VV (Wert: 3.000 €)	302,40 €
2. 1,2-Terminsgebühr, Vorbem. 3.2.1 Abs. 1 Nr. 2 a), Nr. 3202 RVG-VV (Wert: 3.000 €)	226,80 €
3. Auslagenpauschale, Nr. 7002 RVG-VV	20,00 €
Zwischensumme	549,20 €
4. 16 % Umsatzsteuer, Nr. 7008 RVG-VV	87,87 €
<b>Gesamt</b>	<b>637,07 €</b>

**Beispiel 2:** Beschwerde gegen Entscheidung über den Versorgungsausgleich im Verbundverfahren

Gegen die Entscheidung des Familiengerichts über den Versorgungsausgleich im Verbundurteil erhebt die Ehefrau Beschwerde zum OLG, über die ohne mündliche Verhandlung entschieden wird. Im Beschwerdeverfahren entstehen nach Vorbem. 3.2.1 Abs. 1 Nr. 2 a) RVG-VV wiederum die Gebühren der Nrn. 3200 ff. RVG-VV.

1. 1,6-Verfahrensgebühr, Vorbem. 3.2.1 Abs. 1 Nr. 2 a), Nr. 3200 RVG-VV (Wert: 1.000 €)	136,00 €
2. Auslagenpauschale, Nr. 7002 RVG-VV	20,00 €
Zwischensumme	156,00 €
3. 16 % Umsatzsteuer, Nr. 7008 RVG-VV	24,96 €
<b>Gesamt</b>	<b>180,96 €</b>

**Beispiel 3:** Beschwerdeverfahren nach § 655 Abs. 5 ZPO

Es wird zunächst ein vereinfachtes Abänderungsverfahren nach § 655 ZPO (Heraufsetzung um 100 € monatlich) eingeleitet. Gegen den Abänderungsbeschluss wird nach § 655 Abs. 5 ZPO Beschwerde eingelegt.

Im Beschwerdeverfahren entsteht nur die 0,5-Gebühr nach Nr. 3500 RVG-VV, da die Festsetzung nach § 655 ZPO keine die Instanz abschließende Entscheidung ist. Es bleibt nämlich die Möglichkeit, den Beschluss nach § 656 ZPO anzugreifen.<sup>1</sup>

1. 0,5-Verfahrensgebühr, Nr. 3500 RVG-VV (Wert: 1.200 €)	42,50 €
2. Auslagenpauschale, Nr. 7002 RVG-VV	8,50 €
Zwischensumme	51,00 €
3. 16 % Umsatzsteuer, Nr. 7008 RVG-VV	8,16 €
<b>Gesamt</b>	<b>59,16 €</b>

1 Gerold/Schmidt/Müller-Rabe, RVG, 16. Aufl. 2004, Nr. 3331 Rz. 11.

2 AnwKom-RVG/N. Schneider, 2. Aufl. 2004, Nr. 1000 VV Rz. 132.

3 Amtliche Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung, BT-Drucks. 15/1972, 266.

4 Finke/Garbe/N. Schneider, Familienrecht in der anwaltlichen Praxis, 5. Aufl. 2003, § 13 Rz. 240.

5 Der gleiche Fehler ist dem Gesetzgeber im Übrigen auch für die WEG-Beschwerdeverfahren unterlaufen, für die erstinstanzlichen Verfahren vor dem Finanzgericht und für Beschwerdeverfahren gegen die Nichtzulassung einer Berufung oder Revision. Siehe hierzu AnwKom-RVG/N. Schneider, Nr. 1000 VV Rz. 132; Mayer/Kroiß-Mayer, RVG, Nr. 1004 Rz. 4; ausführlich N. Schneider, Unklarheiten bei der erhöhten Einigungs- und Erledigungsgebühr im Rechtsmittelverfahren, AnwBl. 2005, 315.

6 AnwKom-RVG/N. Schneider, Nr. 1000 VV Rz. 132; ausführlich N. Schneider, Unklarheiten bei der erhöhten Einigungs- und Erledigungsgebühr im Rechtsmittelverfahren, AnwBl. 2005, 315.

**2. Höhe der Einigungsgebühr im Beschwerdeverfahren**

Zuweilen kommt es vor, dass auch im Beschwerdeverfahren eine Einigung erzielt wird, so dass die beteiligten Anwälte hierfür eine **Einigungsgebühr** nach den Nrn. 1000 ff. RVG-VV erhalten. Schaut der Anwalt in das Gesetz, so wird er überrascht sein, dass er hierfür nach Nrn. 1000, 1003 RVG-VV nur eine 1,0-Gebühr erhalten soll. Die **Erhöhung** nach Nr. 1004 RVG-VV kommt dem Wortlaut nach jedenfalls nicht in Betracht, da diese Vorschrift **nur für Berufungsverfahren**, nicht aber auch für Beschwerdeverfahren gilt und eine **analoge Anwendung auf Beschwerdeverfahren grundsätzlich abgelehnt** wird.<sup>2</sup>

Dieses Ergebnis mutet sonderbar an. Für das Verfahren und die Teilnahme an der mündlichen Verhandlung soll der Anwalt die erhöhten Gebühren des Berufungsverfahrens erhalten, nicht aber, soweit er an einer Einigung mitwirkt.

Schaut man in die Begründung des Gesetzgebers,<sup>3</sup> so heißt es dort, dass die **frühere Regelung des § 61a BRAGO für Scheidungsfolgesachen übernommen** werde. Dort war aber nicht nur für Prozess-, Verhandlungs- und Beweisgebühr die Erhöhung nach § 11 Abs. 4 BRAGO angeordnet, sondern für sämtliche Gebühren, also auch für die Vergleichsgebühr.<sup>4</sup> Dass der Gesetzgeber diese Erhöhung für die Einigungsgebühr zurücknehmen wollte, ergibt sich aus der amtlichen Begründung nicht.

Der Gesetzgeber führt weiterhin aus, die neuen Regelungen sollten der **Vereinfachung** dienen, weil grundsätzlich in allen Beschwerderechtszügen in der Hauptsache eines streitigen Verfahrens, die mit einem Berufungsverfahren vergleichbar seien, auch wenn sie sich nach den Vorschriften des FGG richten, die gleichen Gebühren anfallen sollen wie in ZPO-Verfahren. Schließlich heißt es noch: „Die neue Regelung soll aber auch den erhöhten Anforderungen an den Rechtsanwalt, die ein solches Beschwerdeverfahren stellt, und der Bedeutung für die Betroffenen besser Rechnung tragen.“

Ausgehend hiervon kann nur von einem **Versehen des Gesetzgebers** ausgegangen werden, der übersehen hat, die Vorschrift der Nr. 1004 RVG-VV entsprechend anzupassen. Es kann ersichtlich nicht gewollt sein, dem Anwalt für seine Tätigkeit im Beschwerdeverfahren die höheren Gebühren eines Berufungsverfahrens zuzubilligen, ausgerechnet bei einer Einigung, die im Beschwerdeverfahren ebenso erhöhte Anforderungen an den Anwalt stellt, es aber bei der erstinstanzlichen Gebühr zu belassen.<sup>5</sup>

Abzurechnen ist in den Beschwerdeverfahren nach Vorbem. 3.2.1 Abs. 1 Nr. 2 a) RVG-VV daher im Falle einer Einigung nicht die 1,0-Gebühr nach Nr. 1003 RVG-VV, sondern die **1,3-Gebühr nach Nr. 1004 RVG-VV**.<sup>6</sup>

**Beispiel 4:** Beschwerde gegen Umgangsrechtsentscheidung mit Einigung

Gegen die Entscheidung des Familiengerichts über das Umgangsrecht erhebt die Ehefrau Beschwerde zum OLG, über die die Parteien nach mündlicher Verhandlung eine Einigung erzielen.

## Steuern und Vermögensplanung

Im Beschwerdeverfahren entstehen nach Vorbem. 3.2.1 Abs. 1 Nr. 2 a) RVG-VV die Gebühren der Nrn. 3200 ff. RVG-VV. Die Einigungsgebühr bemisst sich analog Nr. 1004 RVG-VV auf 1,3.

1. 1,6-Verfahrensgebühr, Vorbem. 3.2.1 Abs. 1 Nr. 2 a), Nr. 3200 RVG-VV (Wert: 3.000 €)	302,40 €
2. 1,2-Terminsgebühr, Vorbem. 3.2.1 Abs. 1 Nr. 2 a), Nr. 3202 RVG-VV (Wert: 3.000 €)	226,80 €
3. 1,3-Einigungsgebühr, Nrn. 1000, 1004 RVG-VV (Wert: 3.000 €)	245,70 €
4. Auslagenpauschale, Nr. 7002 RVG-VV	20,00 €
Zwischensumme	794,90 €
5. 16 % Umsatzsteuer, Nr. 7008 RVG-VV	127,18 €
<b>Gesamt</b>	<b>922,08 €</b>

### 3. Höhe der Einigungsgebühr im Rechtsbeschwerdeverfahren

Ebenso ist abzurechnen, wenn nach § 621e ZPO oder nach §§ 629a Abs. 2 i.V.m. 621e ZPO **Rechtsbeschwerde zum BGH** erhoben wird. Rechtsbeschwerden gegen den Rechtszug abschließende Entscheidungen in familiengerichtlichen FGG-Verfahren werden ebenso nach Vorbem. 3.2.1 Abs. 1 Nr. 2 a) RVG-VV abgerechnet wie Berufungsverfahren. Soweit sich die Parteien **nur durch einen am BGH zugelassenen Rechtsanwalt vertreten lassen müssen** – was im Hinblick auf § 78 Abs. 4 ZPO in Familiensachen in aller Regel der Fall ist –, gelten sogar gem. Vorbem. 3.2.1 Abs. 2 RVG-VV, Vorbem. 3.2.2 RVG-VV die Gebühren nach Teil 3 Abschnitt 2 Unterabschnitt 2 RVG-VV, also die Gebühren der Nrn. 3206 ff., die **Gebühren des Revisionsverfahrens**. Der Anwalt erhält dann nach Nrn. 3206, 3208 RVG-VV eine 2,3-Verfahrensgebühr sowie nach Nr. 3210 RVG-VV eine 1,5-

Terminsgebühr. Bei der Einigungsgebühr muss dann aber ebenfalls auf Nr. 1004 RVG-VV abgestellt werden.

**Beispiel 5:** Rechtsbeschwerde im isolierten Versorgungsausgleichsverfahren

Der Anwalt legt gegen das Verbundurteil des Familiengerichts Berufung ein, soweit darin über den Versorgungsausgleich entschieden worden ist. Gegen die Entscheidung des OLG wird Rechtsbeschwerde zum BGH eingelegt. Anschließend treffen die Parteien nach außergerichtlichen Verhandlungen eine Einigung.

Im Rechtsbeschwerdeverfahren entstehen nach Vorbem. 3.2.2 RVG-VV die Gebühren der Nrn. 3206 ff. RVG-VV. Da eine Zulassung beim BGH erforderlich ist, gilt Nr. 3208 RVG-VV. Für die Einigungsgebühr wiederum gilt Nr. 1004 RVG-VV.

1. 2,3-Verfahrensgebühr, Vorbem. 3.2.2, Nrn. 3206, 3208 RVG-VV (Wert: 1.000 €)	195,50 €
2. 1,5-Terminsgebühr, Vorbem. 3.2.3, Nr. 3210 RVG-VV i.V.m. Vorbem. 3 Abs. 3 RVG-VV (Wert: 1.000 €)	127,50 €
3. 1,3-Einigungsgebühr, Nrn. 1000, 1004 RVG-VV (Wert: 1.000 €)	110,50 €
4. Auslagenpauschale, Nr. 7002 RVG-VV	20,00 €
Zwischensumme	453,50 €
5. 16 % Umsatzsteuer, Nr. 7008 RVG-VV	72,56 €
<b>Gesamt</b>	<b>526,06 €</b>

### 4. Fazit

Die Vorschrift der Nr. 1004 RVG-VV muss analog Vorbem. 3.2.1 Abs. 1 Nr. 2 a) RVG-VV dahin gehend ausgelegt werden, dass die erhöhte 1,3-Einigungsgebühr auch dann anfällt, wenn zwar (nur) ein Beschwerde- oder Rechtsbeschwerdeverfahren vorliegt, dieses aber gebührenrechtlich nach Vorbem. 3.2.1 Abs. 1 Nr. 2 a) RVG-VV wie eine Berufung oder gem. Vorbem. 3.2.2 RVG-VV wie eine Revision zu behandeln ist.

## Steuern und Vermögensplanung

In Kooperation mit  
  
 GESCHÄFTSKUNDEN

### ■ Vorweggenommene Erbfolge unter Nießbrauchvorbehalt

von Notar Dr. Eckhard Wälzholz, Füssen

*Die lebzeitige vorweggenommene Erbfolge ist in der Regel sowohl aus Gründen der Streitvermeidung als auch zum Zwecke der Steuerersparnis sinnvoll. Bei rechtzeitigem Beginn der lebzeitigen Übertragungen kann der erbschaftsteuerliche Freibetrag mehrfach ausgenutzt werden. Streit wird vermieden, wenn durch sinnvolle lebzeitige Vermögensverteilung das Entstehen einer Erbengemeinschaft vermieden werden kann. In solchen Fällen ist größte Aufmerksamkeit der Absicherung der Übergeber zu widmen. Der Nießbrauch spielt dabei eine wesentliche Rolle. Im Folgenden werden die zivilrechtlichen Gestaltungsmaximen und steuerlichen Folgen erläutert, gefolgt von einem abschließenden Formulierungsvorschlag.*

#### I. Einführung

Steht einmal der Entschluss zur Durchführung einer vorweggenommenen Erbfolge fest, stellt sich die Frage inwieweit der oder die Übergeber sich noch Rechte an dem zu übergebenden Vermögen vorbehalten wollen. Das weitestgehende Recht ist insoweit der Nießbrauch gem. §§ 1030 ff. BGB.<sup>1</sup> Der Nießbrauch gestattet es dem Be-

<sup>1</sup> Vgl. dazu Groll/Steiner, Praxishandbuch Erbrechtsberatung, 2001, B I 72 ff.; Everts, ZEV 2004, 231 – Minderjährige; Rossak, MittBayNot 2000, 383 – Pfändbarkeit; Brambring, DNotZ 2003, 565 – Surrogation; Weber/Reinhardt, GmbH-StB 2002, 299 – zu GmbH-Geschäftsanteilen; Prüfer, ZWE 2002, 258 – zum Stimmrecht bei Wohnungseigentum.

rechtigten, sämtliche **Nutzungen** des belasteten Vermögensgegenstandes **zu ziehen**. Der Nießbraucher ist also insbesondere befugt, den Vertragsgegenstand selbst zu nutzen, zu vermieten oder zu verpachten. In der Nutzungsart ist der Nießbraucher grundsätzlich nicht beschränkt. Möglich ist auch die Vereinbarung eines bloßen **Quoten- oder Bruchteilsnießbrauchs**.<sup>2</sup>

## II. Zivilrechtliche Ausgestaltung, Folgen und Gefahren

### 1. Umfang der Befugnisse des Eigentümers

Diese **weitgehenden Nutzungsrechte** erwecken den Eindruck, als sei der Veräußerer in seinen wirtschaftlichen Dispositionen über den übergebenen Grundbesitz in keiner Weise **beschränkt**. Dieser Eindruck täuscht jedoch. Folgender Möglichkeiten hat der Veräußerer sich mit der Übertragung des Eigentums gegeben:

- **Veräußerung** des Grundstücks
- **Belastung** des Grundstücks
- **Abriss** und Neubebauung oder sonstige grundlegende Umgestaltung, § 1037 BGB.

Will der Veräußerer zwar übergeben, sich jedoch die vorstehenden Rechte dennoch vorbehalten, so muss teilweise zu **Ersatzgestaltungen** gegriffen werden. Die Entscheidung über die Veräußerung kann der Veräußerer sich vorbehalten, indem er den Grundbesitz in eine gemeinsame GbR oder KG mit seinen Kindern einbringt, in der er aber noch das alleinige Vertretungsrecht hat. Dann kann er das Grundstück verkaufen – allerdings auf Rechnung der Gesellschaft. Der Veräußerungserlös steht der Gesellschaft zu. Ferner kann der Übergeber sich durch bedingte Rückforderungsrechte unter bestimmten Umständen das Grundstück wieder verschaffen. Schließlich kann der Veräußerer sich von seinen Kindern auch eine Verkaufsvollmacht erteilen lassen.

**Beraterhinweis:** Die **Beleihungsmöglichkeit** kann sich der Veräußerer noch vorbehalten, indem er sich bei der Übergabe auf Vorrat eine **Briefgrundschuld** zu eigenen

Gunsten vorbehält, deren Abtretung und Valutierung ihm jederzeit gestattet ist. Diese Grundschuld erhält regelmäßig eine Rangstelle vor dem Nießbrauch. ◀

Der **Umbau** und die grundlegende Umstrukturierung der auf dem Grundstück befindlichen Gebäude ist dem Nießbraucher gestattet, wenn er hierzu in der Übergabe vom Eigentümer ermächtigt wird.

Die Tragung der **Kosten und Lasten** des Grundstücks und Gebäudes sind nach dem Gesetz zwischen dem Nießbraucher und dem Eigentümer verteilt, §§ 1041 ff. BGB. In der Praxis spielen diese gesetzlichen Regelungen allerdings keine nennenswerte Rolle, da aus steuerlichen Gründen stets beim Vorbehaltsnießbrauch eine **abweichende Lastenverteilung** vereinbart wird (s.u.).

Bei Wohnungseigentum stellt sich die Frage, wer bei einem Vorbehaltsnießbrauch befugt ist, das **Stimmrecht in der Wohnungseigentümerversammlung** auszuüben. Dies war bisher umstritten, wurde inzwischen jedoch vom BGH<sup>3</sup> dahin entschieden, dass das Stimmrecht ausschließlich dem Eigentümer zusteht und dieser auch allein zur Wohnungseigentümerversammlung zu laden ist. Diese Rechtslage ist unbefriedigend, vor allem wenn der Nießbraucher alle Kosten der Beschlüsse zu tragen hat. Deshalb sollte mit einer begleitenden **Vollmacht** zugunsten des Nießbrauchers gearbeitet werden.<sup>4</sup>

### 2. Minderjähriger Erwerber

Wird ein vermietetes Grundstück unter Nießbrauchsvorbehalt an ein **minderjähriges Kind** übertragen, ist dies nicht lediglich rechtlich vorteilhaft.<sup>5</sup> Denn bei Beendigung des Nießbrauchs tritt der Minderjährige in alle Rechte und Pflichten aus dem Mietvertrag ein. Daher bedarf es bei einer Eltern-Kind-Übertragung insoweit der Bestellung eines Ergänzungspflegers und der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung, § 1822 Nr. 5 BGB. Lasten zudem valutierte Grundschulden auf dem Grundstück, die der Minderjährige bei Beendigung des Nießbrauchs samt gesicherten Verbindlichkeiten zu übernehmen hat, so greift ferner § 1821 Abs. 1 Nr. 5 BGB ein.

**Beraterhinweis:** **Unerwünschte Nebenwirkungen** hat ein Nießbrauch in der **Insolvenz** des Übergebers, da der Insolvenzverwalter die Rechte aus dem Nießbrauch für die Masse verwerten kann. Ferner ist der Nießbrauch grundsätzlich **pfändbar**,<sup>6</sup> da der Nießbrauch Dritten zur Ausübung überlassen werden darf, § 1059 Satz 2 BGB, § 857 Abs. 3 ZPO. Die Kautelarpraxis sucht dies teilweise zu vermeiden, indem die Überlassung der Ausübung an Dritte ausgeschlossen wird, was von der wohl h.M. jedoch nicht anerkannt wird.<sup>7</sup> ◀

### 3. Auswirkungen bei Pflichtteil und Sozialhilfe

**Pflichtteilsrechtlich** ist vom BGH<sup>8</sup> entschieden, dass bei einer Übertragung von Vermögen unter Nießbrauchsvorbehalt die Zehn-Jahresfrist für die Pflichtteilergänzung nach § 2325 BGB erst mit der Beendigung des Nießbrauchs zu laufen beginnt. Dies lässt sich bei ertragbringenden Immobilien wohl durch Vereinbarung einer dauernden Last vermeiden.

<sup>2</sup> Groll/Steiner, Praxishandbuch Erbrechtsberatung, 2001, B I 76.

<sup>3</sup> BGH v. 7.3.2002 – V ZB 24/01, BGHReport 2002, 446 m. Anm. Jennifsen = MDR 2002, 1003 = DNotZ 2002, 881; Prüfer, ZWE 2002, 258; vgl. im Übrigen Armbrüster, DNotZ 1999, 562; Schmidt, MittBayNot 1997, 65.

<sup>4</sup> Siehe dazu den Formulierungsvorschlag unten am Ende.

<sup>5</sup> BayObLG v. 27.5.2003 – 2Z BR 104/03, BayObLGReport 2003, 335 = DNotZ 2003, 711 = Rpfleger 2003, 579; a.A. BayObLG v. 31.3.2004 – 2Z BR 45/04, BayObLGReport 2004, 322 = RNotZ 2004, 326; vgl. allgemein Everts, ZEV 2004, 231.

<sup>6</sup> Vgl. dazu Rossak, MittBayNot 2000, 383 ff.

<sup>7</sup> Siehe nur Stöber in Zöller, 25. Aufl., § 857 Rz. 12 m.w.N.

<sup>8</sup> BGH v. 27.4.1994 – IV ZR 132/93, BGHZ 125, 395 (398) = MDR 1994, 1015 (für einen Fall, in dem gleichzeitig ein bedingtes Rückforderungsrecht vorbehalten wurde); Pentz, FamRZ 1997, 724 (727); h.M.: Reiff, NJW 1995, 1136 ff.; ders., ZEV 1998, 241 ff.; Heinrich, MittRhNotK 1995, 157 (160 f.); ablehnend J. Mayer in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, 2003, § 8 Rz. 127.

Eine immer größere Bedeutung erlangt heutzutage der **Sozialhilfsregress**<sup>9</sup> nach § 93 SGB XII<sup>10</sup> (bisher §§ 90 ff. BSHG). Wurde innerhalb von 10 Jahren vor der Verarmung der Eltern Vermögen im Wege der vorweggenommenen Erbfolge übertragen, so besteht ein Rückforderungsrecht wegen Verarmung nach § 528 BGB. Der Sozialhilfeträger kann diesen schenkungsrechtlichen Rückforderungsanspruch auf sich überleiten. Diesbezüglich ist ungeklärt, ob der Vorbehalt eines Nießbrauchs insoweit den Beginn der Zehn-Jahresfrist hemmt, wie dies beim Pflichtteilsrecht der Fall ist.<sup>11</sup> Entsprechende Urteile sind bisher nicht bekannt.

### III. Steuerliche Folgen und Gestaltung

#### 1. Einkommensteuer

##### a) Einkunftserzielung

Der Vorbehaltsnießbrauch führt bei richtiger Gestaltung einkommensteuerlich<sup>12</sup> im Wesentlichen zu einer Fortsetzung der bisherigen Rechtslage vor der Übergabe. Die wichtigste hier relevante Einkunftsart sind die **Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung** gem. § 21 EStG. Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung sind **demjenigen zuzurechnen**, der den **Tatbestand der Einkunftsart** Vermietung und Verpachtung gem. § 21 EStG **verwirklicht** und dadurch Einkünfte erzielt.<sup>13</sup> Den Tatbestand der Einkunftsart Vermietung und Verpachtung verwirklicht derjenige, der **Träger der Rechte und Pflichten** eines Vermieters ist,<sup>14</sup> sofern der Vermieter Sachen bzw. Rechte gem. § 21 Abs. 1 EStG an Dritte zur Nutzung gegen Entgelt überlässt. Das ist beim Vorbehaltsnießbrauch der Nießbraucher. Dies wird **steuerlich jedoch nur anerkannt**, wenn dem Nutzungsberechtigten die **volle Besitz- und Verwaltungsbefugnis** zusteht, er die Nutzungen tatsächlich zieht, das Grundstück in Besitz hat und es verwaltet.<sup>15</sup> Anders ist dies nur beim reinen Ertragsnießbrauch, wenn die Vermietung also durch den Übernehmer erfolgt und dieser nur die Reinerträge an den Übergeber abzuführen hat. Beim Vollrechtsnießbrauch hingegen hat dieser selbst seine Mieteinnahmen zu versteuern, während beim Erwerber und Eigentümer keine steuerlichen Wirkungen eintreten.

##### b) Laufende Besteuerung bei Eigentümer und Nießbraucher

Der Vorbehalt eines Nießbrauchsrechts im Wege der vorweggenommenen Erbfolge ist **keine entgeltliche Gegenleistung** des Erwerbers für den Erhalt des übertragenen Vermögens.<sup>16</sup> Der Vorbehalt eines Nießbrauchs kann daher grundsätzlich **weder einen Veräußerungstatbestand i.S.d. § 23 EStG begründen, noch zu zusätzlichen Anschaffungskosten** und damit einer Erhöhung der Bemessungsgrundlage für die Abschreibungen gem. § 7 EStG führen.

Der Vorbehaltsnießbraucher ist bei Verwendung des Objektes zur Einkunftserzielung zur **Inanspruchnahme der AfA** gem. § 7 EStG für das Gebäude **berechtigt**.<sup>17</sup> Die **übrigen** beim Nießbraucher anfallenden **Werbungskosten** kann er **ebenfalls** steuerlich geltend machen – **sofern** er nach den Vereinbarungen bei der Nießbrauchsbestel-

lung oder hilfsweise nach den gesetzlichen Bestimmungen **zur Tragung** dieser Aufwendungen **verpflichtet** ist. Die **AfA des Vorbehaltsnießbrauchers** richtet sich nach seinen **bisherigen Anschaffungs- oder Herstellungskosten**. Sollte er bei der Übertragung unter Vorbehalt des Nießbrauchs eine **entgeltliche Gegenleistung erhalten** haben, sei es in Form von einmaligen baren Geldbeträgen, sei es in Form der Übernahme von Verbindlichkeiten, so lässt dies die **Bemessungsgrundlage** für die AfA **unberührt**.<sup>18</sup>

Dem **Eigentümer** sind im Rahmen eines Vorbehaltsnießbrauchs **keine Einkünfte** zuzurechnen, **es sei denn** es handelte sich um einen **Quoten- oder Bruchteilsnießbrauch**. Im letzteren Falle gelten die zum Quoten- und Bruchteilsnießbrauch allgemein geltenden Regelungen. Er ist daher auch **nicht befugt**, Aufwendungen auf den Grundbesitz als **Werbungskosten** geltend zu machen.

**Beraterhinweis:** Da beim Vorbehaltsnießbrauch der Eigentümer mangels Einkunftserzielung nicht befugt ist, Werbungskosten geltend zu machen, sollte die Lastenverteilung beim Nießbrauch so ausgestaltet werden, dass der Nießbraucher alle anfallenden Aufwendungen, einschließlich der außerordentlichen Lasten zu tragen hat. ◀ Ist der **Nießbrauch erloschen**, kann der Eigentümer (also der Erwerber) die **AfA** in vollem Umfang wieder geltend machen. Sind in der Zwischenzeit zwischen Anschaffung

9 J. Mayer, Der Übergabevertrag, 2. Aufl. 2001, Rz. 33 ff.; VG Gießen v. 29.11.1999 – 6 G 2321/99, DNotZ 2001, 784 mit Anm. Mayer (Zugriff beim Erwerber); BGH v. 19.10.2004 – X ZR 2/03, BGHReport 2005, 274 – Regress trotz Schonvermögens bei Übergeber.

10 Zur Neufassung des BSHG durch Verlagerung in das SGB XII siehe Krauß, MittBayNot 2004, 330.

11 Vgl. dazu J. Mayer, Der Übergabevertrag, 2. Aufl. 2001, Rz. 44; Klinger/Maulbetsch, NJW-Spezial 2004, 301.

12 Vgl. allgemein zum Nießbrauch im Steuerrecht Berthold, DB 1998, 647; Drosdzol, NotBZ 2000, 395; Jülicher, DStR 2001, 1200; ders., ZEV 2000, 183; Korn, DStR 1999, 1461 und 1512; Stöckel, NWB Fach 10, S. 3382; Schmitz, DStR 1993, 497; Wüller, DStR 1995, 709; Ziegeler, DB 1998, 1056; Brandenburg, DB 1990, 1835; Drosdzol, FR 1998, 724; Jansen/Jansen, Der Nießbrauch im Zivil- und Steuerrecht, 6. Aufl. 2001; Langenfeld/Günther, Grundstückszuwendungen zur lebzeitigen Vermögensnachfolge, 5. Aufl. 2005; Schulze zur Wiesche, FR 1999, 281; Spindler, DB 1993, 297 ff.; Wüllenkemper, FR 1991, 101; Ziegeler, DB 1998, 1056; Wälzholz, Zerb 2003, 337; ders., NotBZ 2002, 91 = Stbg 2002, 149.

13 BFH v. 19.11.2003 – IX R 54/00, BFH/NV 2004, 1079 = DStR 2004, 1915; Erlass des BMF v. 24.7.1998, BStBl. I 1998, 914, Tz. 1; vgl. auch BFH v. 7.4.1987 – IX R 103/85, BStBl. II 1987, 707 ff. m.w.N. = FR 1987, 567; vgl. auch Dreneck in: Schmidt, EStG, § 21 Rz. 31 ff.

14 BFH v. 31.10.1989 – IX R 216/84, BStBl. II 1992, 506 ff. = FR 1990, 462; v. 7.4.1987 – IX R 103/85, BStBl. II 1987, 707 ff. = FR 1987, 567; BMF v. 24.7.1998, BStBl. I 1998, 914, Tz. 1.

15 BMF v. 24.7.1998, BStBl. I 1998, 914, Tz. 1.

16 BFH v. 7.6.1994 – IX R 33-34/92, BStBl. II 1994, 927 ff. = FR 1994, 822.

17 BMF v. 24.7.1998, BStBl. I 1998, 914, Tz. 42; BFH v. 30.1.1995 – GrS 4/92, BStBl. II 1995, 281 = BB 1995, 653 = DB 1995, 607 = DStR 1995, 446 = DStZ 1995, 308 = NJW 1995, 1311 (Beschluss des Großen Senats zum Drittaufwand).

18 BMF v. 24.7.1998, BStBl. I 1998, 914, Tz. 44.

oder Herstellung des Grundbesitzes und dem Erlöschen des Nießbrauchs Abschreibungen vom Vorbehaltsnießbraucher geltend gemacht worden, so mindern diese in der Zwischenzeit geltend gemachten Abschreibungen das AfA-Volumen des Erwerbers.

### c) Wirtschaftliches Eigentum

Der Nießbraucher ist regelmäßig nicht **wirtschaftlicher Eigentümer** des Grundstücks.<sup>19</sup> Aus diesem Grunde dürfen einzelne Grundstücke des Betriebsvermögens nicht isoliert unter Nießbrauchsvorbehalt auf einen Nachfolger übertragen werden. Dies würde zu einer steuerpflichtigen Entnahme des Grundstücks mit **Aufdeckung aller stillen Reserven** führen.<sup>20</sup>

**Beraterhinweis:** Eine **Entnahme** lässt sich **vermeiden**, wenn neben dem Nießbrauch ein freies, an keinerlei Voraussetzungen gebundenes **Rückforderungsrecht** vereinbart wird, da dann das wirtschaftliche Eigentum beim Veräußerer verbleibt. Das Gleiche gilt bei Vereinbarung eines sog. **Dispositionsnießbrauchs**, wenn der Nießbraucher also auch zu Verfügungen über den Grundbesitz auf eigene Rechnung ermächtigt wird. ◀

### d) Ablösung des Nutzungsrechts gegen dauernde Last

Wird dem Übergeber mit fortschreitendem Alter die Ausübung des Nießbrauchs zu mühsam und arbeitsreich, will er diesen häufig gegen monatliche Zahlungen ablösen. Erfolgt die Ablösung des Vorbehaltsnießbrauchs **gegen wiederkehrende Leistungen**, so gilt der allgemeine Rentenerlass.<sup>21</sup> Handelte es sich beim Nießbrauch um eine **ertragbringende Wirtschaftseinheit**,<sup>22</sup> so gilt danach in einem solchen Fall das Sonderrecht der Versorgungsleistungen, wonach die Zahlungen beim Zahlenden **Sonderausgaben** gem. § 10 Abs. 1 Nr. 1a EStG und beim Emp-

fänger eine **dauernde Last** gem. § 22 EStG darstellen, sofern ausreichende Erträge erwirtschaftet werden.<sup>23</sup>

## 2. Erbschaftsteuerliches Abzugsverbot

### a) Grundsatz

Gemäß § 25 ErbStG kann die Wertminderung durch die Belastung übertragenen Vermögens mit einem **Nießbrauch** zugunsten des Schenkers oder dessen Ehegatten erbschaftsteuerlich **grundsätzlich nicht berücksichtigt** werden. Bei § 25 ErbStG handelt es sich um ein Abzugsverbot.

**Beraterhinweis:** Die Regelung des § 25 ErbStG ist inzwischen m.E. **nicht mehr verfassungsgemäß**. Sie führt zu einer verfassungswidrigen Diskriminierung von Ehegatten und benachteiligt damit die **Ehe**. Denn bei **Lebenspartnern** im Sinne des Lebenspartnerschaftsgesetzes kann ein Nießbrauch zugunsten des Lebenspartners vorbehalten werden, wobei mangels ausdrücklicher Rechtsgrundlage § 25 ErbStG nicht anwendbar ist und daher der Nießbrauch als Belastung abzugsfähig ist mit seinem kapitalisierten Wert im Zeitpunkt der Schenkung.<sup>24</sup> Soweit derzeit Streitverfahren mit der Finanzverwaltung im Hinblick auf § 25 ErbStG anhängig sind, sollte dieser zusätzliche Aspekt mit in das Verfahren eingeführt werden. ◀

Der Vorbehaltsnießbrauch bleibt allerdings erbschaftsteuerlich nicht völlig unbeachtet. Vielmehr wird die Steuer, soweit sie auf den Nießbrauchsvorbehalt entfällt, **zinslos gestundet**. Sie ist dann jährlich zu zahlen. Gemäß § 25 Abs. 2 ErbStG **endet die Stundung** mit dem Zeitpunkt der **Veräußerung** des Geschenks. Als günstig erweist es sich häufig, den Steuerbetrag **sofort abzulösen**. Die Wirkung der Ablösung der zinslos gestundeten Steuer zeigt sich am deutlichsten an folgendem Beispiel:

### Beispiel

Angenommen die zinslos zu stundende Steuer beträgt 10.000 €. In diesem Fall hängt der sofort zur Zahlung fällige Betrag davon ab, wie lang die durchschnittliche Lebenserwartung des Nießbrauchsberechtigten ist. Dies kann aus der Sterbetafel für die Bundesrepublik Deutschland entnommen werden.<sup>25</sup> Ist der Schenker weiblich und im Zeitpunkt der Schenkung 55 Jahre alt, so hat er noch eine durchschnittliche Lebenserwartung von weiteren 26 Jahren. Bei einer Bestehensdauer von 26 Jahren für den Nießbrauch beträgt der Abzinsungsfaktor<sup>26</sup> den Faktor 0,249. Im Ergebnis ist daher anstelle von 10.000 € lediglich ein Betrag von 2.490 € zu bezahlen.

Zur Berechnung des auf den Nießbrauch entfallenden Steuerbetrages vgl. die einschlägigen Kommentierungen<sup>27</sup> sowie R 85 ErbStR.

### b) Nachweis des niedrigeren Verkehrswertes

Führt die Nießbrauchsbelastung ausnahmsweise zu einem **niedrigeren Verkehrswert** des Gesamtgeschenkes, als der steuerliche Wert als solches ausmacht, so soll nach Ansicht der Finanzverwaltung<sup>28</sup> und gegen die Ansicht des BFH<sup>29</sup> die Wertminderung durch den Nießbrauch gem. §§ 145 Abs. 3 BewG, 146 Abs. 6 BewG i.V.m. § 12 Abs. 3 ErbStG aufgrund des **Nachweises eines niedrigeren Verkehrswertes** zu berücksichtigen sein<sup>30</sup>.

Die Finanzverwaltung lässt insoweit jedoch **keine Doppelberücksichtigung** beim Nachweis des niedrigeren

19 BFH v. 28.7.1999 – X R 38/98, BStBl. II 2000, 653 = BFH/NV 2000, 128 = BB 1999, 2287 = DB 1999, 2241 = DStR 1999, 1804 = DStZ 2000, 55.

20 Vgl. BFH v. 8.12.1983 – IV R 20/82, BStBl. II 1984, 202 = FR 1984, 312; v. 2.8.1983 – VIII R 170/78, BStBl. II 1983, 735 = FR 1983, 617; *Jansen/Jansen*, Nießbrauch, 6. Aufl., Rz. 393.

21 BMF v. 16.9.2004, BStBl. I 2004, 922; vgl. dazu *Geck*, DStR 2005, 85; *Schütze*, StB 2004, 447; *Schwenke*, DStR 2004, 1679.

22 Vgl. dazu grundlegend *Spiegelberger*, DStR 2000, 1073 ff.; *Hipler*, DStR 2001, 1918 ff. m.w.N. zum aktuellen Streitstand.

23 BFH v. 16.6.2004 – X R 50/01, BFHReport 2004, 1300 = FR 2005, 377 = DStR 2004, 2003.

24 Vgl. *Wälzholz*, DStR 2002, 333 ff.

25 Vgl. *Viskorf* in *Viskorf/Glier/Hübner/Knobel/Schuck*, ErbStG/BewG, § 12 BewG Rz. 54.

26 Vgl. wiederum *Viskorf* in *Viskorf/Glier/Hübner/Knobel/Schuck*, ErbStG/BewG, § 12 BewG Rz. 51.

27 *Schuck* in *Viskorf/Glier/Hübner/Knobel/Schuck*, ErbStG/BewG, § 25 BewG Rz. 42; *Gebel* in *Troll/Gebel/Jülicher*, ErbStG, § 25 Rz. 33 ff.

28 FinMin Baden-Württemberg, DB 2001, 17.

29 BFH v. 8.10.2003 – II R 27/02, BStBl. II 2004, 179 = BFHReport 2004, 50. Dazu Nichtanwendungserlass der Finanzverwaltung v. 1.3.2004, DStR 2004, 1128 = BStBl. I 2004, 272.

30 *Daragan*, DB 2001, 355; *ders.*, ZERB 2004, 246; *Eisele*, DStR 2001, 696; *ders.*, DStR 2004, 1115; *Geiß*, ZEV 2004, 149; *Viskorf*, ZEV 2004, 190; *Weinmann*, ZERB 2004, 250.

Verkehrswerts *und* nach § 25 ErbStG zu, sondern bei Berücksichtigung im Rahmen des § 146 Abs. 7 BewG entfällt entweder die Anwendung des § 25 ErbStG oder die sonstige bereicherungsmindernde Wirkung des Nutzungsvorbehalts.<sup>31</sup>

**Beraterhinweis:** Ein weiteres Gestaltungsmodell zur Vermeidung des § 25 ErbStG besteht darin, trotz der geringen Freibeträge bei Überspringen einer Generation, eine **Überlassung an die Enkelgeneration durchzuführen mit Nießbrauchsvorbehalt zugunsten der Kindergeneration**. § 25 ErbStG greift hier nicht ein, der wegen des jüngeren Alters in der Regel beträchtliche (!) Wert des Nießbrauchs kann also als Gegenleistung vom Wert der Schenkung nach der Wertermittlungsmethode angezogen werden. ◀

### c) Übertragung belasteten Grundbesitzes

#### Beispiel<sup>32</sup>

Eine Steuerpflichtige war Eigentümerin eines wertvollen, mit 1 Mio. € belasteten Grundstücks (Verkehrswert ca. 1,5 Mio. €, Einheitswert ca. ein Viertel dessen). Die Steuerpflichtige hat den Grundbesitz im Wege der vorweggenommenen Erbfolge unter Nießbrauchsvorbehalt auf ihre Tochter übertragen. Die Tochter musste gleichzeitig die Verbindlichkeiten samt Zinsen im Wege der befreienden Schuldübernahme übernehmen; allerdings verpflichtete die Mutter sich, die Zins- und Tilgungsleistungen zu Lebzeiten für die Dauer des Nießbrauchs an Stelle der Tochter zu zahlen. Können die übernommenen Schulden beim ErbStG vom Wert der Schenkung anteilig<sup>33</sup> abgezogen werden?

Sowohl das FG Münster<sup>34</sup> als auch der BFH lehnen die Berücksichtigung der Verbindlichkeiten (vorerst) ab, da es bis zur Beendigung des Nießbrauchs mangels Zahlungsverpflichtungen an einer **wirtschaftlichen Belastung fehle**. Die **Schuldübernahme** wirke sich tatsächlich **erst aufschiebend bedingt** auf das Ableben der Mutter aus. Ab diesem Zeitpunkt seien die verbleibenden Verbindlichkeiten nach den Grundsätzen der gemischten Schenkung<sup>35</sup> zu berücksichtigen, § 12 ErbStG i.V.m. §§ 8, 6 BewG.<sup>36</sup>

**Beraterhinweis:** Zur Vermeidung des vorstehenden Problems sollte in geeigneten Fällen an Stelle des Nießbrauchs eine **dauernde Last** vereinbart werden und der Erwerber sollte gleich die Schulden übernehmen. Dann können sowohl die dauernde Last als auch die übernommenen Schulden beim ErbStG nach den Grundsätzen der gemischten Schenkung vom steuerpflichtigen Erwerb abgezogen werden. ◀

### d) Der unentgeltliche Verzicht auf einen Nießbrauch

Wurde ein Grundstück unter Nießbrauchsvorbehalt verschenkt, so hat regelmäßig der Nießbrauch den Wert der Schenkung nicht gemindert, § 25 ErbStG. Probleme bereitet daher der Fall, wenn später ohne Gegenleistung, also als Schenkung, auf einen Nießbrauch verzichtet wird. Der Verzicht ist nach überzeugender Ansicht des BFH<sup>37</sup> zwar steuerpflichtig, § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG. Eine Doppelerfassung des Nießbrauchsrechts – sowohl bei der Nichtberücksichtigung als Abzugsposten nach § 25 Abs. 1 Satz 1 ErbStG als auch beim späteren Verzicht des Berechtigten – ist jedoch bei der Besteuerung des Nieß-

brauchsverzichts durch den Abzug des bei Besteuerung des Nießbrauchs belasteten Gegenstandes tatsächlich unberücksichtigt gebliebenen Steuerwerts des Nießbrauchsrechts von der Bemessungsgrundlage (Steuerwert) für den Rechtsverzicht zu beseitigen.

### IV. Formulierungsvorschlag für einen Vorbehaltsnießbrauch

#### Musterformulierung

Der Übergeber, mehrere als Gesamtberechtigte gemäß § 428 BGB, behalten sich hiermit am übergebenen Vertragsgegenstand den Nießbrauch vor. Abweichend vom Gesetz ist der Nießbraucher verpflichtet, neben den gesetzlich zu tragenden Lasten auch die außerordentlichen privaten und öffentlichen Lasten einschließlich etwaiger Erschließungskosten bis zur Beendigung des Nießbrauchs zu tragen.

Die Ausübung des Nießbrauchs kann Dritten überlassen / nicht überlassen (*(Nicht Zutreffendes bitte streichen.)*) werden. Die Vermietung und Verpachtung ist dem Nießbraucher in jedem Fall gestattet.

Die Beteiligten

#### bewilligen und beantragen

den Nießbrauch zugunsten des Übergebers im angegebenen Berechtigungsverhältnis im Grundbuch einzutragen. Der Notar hat auf die Bedeutung des Vorgangs von Grundpfandrechten hingewiesen.

**Bei Wohnungseigentum:** Der Eigentümer bevollmächtigt den Nießbraucher unwiderruflich zur Ausübung des Stimmrechts in der Eigentümerversammlung und zur Wahrnehmung aller Rechte, die aus der Wohnungseigentümergeinschaft fließen. Der Verwalter wird unwiderruflich angewiesen, Ladungen und Mitteilungen für den Eigentümer an den Nießbraucher zu schicken.

31 So FinMin Baden-Württemberg (koordinierter Ländererlass) v. 13.7.2001, DStR 2001, 1299.

32 Nach BFH v. 17.10.2001 – II R 60/99, BStBl. 2002 II, 165 = FR 2002, 474; vgl. dazu auch *Wälzholz*, NotBZ 2002, 91 ff. = Stbg 2002, 149 ff.; vgl. ferner BFH v. 29.5.2001 – VIII R 11/00, ZEV 2001, 450 ff.; sowie *A. Söffing/M. Söffing*, DStR 1993, 1690 ff.; *Streck/Schwedhelm*, DStR 1994, 1143 (1144); vgl. allg. *Schmitz*, DStR 1993, 497 ff.; zu den einkommensteuerlichen Auswirkungen *Spiegelberger*, Vermögensnachfolge, Rz. 87 ff.

33 Maßgebend ist insoweit das Verhältnis des Verkehrswerts des überlassenen Vermögens zu dessen Steuerwert. Vgl. R 17 ErbStR.

34 FG Münster v. 22.7.1999 – 3 K 5779/96 Erb, EFG 1999, 1194 = DStRE 2000, 369.

35 Vgl. dazu R 17 ErbStR; *Schuck* in Viskorf/Glier/Hübner/Knobel/Schuck, ErbStG/BewG, § 7 ErbStG Rz. 35 ff.; *Spiegelberger* in Beck'sches Notarhandbuch, 3. Aufl. 2000, A V Rz. 262.

36 Vgl. zu den Rechtsfolgen bei späterem Bedingungseintritt *Troll* in Troll/Gebel/Jülicher, ErbStG, § 12 Rz. 13–15. Bei Bedingungseintritt wird die ursprüngliche Steuer mit dem auf den Zuwendungszeitpunkt abgezinsten Betrag berichtigt und eine zu viel gezahlte Steuer ohne Beilage von Zinsen erstattet.

37 BFH v. 17.3.2004 – II R 3/01, GmbHR 2004, 822 = FR 2004, 603 = BFHReport 2004, 471 = DStR 2004, 722 = RNotZ 2004, 278; vgl. dazu *Rödl/Seifried*, ZEV 2004, 238.

## FamRBinformativ

### ● Neue Verfahrensordnung für die Familiengerichte (FamFG)

Das BMJ hat den Referentenentwurf eines **Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG)** vorgestellt und den Bundesministerien, Ländern und Verbänden zur Stellungnahme zugeleitet.

Das Verfahren in Familiensachen ist zur Zeit teilweise in der ZPO, teilweise im FGG und teilweise in der Hausrats-VO geregelt. Das FamFG beendet diese unübersichtliche und schwer durchschaubare Rechtszersplitterung. Es schafft für Familiensachen und Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit ein Verfahrensrecht aus einem Guss.

Das neue Gesetz gliedert sich in einen Allgemeinen Teil, der Regelungen zu den wichtigsten übergreifenden Verfahrensfragen enthält, und in einen Besonderen Teil mit Vorschriften über das Verfahren in den einzelnen Familiensachen, in Betreuungs- und Unterbringungssachen sowie in Registersachen und unternehmensrechtlichen Angelegenheiten.

Zu den Regelungen im Einzelnen:

- Das Gesetz definiert, wer Verfahrensbeteiligter ist und welche Rechte damit verbunden sind. Die Verfahrensgarantien der Beteiligten werden erstmals ausdrücklich geregelt. **Einvernehmliche Konfliktlösungen** zwischen den Beteiligten **werden gefördert** und auf eine klare Rechtsgrundlage gestellt.
- Die Reform harmonisiert den **Rechtsmittelzug** mit dem dreistufigen Instanzenzug anderer Verfahrensordnungen. Um zügig Rechtssicherheit zu schaffen, wird die Beschwerde gegen gerichtliche Entscheidungen künftig generell befristet.
- Zur Reform des familiengerichtlichen Verfahrens ist vorgesehen, dass sämtliche Streitigkeiten mit Bezug zu Trennung und Scheidung künftig vom **Großen Familiengericht** verhandelt werden. Das vermeidet ineffiziente und alle Beteiligten belastende Verfahrensverzögerungen, Aussetzungen und Mehrfachbefassungen von Gerichten.
- **Umgangs- und sorgerechtliche Verfahren** werden durch die Einführung eines obligatorischen frühen ersten Termins nach einem Monat **beschleunigt**, gerichtliche Entscheidungen gegenüber Umgangsverweigerern leichter durchsetzbar.
- Das **Scheidungsverfahren** wird **für kinderlose Paare vereinfacht**, die sich vorab über Unterhalt (in notarieller Form) und Hausrat geeinigt haben. Durch den **Wegfall des Anwaltszwangs** werden diese Verfahren auch billiger.

- Die Regelungen über das **Betreuungs- und Unterbringungsverfahren** werden durch die Anpassung an den neuen Allgemeinen Teil klarer strukturiert und damit auch für den Nichtjuristen verständlicher.

Sie finden den Referentenentwurf auf den Internetseiten des FamRB unter [www.famrb.de](http://www.famrb.de).

*Quelle: Pressemitteilung des BMJ v. 6.6.2005*

### ● Verweigerung der Zustimmung zur Zusammenveranlagung im Finanzgerichtsprozess

Das FG Köln hat jetzt im vorläufigen Rechtsschutz entschieden, dass **im Finanzgerichtsstreit** über getrennte Veranlagung oder Zusammenveranlagung **auf die zivilrechtlichen Verpflichtungen** eines Ehegatten, der Zusammenveranlagung zuzustimmen, **nicht geachtet** wird (FG Köln v. 19.1.2005 – 15 V 6203/04, FGReport 2005, 18). Übt ein Ehegatte sein steuerliches Wahlrecht zur getrennten Veranlagung aus und versperrt er damit dem anderen Ehegatten die Möglichkeit, Zusammenveranlagung zu wählen, reicht es zu seiner Rechtfertigung aus, dass der die getrennte Veranlagung Beantragende eigene Einkünfte hat, die dem Steuerabzug unterlagen und die auch zu einer Erstattung führen. **Steuerrechtlich besteht keine Pflicht, der Zusammenveranlagung aus bestehender Rücksichtnahmeverpflichtung auf den anderen Ehegatten zuzustimmen.** Lediglich bei willkürlicher Verweigerung der Zustimmung zur Zusammenveranlagung geht ein Antrag auf getrennte Veranlagung ins Leere und ist unwirksam.

In anderen Fällen, bei Verletzung der Ehepflichten aus § 1353 BGB, bleibt der die Zusammenveranlagung anstrebende Ehegatte **auf den Zivilrechtsweg angewiesen**. Er kann den anderen Ehegatten auf Zustimmung zur Zusammenveranlagung vor den ordentlichen Gerichten verklagen. Im Falle seines Obsiegens wird die Zustimmung zur Zusammenveranlagung jedoch nicht rückwirkend, sondern **erst ab Rechtskraft des zivilgerichtlichen Urteils fingiert** (§ 894 Abs. 1 ZPO). Im finanzgerichtlichen Verfahren kann eine solche Fiktion nicht erreicht werden, weil Beklagter nicht der Ehegatte, sondern die Finanzbehörde ist. Kann der Einkommensteuerbescheid nicht mehr geändert und Zusammenveranlagung nicht mehr durchgeführt werden, etwa wegen inzwischen eingetretener Festsetzungsverjährung, bleibt der die Zusammenveranlagung anstrebende Ehegatte auf einen zivilrechtlichen Schadensersatzanspruch verwiesen.

*Dr. Wolfgang Lingemann, Schriftleiter Finanz-Rundschau, Köln*

## ● BVerwG: Kein Unterhaltsvorschuss bei Lebenspartnerschaft

Kinder haben lediglich dann einen Anspruch auf Leistungen nach dem Unterhaltsvorschussgesetz, wenn der Elternteil, bei dem sie leben, ledig, verwitwet oder geschieden ist. Diese Voraussetzungen sind nicht erfüllt, wenn der betreffende Elternteil in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft lebt. Eine solche kann nicht mit dem Personenstand „ledig“ gleichgestellt werden.

*BVerwG v. 2.6.2005 – 5 C 24.04*

## ● SG Düsseldorf: Eheähnliche Gemeinschaft von ALG-II-Empfängern nur bei Unterhaltsleistungen

Eine eheähnliche Gemeinschaft, die im Rahmen des Anspruchs auf Arbeitslosengeld II zu einer Anrechnung des Partnereinkommens führt, kann nur bei nachprüfbaren Indizien angenommen werden. Hierfür reicht es nicht aus, dass zwei Menschen zusammenleben. Erforderlich ist vielmehr ein gegenseitiges Einstehen der Partner füreinander. Einziges sicheres Kriterium hierfür ist das Vorliegen von Unterhaltsleistungen.

Das SG Düsseldorf hatte bereits in vorangegangenen Entscheidungen hohe Hürden für das Vorliegen einer eheähnlichen Gemeinschaft aufgestellt. Außerdem hatte es entschieden, dass die Anrechnung des Partnereinkommens im Rahmen einer eheähnlichen Gemeinschaft verfassungswidrig sei, weil hierdurch heterosexuelle Paare gegenüber homosexuellen Paaren, bei denen keine Anrechnung stattfindet, benachteiligt würden (siehe FamRB 2005, 123). Diese Entscheidungen hat das LSG NRW kürzlich aufgehoben (siehe nachstehend).

*SG Düsseldorf v. 22.4.2005 – S 35 AS 119/05 ER*

## ● LSG NRW: Anrechnung des Partnereinkommens bei ALG II verfassungsgemäß

Die Anrechnung des Partnereinkommens in einer nicht-ehelichen Lebensgemeinschaft im Rahmen des Arbeitslosengeld-II-Anspruchs ist verfassungsgemäß. Sie dient der Gleichbehandlung von eheähnlichen Lebensgemeinschaften und verheirateten Paaren. Daneben liegt zwar eine Ungleichbehandlung gegenüber homosexuellen Paaren vor, die nicht in einer eingetragenen Partnerschaft leben, da insoweit keine Anrechnung stattfindet. Es liegt jedoch im Ermessen des Gesetzgebers, ob er auch noch weitere Lebensgemeinschaften in die Bedürftigkeitsprüfung einbezieht.

*LSG NRW v. 21.4.2005 – L 9 B 6/05 SO ER u.a.*

## ● BFH: Kindergeldberechtigung bei Auszug eines 16-jährigen Kindes gegen elterlichen Willen

Keine Vergleichbarkeit der Kindergeld-Fälle, in denen ein 16 Jahre altes Kind gegen den Willen seiner Eltern in den Haushalt der Großmutter wechselt (mit der Folge der Kindergeldberechtigung der Großmutter), mit den Fällen rechtswidriger Kindesentziehung.

*BFH v. 24.3.2005 – III B 21/05*

## ● BFH: Kindergeldberechtigung bei getrennt lebenden Eltern und mehrfacher Haushaltsaufnahme des Kindes

Ist ein Kind getrennt lebender Eltern sowohl im Haushalt des Vaters als auch im Haushalt der Mutter aufgenommen, so erhält der Elternteil das Kindergeld ausgezahlt, den die Eltern als Berechtigten bestimmt haben. Auch eine vor der Trennung getroffene Bestimmung des Kindergeldberechtigten bleibt wirksam, solange sie nicht von einem Elternteil widerrufen wird. Ein Kind getrennter Eltern ist sowohl in den Haushalten beider Elternteile aufgenommen, wenn es bei beiden annähernd gleich viel Zeit verbringt.

*BFH v. 23.3.2005 – III R 91/03*

## ● BVerfG: Begrenzung der Abziehbarkeit von Kinderbetreuungskosten Alleinerziehender verfassungswidrig

Das Gebot horizontaler Steuergleichheit und das Verbot der Benachteiligung von Eltern ggü. Kinderlosen verbieten es, die einkommensteuerliche Freistellung der erwerbsbedingten Kinderbetreuungskosten alleinerziehender Elternteile um eine zumutbare Belastung zu kürzen. Aus der Verfassungswidrigkeit der Begrenzung der Abziehbarkeit von Kinderbetreuungskosten von Alleinstehenden folgt mit rückwirkender Wirkung die Nichtigkeit von § 33c Abs. 1 Satz 1 letzter Hs. EStG 1997.

*BVerfG v. 16.3.2005 – 2 BvL 7/00*

## ● BFH: Schenkungsteuer bei Zuwendungen von Schwiegereltern an Schwiegerkinder

Wenn Schwiegereltern unter Mitwirkung ihres Kindes schenkungsweise Grundstückseigentum auf den Ehegatten ihres Kindes (Schwiegerkind) übertragen, liegt eine schenkungsteuerpflichtige Zuwendung vor. Dies

gilt selbst dann, wenn die Parteien vereinbaren, dass die Schenkung nur auf Veranlassung des Kindes erfolgen soll. Eine Schenkung des Kindes an seinen Ehegatten kommt unter diesen Umständen nicht in Betracht.

*BFH v. 10.3.2005 – II R 54/03*

### ● **BFH: Wechsel der Veranlagungsart bei der Einkommensteuer**

Beantragen Eheleute innerhalb der Frist für einen Einspruch gegen einen Zusammenveranlagungsbescheid die getrennte Veranlagung oder die besondere Veranlagung im Jahr der Eheschließung, ist das Finanzamt bei der daraufhin durchzuführenden getrennten oder besonderen Veranlagung an die tatsächliche oder rechtliche Beurteilung der Besteuerungsgrundlagen im Zusammenveranlagungsbescheid gebunden. Den Zusammenveranlagungsbescheid hat es aufzuheben.

*BFH v. 3.3.2005 – III R 60/03*

### ● **BVerfG: Keine Witwerrente für Partner nicht eingetragener Lebenspartnerschaft**

Dass die Partner einer nicht eingetragenen Lebenspartnerschaft anders als Ehegatten und – seit dem 1.1.2005 – auch anders als Partner einer eingetragenen Lebenspartnerschaft von einem Anspruch auf Hinterbliebenenrente der gesetzlichen Rentenversicherung ausgeschlossen sind, verletzt nicht Art. 3 Abs. 1 GG. Dies ist durch die Unterhaltersatzfunktion der Hinterbliebenenrente gerechtfertigt. Die Situation, dass es nach langjähriger Partnerschaft durch die schwere Krankheit des einen Partners vor seinem Tod nicht mehr zur Eintragung der Partnerschaft gekommen ist, ist auch nicht mit einer „hinkenden Ehe“ vergleichbar.

*BVerfG v. 28.2.2005 – 1 BvR 155/05*

### ● **Nds. FG: Adoptionskosten nicht als außergewöhnliche Belastung abziehbar**

Die Kosten für die Adoption eines Kindes sind nicht als außergewöhnliche Belastung i.S.v. § 33 EStG zu berücksichtigen. Es fehlt an der Zwangsläufigkeit dieser Aufwendungen. Das gilt selbst dann, wenn die Adoption für den Steuerpflichtigen die einzige Möglichkeit ist, die ungewollte Kinderlosigkeit zu beenden.

*Niedersächsisches FG v. 8.12.2004 – 3 K 635/03*

### ● **OLG Koblenz: Hinweis auf Insolvenzeröffnung entbindet nicht von Unterhaltspflichten**

Unterhaltspflichtige können ihrer Zahlungspflicht nicht allein mit dem Hinweis entgehen, dass über ihr Vermögen ein privates Insolvenzverfahren eröffnet wurde. Sie müssen vielmehr anhand ihrer Einkommensverhältnisse darlegen, dass sie nicht leistungsfähig sind. Ist beispielsweise noch ein laufendes Arbeitseinkommen vorhanden, wird dieses vom Insolvenzverfahren nicht erfasst, soweit es nach § 850c ZPO unpfändbar ist.

*OLG Koblenz v. 29.11.2004 – 7 UF 900/04*

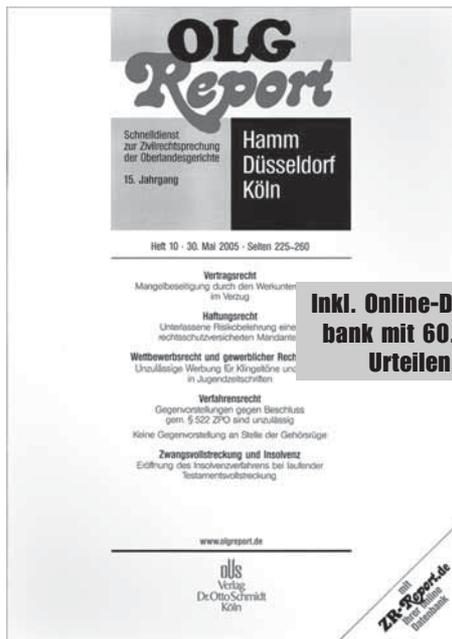
### ● **Aktuelle Unterhaltsleitlinien**

Neben der bereits Heft 6/05 des FamRB beiliegenden aktuellen **Düsseldorfer Tabelle** mit Stand vom 1.7.2005 (nebst Berliner Tabelle als Vortabelle) und den diesem Heft beiliegenden neuen **Unterhaltsrechtlichen Leitlinien der Familiensenate in Süddeutschland** finden Sie die aktuellen Leitlinien der einzelnen Oberlandesgerichte, je nach Erscheinen, auf den Internetseiten des FamRB unter [www.famrb.de](http://www.famrb.de).

# Die neue Kraft in NRW.

Ganz NRW ist jetzt fest in Ihrer Hand – mit dem brandneuen OLG-Report Hamm/Düsseldorf/Köln! Ihre Vorteile:

- ▶ Die neueste obergerichtliche Rechtsprechung in Zivilsachen vierzehntäglich in einem Heft – über 600 Entscheidungen der NRW-OLGe im Jahr
- ▶ Rund um die Uhr Zugriff auf mehr als 60.000 (Stand Juni 2005) voll zitierfähige, komfortabel recherchierbare Judi-



Inkl. Online-Datenbank mit 60.000 Urteilen

kate des BGH (seit 1981) und aller OLGe (seit 1991) im Online-Archiv zr-report.de ▶ 3 zum Preis von 1: Der günstige Bezugspreis hat sich durch die Zusammenlegung der drei Reporte zu einem einzigen Heft nicht erhöht!

Testen Sie den neuen OLGReport Hamm/Düsseldorf/Köln inklusive Premium-Datenbank 2 Monate kostenlos!

----- Bestellschein ausfüllen und faxen (02 21) 9 37 38-943 ----- ✂

Ja, ich mache den Praxistest: 4 Ausgaben OLGReport Hamm/Düsseldorf/Köln kostenlos im Probeabo inklusive 2-monatigem kostenlosen Zugang zu der Online-Rechtsprechungsdatenbank zr-report.de. Wenn ich nach Erhalt des 4. Hefes das Abo nicht innerhalb von 14 Tagen widerrufe (Datum des Poststempels), bekomme ich vierzehntäglich den OLGReport Hamm/Düsseldorf/Köln inklusive Zugang zu zr-report.de zum Jahresbezugspreis von 209,- € [D] plus Versandkosten. Kündigungstermin: 6 Wochen zum Jahresende.

Name \_\_\_\_\_

PLZ \_\_\_\_\_ Ort \_\_\_\_\_

Widerrufsrecht: Eine Fortsetzungsbestellung kann innerhalb von 14 Tagen (Datum des Poststempels) schriftlich beim Verlag oder Ihrer Buchhandlung widerrufen werden.

Straße \_\_\_\_\_

Datum \_\_\_\_\_ Unterschrift \_\_\_\_\_

Datum \_\_\_\_\_ Unterschrift / Widerrufsrecht 6/05

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

# Rettung für Trennungsfamilien!

Vom BGH bestätigt (23.02.05 – XII ZR 114/03)



www.otto-schmidt.de

## Völlig neues Fahrwasser:

Zwei Familienrechtler stellen eine bislang kaum diskutierte Schnittstelle zwischen Insolvenz- und Unterhaltsrecht vor, nämlich die insolvenzrechtliche Lösung unterhaltsrechtlicher Alltagsprobleme: die Mangelfälle. Der neue Lösungsansatz: Schluss mit dem Vorwegabzug von Verbindlichkeiten bei der Einkommensberechnung des Unterhaltspflichtigen.

## Land in Sicht:

Der Unterhaltspflichtige stellt durch seinen Verdienst den Unterhalt der Trennungsfamilie sicher und beruft sich gegenüber Drittgläubigern auf die Pfändungsfreigrenze. Das entlastet die Kommunen, und die Trennungsfamilie muss nicht zum Sozialamt. Außerdem erhält der Unterhaltspflichtige eine konkrete Entschuldungsperspektive.

## So kommen Sie auf den richtigen Kurs:

Das Werk erörtert systematisch die Obliegenheiten im Unterhaltsrecht und eröffnet einen ersten, sehr praxisnahen Einstieg in das Insolvenzrecht. Mit zahlreichen Mustern und Beispielen.

## Garantiert seetüchtig:

„Allen, die mit Fragen des Unterhalts nach Eintritt der Überschuldung befasst sind, wird hier ein überzeugender Weg aus einem alten Dilemma gezeigt.“  
*Ralph Neumann in DRiZ 7/03*

„Das Buch ist flüssig und engagiert geschrieben, bietet neue und anregende Überlegungen, so dass die Lektüre nur empfohlen werden kann.“  
*Ri am KG Dr. Uta Ehinger in NJW 41/03*



100 Jahre  
Verlag  
Dr. Otto Schmidt  
Köln  
Wir machen Wissen praktikabel

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

**BESTELLSCHEIN** Fax: 0221 / 9 37 38-943

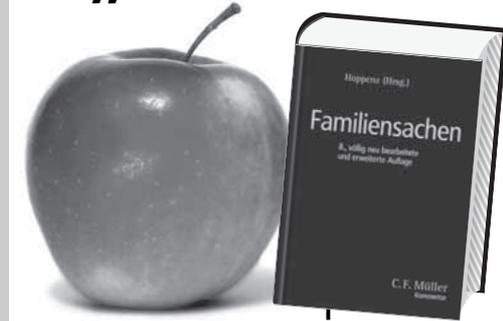
Ich bestelle mit 14-tägigem Rückgaberecht Melchers/Hauß  
**Unterhalt und Verbraucherinsolvenz** Neue Wege der Mangelfallberechnung.  
Von RAuN, FA für Familienrecht Gunnar Melchers und RA, FA für Familienrecht  
Jörn Hauß, 2003, 194 Seiten, DIN A5, brosch., 39,80 € [D]. ISBN 3-504-06310-6

Name  Straße

PLZ / Ort

Datum / Unterschrift  4/05

# „Alles drin“



Alles drin – alles kommentiert  
NEU in 8. Auflage

## Familiensachen

Herausgegeben von Dr. Rainer Hoppenz  
8., völlig neu bearbeitete und erweiterte Auflage.  
2005. Ca. 2.000 Seiten. Gebunden. Ca. € 98,-.  
ISBN 3-8114-1936-6 (C.F. Müller Kommentar)

Mit der vollständigen Kommentierung stellt der völlig neu bearbeitete und erweiterte „Hoppenz“ mit seinem kompetenten Autorenteam die Ehe- und Familiensachen nicht nur anhand der Rechtsprechung des BGH, sondern vielmehr auch der Instanzgerichte – insbesondere der Oberlandesgerichte – und der wichtigsten Literatur aktuell und umfassend dar. Der mit dem Familienrecht befasste Rechtsanwender erhält damit eine für die tägliche Arbeit notwendige und präzise Erläuterung aller relevanten Vorschriften.

### Bereits berücksichtigt:

- Neues Sozialhilferecht mit den Auswirkungen von Hartz IV auf das Unterhaltsrecht.
- Internationaler Teil:  
Kommentierung der ab 1.3.2005 geltenden VO 2201/2003 (Brüssel IIa) für das grenzüberschreitende Familien- und Kinderschutzrecht, sowie das IntFamRVG.
- Novellierung des Kostenrechts:  
Ausführliche Erläuterung von RVG, KostO und GKG.
- Änderungen der höchstrichterlichen Rechtsprechung, z. B. im Unterhaltsrecht (Anwendung von Differenz- und Anrechnungsmethode), das neue Recht zur Anfechtung der Vaterschaft und zum Umgangsrecht.

### Kommentiert sind:

Eherecht, Eheliches Güterrecht und Hausratsverordnung, Scheidung der Ehe, Unterhaltsrecht, Recht der elterlichen Sorge, Versorgungsausgleich, GKG und GVG, Kostenordnung, Rechtsanwaltsvergütungsgesetz, Einkommensteuergesetz, FGG, Gewaltschutzgesetz, Lebenspartnerschaftsgesetz, Zivilprozessordnung, Internationales Familienrecht, u.a.m.

Im Anhang befinden sich zahlreiche Arbeitshilfen, die zudem im Internet unter: [www.hoppenz-familiensachen.de](http://www.hoppenz-familiensachen.de) ergänzt und regelmäßig aktualisiert werden.

Zum Beispiel:

- Barwertverordnung
- Lebenshaltungskostenindex
- Tabellen zum Altersvorsorgeunterhalt.

### Pressestimme zur Voraufgabe:

„Der Hoppenz kann uneingeschränkt empfohlen werden.“  
Prof. Bernd Klüsener, RiAG a.D., in: Der Deutsche Rechtspfleger 6/2001.

C.F. Müller, Verlagsgruppe Hüthig Jehle Rehm GmbH,  
Im Weiher 10, 69121 Heidelberg,  
Kundenbetreuung München,  
Bestell-Tel. 089/54852-8178, Fax 089/54852-8137,  
E-Mail: [kundenbetreuung@hjr-verlag.de](mailto:kundenbetreuung@hjr-verlag.de)



C.F. Müller  
[www.cfmueller-verlag.de](http://www.cfmueller-verlag.de)

## FamRB aktuell

### Nur eingeschränkte Belastung durch Elternunterhalt

Die (1939 geb.) Beschwerdeführerin (Bf) hat aus einer Halbtagsstätigkeit zuletzt ein Nettoeinkommen von ca. 1.100 DM monatl. erzielt. Ihr Ehemann, von dem sie seit 1994 getrennt lebt, ist techn. Angestellter und seit 1995 Rentner. Die kinderlosen Eheleute sind Eigentümer zu je ½ eines mit einem Vier-Familienhaus bebauten Grundstücks, das u.a. zum Zwecke der Altersabsicherung erworben worden war. Eine der Wohnungen bewohnt die Bf, die übrigen sind vermietet. Ihr Grundstücksanteil hat abzgl. der Belastungen einen Verkehrswert von 245.000 DM. Die monatl. Belastungen für das Grundstück übersteigen die Nettoeinnahmen.

Die pflegebedürftige Mutter der Bf lebte in den letzten vier Jahren vor ihrem Tod in einem Alten- und Pflegeheim. Da die Einkünfte der Mutter zur Begleichung der Heimpflegekosten nicht ausreichten, leistete die Stadt ihr als örtlicher Träger der Sozialhilfe laufende monatliche Hilfe i.H.v. insgesamt ca. 123.000 DM. Den Betrag forderte die Stadt aus übergeleitetem Recht von der Bf zurück. Die Klage hatte vor dem AG keinen Erfolg. Auf die Berufung der Stadt stellte das LG die Zahlungspflicht der Bf fest und verurteilte sie, das Angebot der Stadt, ihr die Summe als zinsloses Darlehen zu gewähren, das drei Monate nach dem Tod der Bf zur Rückzahlung fällig ist, anzunehmen. Außerdem sollte die Bf zur Sicherung des Darlehens eine Grundschuld i.H.v. 123.000 DM auf ihren Miteigentumsanteil am Hausgrundstück bestellen. Die Bf vertrat die Auffassung, dass sie durch das Urteil in ihren Grundrechten verletzt werde.

Ihre Verfassungsbeschwerde hatte Erfolg. Das Urteil des LG verletzt die Bf in ihrer durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützten Handlungs- und finanziellen Dispositionsfreiheit. Die der Bf vom LG auferlegte Verpflichtung zur Aufnahme eines zinslosen Darlehens und zur Bewilligung einer Grundschuld entbehrt jeder Rechtsgrundlage.

Die Leistungsfähigkeit der Bf ist – auch nach Auffassung des LG – erst mit dem Darlehensangebot des Sozialhilfeträgers, also nach dem Tod der Mutter, entstanden. Damit hat das LG einen Unterhaltsanspruch für einen vergangenen Zeitraum mit einer Leistungsfähigkeit der Bf begründet, die erst nach dem Wegfall der Bedürftigkeit der Mutter eingetreten ist. Dies widerspricht schon in Wortlaut und Systematik den hier maßgeblichen unterhalts- und sozialhilferechtlichen Regelungen. Ein Unterhaltsanspruch nach § 1601 BGB besteht nur dann, wenn Bedürftigkeit beim Unterhaltsberechtigten und Leistungsfähigkeit beim Unterhaltspflichtigen zeitgleich vorliegen. Auch §§ 90, 91 BSHG, die die Überleitung von Unterhaltsansprüchen ermöglichen, die dem Hilfeempfänger im Zeitraum der Hilfeleistung zustehen, gehen von einer zeitlichen Kongruenz zwischen Bedürftigkeit und Leistungsfähigkeit

aus. Die Heranziehung von § 89 BSHG zur Begründung eines Unterhaltsanspruchs steht in klarem Widerspruch zum Wortlaut dieser Norm und zu ihrer systematischen Einbindung in das sozialhilferechtliche Gefüge.

Die Auslegung des LG widerspricht auch dem Willen des Gesetzgebers. Er hat den Elternunterhalt gegenüber dem Kindesunterhalt nicht nur nachrangiges Gewicht verliehen (§ 1609 BGB), sondern auch den Umfang der Verpflichtung deutlich gegenüber der Pflicht zur Gewährung von Kindesunterhalt eingeschränkt (§ 1603 Abs. 1 BGB). Die nachrangige Behandlung des Elternunterhalts entspricht der grundlegend anderen Lebenssituation, in der die Unterhaltspflicht jeweils zum Tragen kommt. Bei der Pflicht zum Elternunterhalt ist dies meist dann der Fall, wenn die Kinder längst eigene Familien gegründet haben, sich Unterhaltsansprüchen ihrer eigenen Kinder und Ehegatten ausgesetzt sehen, sowie für sich selbst und für die eigene Altersabsicherung zu sorgen haben. Dazu tritt nun ein Unterhaltsbedarf eines oder beider Elternteile im Alter hinzu, der mit deren Einkommen, insbesondere ihrer Rente, vor allem im Pflegefall nicht abgedeckt werden kann. Diesen sich kumulierenden Anforderungen hat der Gesetzgeber Rechnung getragen, indem er sichergestellt hat, dass dem Kind ein seinen Lebensumständen entsprechender eigener Unterhalt verbleibt.

Die vom Gesetzgeber dem Elternunterhalt zugewiesene, relativ schwache Rechtsposition wird durch die neuere Entwicklung der Gesetzgebung aus jüngerer Zeit noch untermauert. Mit der schrittweisen Reduzierung der Leistungen der gesetzlichen Rentenversicherung und der Einführung der staatlich geförderten privaten Altersvorsorge hat der Gesetzgeber die Verantwortung jedes Einzelnen hervorgehoben, für seine Alterssicherung neben der gesetzlichen Rentenversicherung rechtzeitig und ausreichend vorzusorgen. Dies muss bei der Bestimmung des einem unterhaltspflichtigen Kind verbleibenden angemessenen Unterhalts Berücksichtigung finden. Insbesondere aber hat der Gesetzgeber mit der Einführung der Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung ab 1.1.2003 durch das GSiG und seit 1.1.2005 durch §§ 41 ff. SGB XII verdeutlicht, dass die Belastung erwachsener Kinder durch die Pflicht zur Zahlung von Elternunterhalt unter Berücksichtigung ihrer eigenen Lebenssituation in Grenzen gehalten werden soll.

*BVerfG, Urt. v. 7.6.2005 – 1 BvR 1508/96  
Quelle: Pressemitteilung des BVerfG v. 7.6.2005*

# Beiträge zum europäischen Familienrecht

Herausgegeben von  
 Prof. Dr. Peter Gottwald,  
 Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Dieter Henrich,  
 Prof. Dr. Dr. h. c. Dieter Schwab

Band 9

## From Status to Contract? – Die Bedeutung des Vertrages im europäischen Familienrecht

herausgegeben von  
 Prof. Dr. **Sibylle Hofer**,  
 Prof. Dr. Dr. h. c. **Dieter Schwab**  
 und Prof. Dr. Dr. h. c. mult. **Dieter Henrich**  
 Juni 2005; XIV und 333 Seiten,  
 brosch. € [D] 84,- / sFr 134,-  
 ISBN 3-7694-0967-1

Das mittlerweile **7. Regensburger Symposium** für europäisches Familienrecht (30. 9. bis 2. 10. 2004) widmete sich dem Thema „From Status to Contract? – Die Bedeutung des Vertrages im Familienrecht“. Nach der Entscheidung des BGH vom 11. 2. 2004 zur Inhaltskontrolle von Eheverträgen ging es damit um einen Bereich von **ganz besonderer Aktualität**.

Den Beiträgen über die **deutsche Rechtslage**

- Privatautonomie als Prinzip für Vereinbarungen zwischen Ehegatten (*Sibylle Hofer*)
- Die Ehevertragsfreiheit und ihre Grenzen (*Günter Brambring*)
- Vereinbarungen über Elternschaft und elterliche Sorge (*Dieter Schwab*)

folgen Berichte über die Möglichkeiten vertraglicher Vereinbarungen zu **Eheführung, Güterrecht, Auflösung der Ehe, Unterhaltspflicht** oder **elterliche Sorge** für

- Schweiz (*Heinz Hausheer*)
- Österreich (*Susanne Ferrari*)

**GIESEKING**

Giesecking Verlag  
 Postfach 130120  
 33544 Bielefeld  
 Fax 0521 - 143715  
 kontakt@giesecking-verlag.de  
 www.giesecking-verlag.de

Hofer/Schwab/Henrich  
 (Hrsg.)

9

## From Status to Contract? – Die Bedeutung des Vertrages im europäischen Familienrecht

Beiträge  
 zum europäischen  
 Familienrecht



GIESEKING

- Belgien u. Frankreich (*Walter Pintens*)
- Slowenien (*Barbara Novak*)
- Tschechien (*Milana Hrušáková*)
- Ungarn (*Emilia Weiss*)
- Nordische Länder (*Jens M. Scherpe*)
- Italien (*Salvatore Patti*)
- Spanien (*Josep Ferrer i Riba*)
- Griechenland (*Achilles G. Koutsouradis*)

und abschließend der europäische Vergleich (*Dieter Henrich*).

Den Referaten **vorangestellte Übersichten** ermöglichen es dabei, den umfangreichen Inhalt des Bandes rasch zu erschließen.

Diese hervorragende Zusammenschau bietet sowohl demjenigen, der sich dem Familienvertragsrecht **rechtsvergleichend** oder **rechtspolitisch** widmet, als auch dem, der in der **Praxis** (vor allem **Notariat**) mit den zahlreichen Fällen mit Auslandsbezug zu tun hat, eine Fundgrube zuverlässiger Angaben sowie **wertvolle Orientierungshilfe** bei der Bewältigung konkreter Fallkonstellationen!

. . . Ihre Buchhandlung erwartet Sie!

# Diese zwei sind kaum zu schlagen



Erman **BGB**  
Handkommentar in 2 Bänden.  
Herausgegeben von  
Prof. Dr. Harm Peter Westermann.  
Bearbeitet von 42 namhaften Autoren aus  
Wissenschaft und Praxis.  
11., neu bearbeitete Auflage 2004,  
5.908 Seiten Lexikonformat,  
gbd. 298,- € [D].  
ISBN 3-933188-22-9

„ein großer Wurf“

RA Dr. Jochen Scheel in NotBZ 12/04



Aschendorff  
Rechtsverlag  
Münster

Verlag  
Dr. Otto Schmidt  
Köln



„Den Erman loben, hieß schon immer, Eulen nach Athen zu tragen.“  
Was RA Dr. Peter Hamacher im Anwaltsblatt 5/2001 zur Voraufgabe  
gesagt hat, lässt sich auch von der aktuellen 11. Auflage sagen.  
Dennoch wollen wir Ihnen das Lob der Fachwelt zur aktuellen  
Auflage dieses klassischen zweibändigen Handkommentars nicht  
vorenthalten. Schließlich gibt es immer noch den einen oder ande-  
ren, der sich noch nicht persönlich von den vielen Vorzügen des  
Erman überzeugt hat.

„Der ‚Erman‘ [ist] **ein feiner, sehr zu empfehlender Kommentar**,  
der durch die geglückte Verbindung zwischen wissenschaftlich-dog-  
matischer Durchdringung der Materie bei gleichzeitiger Praxisnähe

besticht.“ Dr. Martin Menne in KindPrax 5/2004

„Insbesondere die tiefgreifenden Strukturänderungen aufgrund der  
**Schuldrechtsreform** sind in **rundum überzeugender Weise** einge-  
arbeitet.“ RA Dr. Jochen Scheel in NotBZ 12/04

„Der an den Bedürfnissen der Praxis orientierte Kommentar erweist  
sich [...] als **ausgesprochen benutzerfreundlich** und gut handhab-  
bar.“ Prof. Dr. Thilo Keil in DZWIR 7/2004

Genug des Lobs? Dann steigen Sie jetzt auf den „Erman“ um. Denn  
mehr brauchen Sie nicht. Und mit weniger sollten Sie sich nicht  
zufrieden geben.

Faxbestellschein: 0221 / 9 37 38-943

Ich bestelle mit 14-tägigem Rückgaberecht aus dem Aschendorff Rechtsverlag  
Erman **BGB** 11., neu bearbeitete Auflage 2004, gbd. 298,- € [D]. ISBN 3-933188-22-9

Name

Straße

PLZ / Ort

Datum / Unterschrift

5/05

Informationsdienst  
für die familienrechtliche Praxis

## Rechtsprechung

---

### Kindschaftsrecht

- Int. Zuständigkeit für Sorgerechtsabänderung
- Anfechtung einer nach dominikanischem Recht erklärten Vaterschaftsanerkennung

### Verfahrensrecht

- Fortführung von Folgesachen im Inland nach Scheidung im Ausland

### Erbrecht

- Zugewinnausgleich im Todesfall bei deutsch-österreichischen Erbfällen

## FamRBint-Beratungspraxis

---

### Aktuelle Praxisfragen

- Grundzüge des polnischen Scheidungs- und Scheidungsfolgenrechts *Ludwig*
- Scheidungs- und Scheidungsfolgenrecht – Länderbericht Österreich *Kerschner*

### FamRBint informativ

- Antragstellung und Tenorierung in Verfahren auf Kindesrückführung

[www.famrb.de](http://www.famrb.de)

# Wenn es mehr als einen Weg gibt



Langenfeld/Günther  
Grundstückszuwendungen zur  
lebzeitigen Vermögensnachfolge  
Von Notar a.D. Prof. Dr. Gerrit  
Langenfeld und  
Dipl.-Finw. Karl-Heinz Günther.  
5. Auflage 2005,  
379 Seiten Lexikonformat,  
gbd., 64,80 € [D].  
ISBN 3-504-40043-9

**Alle Muster  
auf CD**

Im Zeitalter der Erbengeneration hat der Mandant ein ganz vitales Interesse an optimaler Planung seiner familiären Vermögensnachfolge. Von besonderer Aktualität bei lebzeitiger Übertragung von Grundbesitz und Unternehmen: Vorweggenommene Erbfolge, Schenkung, Ausstattung, Ehegattenzuwendung, Betriebsnachfolge, Familiengrundstücksgesellschaft, Familienstiftung.

Dieses Handbuch macht Sie mit der Vielfalt der Gestaltungsmöglichkeiten vertraut. Erläutert und dargestellt unter zivil- und steuerrechtlichem Aspekt. Mit praxiserprobten Hinweisen und Formularen. Mit Formulierungsmustern auf CD. Für sachgerechte Vertragsentwürfe und streitvermeidende Urkunden. So nehmen Sie als Berater immer den richtigen Weg.

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

**BESTELLSCHEIN** Fax: 02 21 / 9 37 38 - 943

Langenfeld/Günther  
**Grundstückszuwendungen zur lebzeitigen Vermögensnachfolge**  
5. Auflage 2005, gbd., 64,80 € [D]. ISBN 3-504-40043-9

Name \_\_\_\_\_

Straße \_\_\_\_\_

PLZ \_\_\_\_\_ Ort \_\_\_\_\_

Datum \_\_\_\_\_ Unterschrift \_\_\_\_\_ 4/05

## In diesem Heft

FamRB im Internet: [www.famrb.de](http://www.famrb.de)

### Rechtsprechung

#### Kindschaftsrecht

- ▶ Internationale Zuständigkeit für Sorgerechts-  
abänderung  
KG, Beschl. v. 17.1.2005 – 16 UF 144/04 45
- ▶ Vollstreckung einer in der Schweiz getroffenen  
Umgangsregelung durch ein deutsches Gericht  
OLG Karlsruhe, Beschl. v. 6.10.2004 –  
2 WF 176/04 46
- ▶ Anfechtung einer nach dominikanischem Recht  
erklärten Vaterschaftsanerkennung  
OLG Hamm, Urt. v. 18.6.2004 –  
9 UF 153/02 47
- ▶ Kindesrückführung nach Florida gem. Haager  
Kindesentführungsübereinkommen  
AG Köln, Beschl. v. 2.3.2005 – 308 F 27/05 48

#### Verfahrensrecht

- ▶ Fortführung von Folgesachen im Inland nach  
Scheidung im Ausland  
OLG Hamm, Beschl. v. 24.3.2005 –  
10 WF 26/05 49
- ▶ Scheidung türkischer Eheleute nach Wechsel  
der Staatsangehörigkeit  
OLG Düsseldorf, Urt. v. 9.11.2004 –  
II-1 UF 183/04 50
- ▶ Keine PKH bei fehlender Anerkennungsfähig-  
keit deutschen Scheidungsurteils im Heimat-  
land  
OLG Stuttgart, Beschl. v. 23.2.2004 –  
17 WF 31/04 51

#### Personenstandsrecht

- ▶ Türkisches Ehenamensrecht verstößt gegen  
Diskriminierungsverbot  
EuGHMR, Urt. v. 16.11.2004 –  
Beschwerde Nr. 29865/96 52

#### Erbrecht

- ▶ Zugewinnausgleich im Todesfall bei deutsch-  
österreichischen Erbfällen  
OLG Stuttgart, Beschl. v. 8.3.2005 –  
8 W 96/04 52

### FamRBint-Beratungspraxis

#### Aktuelle Praxisfragen

- Notar Dr. Dr. Ingo Ludwig, Völklingen*
- Grundzüge des polnischen Scheidungs- und  
Scheidungsfolgenrechts 54

*Univ.-Prof. Dr. Ferdinand Kerschner, Linz,  
Österreich*

  - Scheidungs- und Scheidungsfolgenrecht –  
Länderbericht Österreich 64

#### FamRBint informativ

- Antragstellung und Tenorierung in Verfahren  
auf Kindesrückführung nach dem HKiEntÜ 68
- Zuständigkeit für Adoptionsverfahren mit  
Auslandsbezug 68

#### zr-report.de

... die Datenbank zur höchst- und obergerichtlichen Rechtspre-  
chung in Zivilsachen. Über 60.000 Entscheidungen seit 1981!  
Laufende Aktualisierung.  
[www.zr-report.de](http://www.zr-report.de) – die Datenbank! Natürlich mit allen BGH-  
und OLG-Entscheidungen aus dem **FamRBint**.

# Rettung für Trennungsfamilien!

Vom BGH bestätigt (23.02.05 – XII ZR 114/03)



www.otto-schmidt.de

## Völlig neues Fahrwasser:

Zwei Familienrechtler stellen eine bislang kaum diskutierte Schnittstelle zwischen Insolvenz- und Unterhaltsrecht vor, nämlich die insolvenzrechtliche Lösung unterhaltsrechtlicher Alltagsprobleme: die Mangelfälle. Der neue Lösungsansatz: Schluss mit dem Vorwegabzug von Verbindlichkeiten bei der Einkommensberechnung des Unterhaltspflichtigen.

## Land in Sicht:

Der Unterhaltspflichtige stellt durch seinen Verdienst den Unterhalt der Trennungsfamilie sicher und beruft sich gegenüber Drittgläubigern auf die Pfändungsfreigrenze. Das entlastet die Kommunen, und die Trennungsfamilie muss nicht zum Sozialamt. Außerdem erhält der Unterhaltspflichtige eine konkrete Entschuldungsperspektive.

## So kommen Sie auf den richtigen Kurs:

Das Werk erörtert systematisch die Obliegenheiten im Unterhaltsrecht und eröffnet einen ersten, sehr praxisnahen Einstieg in das Insolvenzrecht. Mit zahlreichen Mustern und Beispielen.

## Garantiert seetüchtig:

„Allen, die mit Fragen des Unterhalts nach Eintritt der Überschuldung befasst sind, wird hier ein überzeugender Weg aus einem alten Dilemma gezeigt.“  
*Ralph Neumann in DRiZ 7/03*

„Das Buch ist flüssig und engagiert geschrieben, bietet neue und anregende Überlegungen, so dass die Lektüre nur empfohlen werden kann.“  
*Ri am KG Dr. Uta Ehinger in NJW 41/03*



100 Jahre Verlag  
Dr. Otto Schmidt  
Köln  
Wir machen Wissen praktikabel

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

**BESTELLSCHEIN** Fax: 0221 / 9 37 38-943

Ich bestelle mit 14-tägigem Rückgaberecht Melchers/Hauß  
**Unterhalt und Verbraucherinsolvenz** Neue Wege der Mangelfallberechnung.  
Von RAuN, FA für Familienrecht Gunnar Melchers und RA, FA für Familienrecht  
Jörn Hauß, 2003, 194 Seiten, DIN A5, brosch., 39,80 € [D]. ISBN 3-504-06310-6

Name  Straße

PLZ / Ort

Datum / Unterschrift  4/05

## Impressum

**Redaktion:** Peter Marqua (verantw. Redakteur) · Ursula Beckers-Baader (Redakteurin) · Leticia Scheloske (Redaktionsassistentin).

**Redaktionsbeirat:** RA FAFamR Priv.-Doz. Dr. Peter Finger, Frankfurt a.M. · RiOLG Dr. Stefan Motzer, Stuttgart.

**Ständige Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter:** RiAG Doris Block, Berlin-Schöneberg · RiOLG Dr. Frank Klinkhammer, Düsseldorf · RA Roland Kugler, Stuttgart · Notar Dr. Dr. Ingo Ludwig, Völklingen · RA Dr. Reinhard Marx, Frankfurt a.M. · Ri und Lehrbeauftragte Dr. Juliana Mörsdorf-Schulte, Düsseldorf/Mannheim · Dr. Andrea Schulz, LL.M., Den Haag · RiOLG Martin Streicher, Stuttgart.

**Verlag:** Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Gustav-Heinemann-Ufer 58, 50968 Köln, Postfach 51 10 26, 50946 Köln, Telefon 02 21/ 9 37 38-5 02, Fax -9 53. Erfüllungsort und Gerichtsstand ist Köln.

**E-Mail:** famrb@otto-schmidt.de.

**Anzeigen:** Renate Becker (Anzeigenleitung), Telefon 02 21/ 9 37 38-4 21, Fax -9 42, E-Mail: anzeigen@otto-schmidt.de. Gültig ist die Preisliste Nr. 1 vom 1.1.2005.

**Satz und Druck:** Boyens Offset, Heide.

**Erscheinungsweise:** Zum Anfang des ersten Quartalsmonats als Beilage zum FamRB.

**Bezugspreis:** Der Bezugspreis des FamRBint ist im Bezugspreis des FamRB (129,- €) enthalten.

**Bestellungen:** FamRBint kann nur im Rahmen eines FamRB-Abonnements bezogen werden. Bestellungen bei jeder Buchhandlung sowie beim Verlag (Vertrieb/Abonnementsverwaltung Telefon 02 21/9 37 38-4 99, Fax -9 43). Kündigungstermin für das Abonnement 6 Wochen vor Jahresschluss.

**Volltext-Service:** FamRB-Bezieher können die Volltexte der vorgestellten BGH- und OLG-Entscheidungen online bei der Verlagsredaktion abrufen: famrb@otto-schmidt.de.

**Urheber- und Verlagsrechte:** Manuskripte werden nur zur Alleinveröffentlichung angenommen. Der Autor versichert, über die urheberrechtlichen Nutzungsrechte an seinem Beitrag einschließlich aller Abbildungen 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.

## Rechtsprechung

### Kindschaftsrecht

#### Internationale Zuständigkeit für Sorgerechtsabänderung

**Konkurrierende Zuständigkeiten für Entscheidungen über die elterliche Verantwortung bei zwischenzeitlich (in zwei Mitgliedsstaaten) anhängiger Scheidung der Eltern und fehlendem Aufenthalt der Kinder im Forumstaat, Art. 3 Brüssel II-VO.**

KG, Beschl. v. 17.1.2005 – 16 UF 144/04  
(AG Pankow/Weißensee – 18 F 7711/03)  
BGB § 1696; Brüssel II-VO Art. 3  
Abdruck im *KGReport Berlin* vorgesehen  
Bestell-Nr.: FiE-00022

**Das Problem:** Die miteinander verheirateten Eltern zweier minderjähriger Kinder streiten um das Umgangs- und Aufenthaltsbestimmungsrecht für die Kinder, die bei der Mutter leben. Die Mitglieder der Familie, die bis zur Trennung der Eltern im September 2002 im Bezirk des FamG Pankow/Weißensee von Berlin gelebt haben, sind deutsche Staatsangehörige. Zunächst leitete der Vater beim FamG ein Verfahren zur Regelung des Umgangsrechts ein. Das FamG übertrug nach Anhörung aller Beteiligten das Aufenthaltsbestimmungsrecht auf die Mutter, die im Verfahren erklärt hatte, mit den Kindern nach England übersiedeln zu wollen, was sie im August 2003 dann auch tat, allerdings ohne ihre neue Anschrift bekannt zu geben. Der Vater beantragte im September 2003 beim FamG die Abänderung des bestandskräftig gewordenen Beschlusses und verlangte, dass ihm das Aufenthaltsbestimmungsrecht übertragen werde und die Kinder herausgegeben werden. Das FamG wies den Antrag des Vaters – ohne Anhörung der Mutter und der Kinder – mit Beschluss v. 23.1.2004 mit der Begründung zurück, dass Gründe für eine Abänderung nicht vorgetragen seien. Hiergegen wandte sich der Vater mit der Beschwerde an das KG. Mittlerweile hatte der Vater im Oktober 2003 auch einen Scheidungsantrag beim FamG eingereicht. Die Mutter dagegen beantragte im August 2004 bei ihrem Wohnsitzgericht Middlesex/England die Scheidung.

**Die Entscheidung des Gerichts:** Das KG hat den angegriffenen Beschluss des FamG, durch den das Aufenthaltsbestimmungsrecht für die Kinder auf die Mutter übertragen wurde, aufgehoben und das Verfahren zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das FamG zurückverwiesen. Zwar sehen § 621e ZPO und das FGG, das nach § 621a Abs. 1 Satz 1 FGG ergänzend anzuwenden ist, eine Zurückverweisung nicht vor. Das KG hat aber von der allgemein anerkannten Möglichkeit der sinnge-  
mäßigen Anwendung des § 538 Abs. 2 ZPO auf FGG-Ver-

fahren Gebrauch gemacht. Grund für die Aufhebung des angegriffenen Beschlusses des FamG war eine wesentliche Änderung der Sachlage i.S.v. § 1696 Abs. 1 BGB – die Mutter hatte den Kontakt zwischen Kindern und Vater über einen Zeitraum von mittlerweile fast 1½ Jahren nicht zugelassen – und die fehlende Anhörung der Mutter und der Kinder (§§ 50a, 50b FGG). Das KG monierte, dass das FamG keine Bemühungen unternommen hatte, den Aufenthaltsort der Mutter ausfindig zu machen. Gleichzeitig hat das KG unter Hinweis auf die von beiden Eltern in ihren jeweiligen Aufenthaltsstaaten anhängig gemachten Scheidungsverfahren zu bedenken gegeben, dass die Frage der internationalen Zuständigkeit des deutschen FamG für die Sorgerechtsabänderung noch nicht abschließend geklärt sei und auf Art. 3 Abs. 2 der Brüssel II-Verordnung (VO [EG] Nr. 1347/2000 v. 29.5.2000) aufmerksam gemacht.

**Konsequenzen für die Praxis:** Ist zwischen miteinander verheirateten Eltern zunächst nur ein isoliertes Verfahren über Umgang und Aufenthaltsbestimmungs- oder Sorgerecht wegen gemeinsamer minderjähriger Kinder vor einem deutschen FamG anhängig, so richtet sich dessen internationale Zuständigkeit grundsätzlich danach, ob die Kinder die deutsche Staatsangehörigkeit (§ 35b Abs. 1 Nr. 1 FGG) oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Inland haben (§ 35b Abs. 1 Nr. 2 FGG). Im Ausgangsfall sind die Kinder deutsche Staatsangehörige und hatten zunächst auch ihren Wohnsitz und Aufenthalt im Inland. Wird von einem Elternteil später auch ein Scheidungsverfahren anhängig gemacht, so wird nach § 623 Abs. 2 Satz 1 ZPO aus dem isolierten Umgangs- oder Sorgerechtsverfahren automatisch eine Scheidungsfolgesache, auch wenn die entsprechenden Anträge zunächst nicht für den Fall der Ehescheidung gestellt worden waren (Zöller/*Philippi*, 25. Aufl., § 623 ZPO Rz. 23b; OLG Karlsruhe v. 16.8.2003 – 18 UF 171/02, FamRZ 2005, 287 ff.). In reinen Inlandsfällen folgt aus der örtlichen und internationalen Zuständigkeit des Scheidungsgerichts die Zuständigkeit auch für die Folgesachen betreffend gemeinsame minderjährige Kinder (§ 621 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO), allerdings vorbehaltlich der Regelungen des Haager Minderjährigenschutzabkommens (MSA). Ist das Scheidungsverfahren aber in einem Mitgliedsstaat der EU (mit Ausnahme von Dänemark) anhängig gemacht worden, wie im vorliegenden Fall, ist bei der Frage der internationalen Zuständigkeit für die Regelung der elterlichen Verantwortung – wozu jedenfalls das Sorgerecht und das Umgangsrecht zählen – die Vorschrift des Art. 3 der Brüssel II-Verordnung zu beachten. Danach sind die Gerichte des Mitgliedsstaates (ohne Dänemark), in dem nach Art. 2 der Verordnung über einen Ehescheidungsantrag zu entscheiden ist, auch zuständig für alle Entscheidungen betreffend die elterliche Verantwortung für ein gemeinsames Kind der beiden Ehegatten, wenn das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt in diesem Mitgliedsstaat hat. Da

die Kinder in dem der Entscheidung des KG zugrunde liegenden Fall ihren gewöhnlichen Aufenthalt aber in England haben – die Mutter war ja als Inhaberin des Aufenthaltsbestimmungsrechts zusammen mit den Kindern im August 2003 nach England gezogen –, bleibt dem deutschen FamG (hier Pankow/Weißensee), welches nach der (Parallel-)Entscheidung des KG v. 17.1.2005 – 16 WF 206/04, KGReport Berlin 2005, 417 = FamRBint 2005, 29 [Streicher]), anders als das später von der Mutter angerufene englische Gericht, zumindest für das Scheidungsverfahren infolge der Rechtshängigkeitssperre des Art. 11 der Brüssel II-Verordnung für die Scheidung international zuständig ist, die (Annex-)Zuständigkeit für die Entscheidung über das Sorgerecht nur unter der Voraussetzung des Art. 3 Abs. 2 lit. a) und b) der Brüssel II-Verordnung erhalten. Danach muss zumindest einer der Ehegatten die elterliche Verantwortung für die Kinder haben, die Zuständigkeit der betreffenden Gerichte von den Ehegatten anerkannt werden und im Einklang mit dem Wohl der Kinder stehen. Mit dieser Bestimmung trägt der EU-Gesetzgeber dem Gedanken des Kindeswohls Rechnung, indem er Entscheidungen über Kinder in erster Linie vor den Gerichten des Aufenthaltsstaates, die regelmäßig sachnäher entscheiden können, anstrebt und nur ausnahmsweise die Annexzuständigkeit des Scheidungsgerichts für Sorgerechtsstreitigkeiten ohne Aufenthalt der Kinder im Forumstaat zulässt. Ob die Kindesmutter im vorliegenden Fall einer Entscheidung des deutschen Gerichts über das Sorgerecht zustimmt und ob eine Entscheidung durch das deutsche Gericht mit Blick auf die räumliche Entfernung zwischen Wohnort der Kinder und Gerichtsort dem Kindeswohl dient, ist zumindest fraglich und wird vom FamG zu klären sein. Erkennt die Mutter die Zuständigkeit des deutschen Gerichts für die Entscheidung über die elterliche Sorge aber nicht an, dürfte das FamG seine internationale Zuständigkeit bereits verneinen.

Für Verfahren, die ab dem 1.3.2005 eingeleitet werden, gelten Art. 8 und 12 der Nachfolgeverordnung VO (EG) Nr. 2201/2003 v. 27.11.2003, sog. Brüssel IIa-Verordnung, die übrigens anders als die Vorgängerverordnung *nicht nur für gemeinsame* Kinder der Eheleute gilt und *auch für isolierte* Sorgerechts- und Umgangsverfahren anzuwenden ist und sogar Kinder mit Aufenthalt in einem Drittstaat erfasst. Insoweit wird auch das MSA verdrängt (ausdrücklich durch Art. 60 lit. a) der Brüssel IIa-Verordnung).

**Beraterhinweis:** Für „Altfälle“, die vor dem 1.3.2005 anhängig waren, gilt die Brüssel II-VO, die die internationale Zuständigkeit für Sorgerechtsverfahren nur für gemeinsame Kinder und nur im Zusammenhang mit einem Scheidungs- oder Trennungsverfahren vor den EU-Mitgliedsstaaten regelte. Das Problem der internationalen Zuständigkeit für die Sorgerechtsabänderung bei zwischenzeitlich anhängiger Scheidung der Eltern und fehlendem Aufenthalt der Kinder im Forumstaat, auf das das KG anlässlich der Aufhebung des angegriffenen Beschlusses und der Zurückverweisung des Verfahrens hingewiesen hat, wird nunmehr in Art. 9 und 12 Brüssel IIa-VO geregelt. Entscheidend für die Zuständigkeit eines Gerichts in Sorgerechtsstreitigkeiten ohne Aufenthalt des Kindes im Forumstaat war und ist aber, dass die Zustän-

digkeit des Gerichts von beiden Eltern anerkannt wird und mit dem Kindeswohl im Einklang steht. ◀

*RiAG Doris Block, Berlin-Schöneberg*

## ■ Vollstreckung einer in der Schweiz getroffenen Umgangsregelung durch ein deutsches Gericht

**Die durch ein ausländisches Gericht getroffene Regelung des Umgangsrechts ist im Inland auch dann vollstreckbar, wenn nicht jede Einzelheit der Pflichten eines Beteiligten umschrieben wird. Maßgeblich ist, ob bei verständiger und objektiver Betrachtungsweise hinreichend deutlich ist, was mit der Verfügung von dem Betroffenen verlangt wird.**

OLG Karlsruhe, Beschl. v. 26.10.2004 – 2 WF 176/04 (AG Karlsruhe – 6 F 220/04)  
BGB § 1684; FGG §§ 16a, 33  
*OLGReport Karlsruhe 2005, 13*  
*Bestell-Nr.: FiE-00027*

**Das Problem:** Verfahrensgegenstand war das Umgangsrecht des Vaters mit seiner vier Jahre alten, bei der Mutter lebenden Tochter. Zum Trennungszeitpunkt lebten beide Parteien, die deutsche Staatsangehörige sind, in der Schweiz. Am 22.12.2003 wurde durch das Obergericht des Kantons Zug das Kind für die Dauer der Aufhebung des gemeinsamen Haushalts der Parteien der Mutter zur Pflege und Erziehung zugewiesen. Weiter wurde dem Vater das Recht eingeräumt, die Tochter wöchentlich mittwochs von 14.30 Uhr bis 17.30 Uhr zu besuchen oder für Besuche abzuholen. Im Verfahren wurde ein Gutachten der Psychologin und Psychotherapeutin B. eingeholt. Die Mutter übersiedelte nach Erlass dieser Verfügung mit dem Kind nach Karlsruhe. Nachdem teilweise ein begleiteter Umgang zustande gekommen ist, fanden Umgangstermine in der Folgezeit nicht mehr statt. Die Entscheidung des Obergerichtes Kanton Zug wurde durch Beschluss des FamG Karlsruhe v. 7.6.2004 mit einer Vollstreckungsklausel versehen, der Mutter wurde ein Zwangsgeld von bis zu 10.000 € für jeden Fall der schuldhaften Zuwiderhandlung angedroht. Nach weiteren Zuwiderhandlungen gegen die Umgangsregelung hat das AG Karlsruhe mit Beschl. v. 20.8.2004 gegen die Mutter auf Antrag des Vaters ein Zwangsgeld i.H.v. insgesamt 9.800 € wegen Zuwiderhandlung gegen die Umgangsregelung in sieben Fällen festgesetzt. Hiergegen wandte sich diese mit ihrer Beschwerde.

**Die Entscheidung des Gerichts:** Das OLG wies die Beschwerde der Mutter gegen die auf § 33 FGG beruhende Zwangsgeldfestsetzung zurück. Es folgt nicht deren Ansicht, der Verhängung eines Zwangsgeldes stehe entgegen, dass die zu vollstreckende Regelung des Obergerichtes Zug nicht hinreichend bestimmt sei. Zwar regelt dessen Verfügung nur, zu welchen Zeiten der Vater mit seinem Kind zusammen sein darf. Verpflichtungen der Mutter sind darin nicht ausgesprochen. Nach Ansicht des OLG ist es nicht erforderlich, dass die Regelung aus-

drücklich erkennen lässt, der sorgeberechtigte Elternteil sei gehalten, das Kind zu bestimmten Zeiten zur Ausübung des Umgangsrechts des anderen Elternteils bereit zu halten. Nicht jede Einzelheit der Pflichten eines Beteiligten müsse umschrieben sein. Maßgeblich sei, ob bei verständiger und objektiver Betrachtungsweise hinreichend deutlich ist, was mit der Verfügung von dem Betroffenen verlangt wird. Dem von der Mutter mit ihrer Beschwerde außerdem erhobenen Einwand, eine stattgefunden Entführung durch den Vater und dessen (angebliche) sexuelle Übergriffe hätten das Kind traumatisiert, ist das OLG ebenfalls nicht gefolgt. Dabei bezieht es sich auf das vom Schweizer Gericht in Auftrag gegebene Gutachten und weitere, dort erhobene Beweise.

**Konsequenzen für die Praxis:** Das OLG Karlsruhe erleichtert die grenzüberschreitende Umgangsvollstreckung, in dem es an die Bestimmtheit der zu vollstreckenden Entscheidung keine hohen Anforderungen stellt und sich außerdem bezüglich des Kindeswohls die vom Auslandsgericht getroffenen Feststellungen zu eigen macht. Auf diese Weise wird eine weitere Umgangsregelung durch ein deutsches Gericht entbehrlich.

**Beraterhinweis:** Sowohl Deutschland als auch die Schweiz sind Vertragsstaaten des Luxemburger Europäischen Übereinkommens über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen über das Sorgerecht für Kinder und die Wiederherstellung des Sorgeverhältnisses v. 20.5.1980 (ESÜ [bzw. ESorgeÜ], BGBl. II 1990, 220 ff.). Dieses regelt die gegenseitige Anerkennung von Entscheidungen zum Sorge- und Umgangsrecht wie auch deren Vollstreckung. Im Klauselerteilungsverfahren nach Art. 7 ESÜ kann das Gericht des Vollstreckungsstaats selbständig die Bedingungen festlegen, unter denen das Besuchsrecht ausgeübt werden darf (Art. 11 Abs. 2 ESÜ). Dabei besteht auch die Möglichkeit, eine unbestimmte Ausgangsentscheidung mit der für eine Vollstreckung notwendigen Konkretisierung zu versehen. Die verfahrensrechtliche Umsetzung auch des ESÜ im Inland einschließlich der Vollstreckungsmittel regelt ab 1.3.2005 das Gesetz zum internationalen Familienverfahrensrecht (IntFamRVG, hierzu *Finger*, FamRBint 2005, 36). ◀

*RiOLG Dr. Stefan Motzer, Stuttgart*

## ■ Anfechtung einer nach dominikanischem Recht erklärten Vaterschaftsanerkennung

**Die Übergangsregelung zur Kindschaftsrechtsreform 1998 führt hinsichtlich des Abstammungsstatuts nach Art. 224 § 1 Abs. 1 EGBGB nur dann zum vor dem 1.7.1998 geltenden Recht, wenn schon nach der seinerzeitigen Rechtslage eine rechtliche Vaterschaft feststand.**

**Die grundsätzliche Wandelbarkeit des Abstammungsstatuts nach Art. 19 EGBGB – etwa beim Aufenthaltswechsel – führt nicht dazu, dass eine bereits feststehende Vaterschaft nachträglich wieder entfällt.**

OLG Hamm, Urt. v. 18.6.2004 – 9 UF 153/02 (AG Detmold – 16 F 186/01)  
EGBGB Art. 19, 23, 224 § 1; BGB § 1597 Abs. 1  
*FamRZ* 2005, 291  
*Bestell-Nr.: FiE-00024*

**Das Problem:** Der Beklagte wurde am 22.11.1996 in der Dominikanischen Republik geboren. Der Kläger (Deutscher) erkannte dort am 17.9.1998 die Vaterschaft zum Beklagten an und heiratete die Mutter des Beklagten (Dominikanerin) zwei Tage danach. Später übersiedelten die Mutter und der Beklagte in die Bundesrepublik Deutschland. Die Eheleute trennten sich im Jahr 2001. Die Ehe wurde 2003 geschieden. Der Kläger focht die Vaterschaft mit seiner im Jahr 2001 eingereichten Klage an. Zudem beantragte er hilfsweise die Feststellung, dass seine Anerkennung unwirksam sei. Der Beklagte behauptete, der Kläger hätte von Anfang an gewusst, dass er nicht als leiblicher Vater in Frage komme. Die vom OLG durchgeführte Beweisaufnahme ergab, dass der Kläger die Mutter des Beklagten erst nach dessen Geburt kennen gelernt hatte.

**Die Entscheidung des Gerichts:** Das OLG hat die vom AG ausgesprochene Klageabweisung im Ergebnis bestätigt. Die Anfechtung scheitere an der nach deutschem Recht abgelaufenen Anfechtungsfrist nach § 1600b Abs. 1 BGB. Die Anerkennung durch den Kläger sei auch wirksam. Für die Anerkennung fehlte es nach dem OLG an einer § 1597 Abs. 1 BGB entsprechenden öffentlichen Beurkundung der von der Mutter erklärten Zustimmung. Nach dem dominikanischen Recht bedurfte es dagegen keiner förmlichen Zustimmung. Demzufolge war nun fraglich, ob die Vaterschaft auch nach der Einreise in die Bundesrepublik als wirksam anerkannt gelten konnte.

Obwohl das Kind hier schon vor dem In-Kraft-Treten der Kindschaftsrechtsreform am 1.7.1998 geboren wurde, findet – auch hinsichtlich des internationalen Privatrechts – das neue Recht Anwendung. Das OLG Hamm schließt sich der h.M. an, dass das vor dem 1.7.1998 geltende Recht nur zur Geltung kommt, wenn sich aus diesem Recht eine feststehende Vaterschaft ergibt, was hier offensichtlich nicht der Fall war. Bestand bis zum 1.7.1998 noch keine rechtliche Vaterschaft, so findet das zum Zeitpunkt der Anerkennung geltende neue Recht Anwendung (ebenso BayObLG v. 29.10.1999 – 1Z BR 79/99, *FamRZ* 2000, 699 [700]; mit anderem Ansatz für die Übergangsregelung zum 1.9.1986 noch OLG Hamm v. 16.11.1999 – 29 U 116/98, *FamRZ* 2001, 1631 mit krit. Anm. *Henrich*). Für das anzuwendende Recht stellt das OLG zutreffend nicht auf das *gegenwärtige* Recht des gewöhnlichen Aufenthalts, sondern auf das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts *zum Zeitpunkt der Anerkennung* ab. Dadurch wird die Wandelbarkeit des Statuts eingeschränkt. Eine zusätzliche (kumulative) Anwendung des deutschen Rechts gem. Art. 23 Satz 2 EGBGB lehnt das OLG ab, weil diese im vorliegenden Fall nicht mit dem Kindeswohl zu vereinbaren wäre.

**Konsequenzen für die Praxis:** Für den abstammungsrechtlichen Status zugewanderter Personen kommt es trotz grundsätzlicher Wandelbarkeit des Statuts (hinsichtlich gewöhnlichen Aufenthalts, Staatsangehörigkeit) nicht stets auf die gegenwärtige Anknüpfung nach Art. 19

EGBGB an. Vielmehr ist zu beachten, welchen rechtlichen Status das Kind vor der Einreise hatte. Ein bestehender Status kann dem Kind nicht allein wegen des veränderten gewöhnlichen Aufenthalts nachträglich wieder entzogen werden (eingehend *Dörner*, Festschrift *Henrich*, S. 120, 125 m.w.N.).

Ob es auf die Unterschiede zwischen dem deutschen und dem dominikanischen Recht im entschiedenen Fall ankam, scheint allerdings fraglich. Das zusätzliche Zustimmungserfordernis nach dem Heimatrecht des Kindes gem. Art. 23 Satz 2 EGBGB konnte schon deswegen nicht eingreifen, weil das Kind die deutsche Staatsangehörigkeit offenbar erst infolge der Anerkennung durch den Kläger erworben hatte (§ 4 Abs. 1 StAG). Dann ist allein auf die vor der Anerkennung bestehende Staatsangehörigkeit abzustellen, nicht auf die Staatsangehörigkeit, die erst durch die Anerkennung begründet wurde (*Erman/Hohloch*, BGB, 12. Aufl., Art. 23 EGBGB Rz. 8 m.w.N.). Auch bei Anwendung deutschen Rechts hätte schließlich die gemäß dem dominikanischen Recht durchgeführte Anerkennung formwirksam erfolgen können, wenn man auf das gem. Art. 11 Abs. 1 EGBGB alternativ anwendbare Ortsrecht abstellt.

**Beraterhinweis:** Der rechtliche Status zugewanderter Personen und ihrer Familienangehörigen ist nicht selten unklar. Es empfiehlt sich für den Anwalt wie für den Familienrichter, frühzeitig danach zu fragen, welche Staatsangehörigkeit die einzelnen Familienangehörigen besitzen und wann sie sie erworben haben. Auch auf eine mögliche doppelte Staatsangehörigkeit ist zu achten. Schließlich ist von Bedeutung, wo der gewöhnliche Aufenthalt des Kindes in der Vergangenheit lag und wann er gewechselt hat.

Spezielle Regelungen zur Beurkundung der Anerkennung finden sich in Art. 4 des CIEC-Übereinkommens vom 14.9.1961 (BGBl. II 1965, 19; bei *Jayme/Hausmann* Nr. 50), das allerdings nur in wenigen Staaten in Kraft getreten ist. Der Nachweis der im Ausland beurkundeten Anerkennung ist durch Legalisation (Bestätigung der Echtheit durch den zuständigen Konsularbeamten; vgl. § 438 ZPO, OLG Zweibrücken v. 4.12.2001 – 5 UF 58/01, OLGReport Zweibrücken 2002, 173) möglich. Im Geltungsbereich des Haager Übereinkommens vom 5.10.1961 (BGBl. II 1965, 875) genügt die Vorlage der mit einer Apostille versehenen Originalurkunde (vgl. OLG Zweibrücken v. 9.12.2003 – 5 UF 110/03, OLGReport Zweibrücken 2004, 275 = FamRZ 2004, 729). ◀

*RiOLG Dr. Frank Klinkhammer, Düsseldorf*

## Kindesrückführung nach Florida gem. Haager Kindesentführungsübereinkommen

**Kinder, die von einem Elternteil unter Verletzung des Mitsorgerechts des anderen in ein anderes Land verbracht oder dort zurückgehalten werden, sind an ihren früheren Aufenthaltsort zurückzuführen.**

**Das Risiko, dass im Zufluchtsstaat die Rückführung angeordnet ist und später nach einer Sorgerechtsentscheidung im Herkunftsstaat die Kinder wieder in den Zufluchtsstaat gebracht werden, entspricht dem Zweck des Übereinkommens und muss als solches bei der Prüfung von Härtegründen i.S.v. Art. 13 HKiEntÜ außer Betracht bleiben.**

AG Köln, Beschl. v. 2.3.2005 – 308 F 27/05  
HKiEntÜ Art. 3, 12, 13  
Bestell-Nr.: FiE-00026

**Das Problem:** Die Rückgängigmachung einer grenzüberschreitenden Kindesentführung in Anwendung des HKiEntÜ beinhaltet nach wie vor eine Reihe materieller und verfahrensrechtlicher Probleme. Im entschiedenen Fall geht es um zwei Kinder, die bei ihren Eltern in Florida aufgewachsen sind. Trotz dort bereits vollzogener Trennung bestand weiterhin die gemeinsame Sorge. Die Mutter brachte die Kinder im August 2004 nach Deutschland. Gegen den Rückführungsantrag des Vaters verteidigte sich die Antragsgegnerin mit dem Argument, dieser sei mit dem Ortswechsel einverstanden gewesen. Die Rückführung der Kinder widerspreche deren Wohl, auch sei nicht davon auszugehen, dass der Vater sie in Florida betreuen werde, weil er selbst in Deutschland eine Lebensgefährtin habe.

**Die Entscheidung des Gerichts:** Das AG hat die sofortige Rückführung der beiden Kinder in die USA angeordnet. Den der Antragsgegnerin obliegenden Nachweis von Hinderungsgründen für die Rückführung der beiden Kinder i.S.v. Art. 13 Abs. 1 HKiEntÜ hat das Gericht als nicht geführt angesehen. Auch hätten die Kinder bei ihrer persönlichen Anhörung durch den Richter zu erkennen gegeben, dass sie sich über eine Rückkehr nach Florida freuen und den dortigen Wohnsitz nach wie vor als ihren Lebensmittelpunkt ansähen. Das Risiko, dass im Fall einer für die Mutter günstigen Entscheidung in dem in Florida geführten Sorgerechtsverfahren die Kinder wieder nach Deutschland gebracht würden, müsse außer Betracht bleiben. Die Ermöglichung einer Sorgerechtsentscheidung durch das international hierfür zuständige Gericht des Herkunftsstaats entspreche dem Zweck des HKiEntÜ. Das OLG hat im Beschwerdeverfahren die Entscheidung des AG aus den zutreffenden und nicht ergänzungsbedürftigen Gründen des durch die Mutter angefochtenen Beschlusses bestätigt und um einen die Kindesrückführung sichernden Punkt erweitert (OLG Köln v. 14.3.2005 – 21 UF 27/05, [www.zr-report.de](http://www.zr-report.de)).

**Konsequenzen für die Praxis:** Der Beschluss des AG verdeutlicht beispielhaft den heute in der gerichtlichen Praxis erreichten Stand der Umsetzung des HKiEntÜ. Die getroffenen Anordnungen zur Kindesrückführung und ihre Sicherstellung durch begleitende Maßnahmen können auch Grundlage für die Antragstellung in ähnlich gelagerten Fällen sein (siehe FamRBint 2005, 68, in diesem Heft). Zu Recht behandelt das FamG nicht die Herausgabe der Kinder an den anderen Elternteil, sondern ihre Rückführung an den Ort ihres bisherigen gewöhnlichen Aufenthalts als primäres Verfahrensziel. Hierzu ist dem An-

tragsgegner eine angemessene Frist zu setzen, innerhalb derer aus dem Herausgabeteil nicht vollstreckt werden darf. Diese Abwendungsbefugnis des Entführers ist am besten geeignet, Härtegründe für die Kinder i.S.v. Art. 13 Abs. 1 lit b) HKiEntÜ, die der Rückführung entgegenstehen könnten, gar nicht entstehen zu lassen. Im Vordergrund steht häufig die drohende Trennung jüngerer Kinder vom entführenden Elternteil, wenn dieser die Hauptbezugsperson ist (siehe OLG München v. 19.8.1997 – 2 UF 1122/97, OLGReport München 1998, 8 = FamRZ 1998, 386).

**Beraterhinweis:** Das AG Köln leitete seine örtliche Zuständigkeit noch aus § 5 Abs. 1 Nr. 1 SorgeRÜbkAG her. Danach entscheidet das FamG, in dessen Bezirk ein OLG seinen Sitz hat, für den gesamten Bezirk dieses OLG unter anderem über die Rückgabe von Kindern nach dem HKiEntÜ. Die Zuständigkeit des FamG in Bonn, wohin im vorliegenden Fall die Kinder entführt worden waren, tritt zurück. Am 1.3.2005 ist das SorgeRÜbkAG außer Kraft getreten, an seine Stelle trat das Internationale Familienrechtsverfahrensgesetz (IntFamRVG, siehe *Finger*, FamRBint 2005, 36). Dieses enthält in § 11 eine gleichartige Regelung über die Schwerpunktzuständigkeit jeweils eines Familiengerichts pro OLG-Bezirk in Kindesentführungsfällen.

Für die im entschiedenen Fall besonders bedeutsame Vollstreckungsanordnung ist entgegen der Ansicht des AG auch in Altfällen nicht mehr § 33 FGG maßgeblich. Nach der Übergangsvorschrift des § 56 Satz 2 IntFamRVG sind seit dessen In-Kraft-Treten für die Vollstreckung die Vorschriften dieses Gesetzes anzuwenden. § 44 IntFamRVG enthält für Fälle der Kindesrückführung ins Ausland und die internationale Umgangsvollstreckung weiter reichende Vollstreckungsmittel. So tritt an die Stelle von Zwangsgeld und Zwangshaft nach § 33 FGG das Ordnungsgeld und die Ordnungshaft (hierzu *Finger*, FamRBint 2005, 36 [41]). ◀

*RiOLG Dr. Stefan Motzer, Stuttgart*

## Verfahrensrecht

### Fortführung von Folgesachen im Inland nach Scheidung im Ausland

**In entsprechender Anwendung des § 626 Abs. 2 Satz 1 ZPO hat das inländische Gericht einer Partei auf Antrag die Fortführung einer Scheidungsfolgesache vorzubehalten, wenn die Ehe durch ein im Inland anerkanntes ausländisches Urteil rechtskräftig geschieden und der (inländische) Scheidungsantrag dadurch gegenstandslos geworden ist, ohne dass die inländische Zuständigkeit in treuwidriger Benachteiligungsabsicht herbeigeführt worden wäre.**

OLG Hamm, Beschl. v. 24.3.2005 – 10 WF 26/05 (AG Wetter/Ruhr – 5 F 465/02)  
ZPO §§ 261 Abs. 3 Nr. 1, 626 Abs. 2 Satz 1  
*Abdruck im OLGReport Hamm vorgesehen*  
*Bestell-Nr.: FiE-00023*

**Das Problem:** Beide Eheleute sind deutscher Nationalität. Im Mai 2001 trennten sie sich. Während die Ehefrau nach Deutschland zurückkehrte, verblieb der Ehemann am letzten gemeinsamen Wohnsitz in Österreich. Er erhob dort am 24.7.2002 beim Bezirksgericht M. die Scheidungsklage. Die Ehefrau stellte die dortige internationale Zuständigkeit in Frage und reichte ihrerseits in Deutschland einen eigenen Scheidungsantrag (mit nachfolgenden Folgesacheanträgen) zum FamG ein. Den sich darob entwickelnden Streit der Parteien über die Zuständigkeit der Gerichte entschied das Bezirksgericht M. am 4.2.2003 dahin gehend, dass es sich für international und örtlich zuständig erklärte. Es sprach letztlich am 24.1.2005 auch die Scheidung aus, die in Rechtskraft erwuchs. Bereits am 13.1.2005 hat die Ehefrau ihren in Deutschland anhängigen Scheidungsantrag wieder zurückgenommen und beantragt, ihr die Fortführung der hier anhängigen Folgesachen naheheulicher Unterhalt und Zugewinnausgleich als selbständige Familiensachen vorzubehalten. Ihren vom FamG abgelehnten Fortführungsantrag verfolgte sie mit ihrer sofortigen Beschwerde weiter.

**Die Entscheidung des Gerichts:** Das OLG hält auf die sofortige Beschwerde der Ehefrau den Fortführungsantrag in entsprechender Anwendung von § 626 Abs. 2 Satz 1 ZPO für begründet. Die Norm sei entsprechend anzuwenden, wenn die Ehe durch ein im Inland anerkanntes oder voraussichtlich anerkennungsfähiges ausländisches Scheidungsurteil rechtskräftig geschieden und ein im Inland anhängiger Scheidungsantrag dadurch gegenstandslos wird. Die Zuständigkeit für die fortzuführenden Sachen bleibe nach § 261 Abs. 3 ZPO erhalten. Bei einer derartigen Entscheidung nach § 626 Abs. 2 ZPO bestehe im Übrigen für das angerufene Gericht kein Ermessenspielraum. Abgesehen von schweren Mängeln (verspätet gestellter Antrag, fehlende anwaltliche Vertretung oder treuwidrige Scheidungsantragstellung beim inländischen Gericht in Benachteiligungsabsicht) sei eine den Antrag ablehnende Entscheidung nicht gerechtfertigt.

**Konsequenzen für die Praxis:** Das OLG hat mit der vorliegenden Beschwerdeentscheidung klargestellt, dass in dem in der Praxis nicht gerade seltenen Fall doppelter Rechtshängigkeit bei internationaler Zuständigkeit von Ehesachen im später gegenstandslos gewordenen inländischen Scheidungsverfahren der betroffenen Partei die Fortführung geeigneter Folgesachen (vgl. § 623 ZPO) auf Antrag nach § 626 Abs. 2 Satz 1 ZPO uneingeschränkt vorzubehalten ist, wenn das ausländische Urteil im Inland anerkannt oder jedenfalls anerkennungsfähig ist und die Zuständigkeit des deutschen Gerichts gegenüber der anderen Partei nicht in treuwidriger Benachteiligungsabsicht herbeigeführt wurde. Denn § 626 ZPO ist nicht nur anwendbar, wenn ein Scheidungsantrag abgewiesen wird und die Ehe somit bestehen bleibt, sondern auch, wenn die Ehe bereits anderweitig geschieden ist (BGH v.

14.12.1983 – IVb ZR 26/82, FamRZ 1984, 256 = MDR 1984, 476 = NJW 1984, 2041).

**Beraterhinweis:** Die vorliegende Fallgestaltung der Fortführung einer Folgesache als selbständiger Familiensache beim inländischen Gericht wird bei doppelter internationaler Rechtshängigkeit einer Ehesache nur aufgeworfen, wenn das ausländische Gericht zeitlich vor dem deutschen Gericht über die Ehescheidung entschieden hat und dort keine Folgesachenanträge anhängig waren. Im Grundsatz sieht seit 1.3.2005 Art. 19 Abs. 2 und 3 Brüssel IIa-VO für die Gerichte der EU-Mitgliedsstaaten eine besondere Verfahrensweise zur Regelung von Zuständigkeitskonflikten vor. Sie entspricht der vormaligen Regelung in Art. 11 EheVO, die ab 1.3.2001 anzuwenden war (Art. 46, 42 Abs. 1 EheVO). Das später angerufene Gericht setzt sein Verfahren zunächst aus. Stellt das zuerst angerufene Gericht seine Zuständigkeit in der Folgezeit fest, erklärt sich das später angerufene Gericht für unzuständig. Bleibt dies unbeachtet oder klärt sich die Zuständigkeitsfrage erst im späteren Verlauf der Verfahren zugunsten des ausländischen Gerichts, können im Einzelfall bereits beim inländischen Gericht – unbeschadet der Annexzuständigkeit für Unterhaltssachen nach Art. 5 Nr. 2 EuGVVO – Folgesachenanträge anhängig gemacht worden sein. Das Schicksal derartiger Folgesachenanträge ist für den Fall einer zeitlich früheren Entscheidung eines ausländischen Gerichts über den Scheidungsantrag weder in der Brüssel IIa-VO noch in der vormals geltenden EheVO geregelt. Es beurteilt sich daher allein nach dem inländischen Prozessrecht. Ist die internationale Zuständigkeit des ausländischen Gerichts zweifelhaft und zwischen den Parteien strittig, muss trotz Rechtshängigkeit der Ehescheidung im Ausland erwogen werden, auch beim zuständigen deutschen FamG einen Scheidungsantrag einzureichen, um so jedenfalls für eine Folgesache nach anderweitiger Erledigung des Scheidungsantrags durch ein ausländisches Gericht in Deutschland eine Zuständigkeit für Folgesachenanträge begründen und mit Blick auf §§ 626 Abs. 2 Satz 1, 261 Abs. 3 ZPO und aus Gründen der Prozessökonomie behalten zu können. Wäre dagegen die Frage der internationalen Zuständigkeit unter Anwendung der Brüssel IIa-VO eindeutig zugunsten des ausländischen Forums zu beantworten gewesen, bestünde bei derartigem Vorgehen zur Herbeiführung einer Zuständigkeit für Folgesachen im Inland die Gefahr, wegen Treuwidrigkeit mit einem Fortführungsantrag zu scheitern. ◀

*RiOLG Martin Streicher, Stuttgart*

## ■ Scheidung türkischer Eheleute nach Wechsel der Staatsangehörigkeit

**Wechselt eine Partei nach der Eheschließung die Staatsangehörigkeit (selbst wenn sie Deutscher wird), behält die andere aber die früher gemeinsame (türkische) Staatsangehörigkeit bei, ist im Scheidungsverfahren in Deutschland deutsches Recht anzuwenden.**

OLG Düsseldorf, Urt. v. 9.11.2004 – II-1 UF 183/04 (AG Duisburg – 59 F 128/03)

EGBGB Art. 17 Abs. 1 Satz 2; türk. IPR-G Art. 13 Abs. 2  
*OLGReport Düsseldorf 2005, 40 = FamRZ 2005, 912*  
*Bestell-Nr.: FiE-00015*

**Das Problem:** Beide Parteien leben seit langem in Deutschland; ihre Ehe ist kinderlos. Geheiratet haben sie 1992; damals waren sie türkische Staatsangehörige. Seit dem 29.9.2003 ist der Antragsteller (Ast.) deutscher Staatsbürger; am 30.9.2003 ist er aus der türkischen Staatsangehörigkeit entlassen worden, während die Antragsgegnerin (Ag.) weiterhin Türkin ist. Sein Scheidungsantrag ging am 13.12.2003 bei Gericht ein und wurde am 19.3.2004 seiner Frau zugestellt, die – im Wesentlichen gestützt auf Art. 166 Abs. 2 türk. ZGB – widerspricht und ihren Widerspruch begründet, so wie türkisches Recht das vorsieht, nämlich abgewogen nach Schuldgesichtspunkten. Beim FamG ist der Ast. erfolglos geblieben; maßgeblich sei türkisches Recht.

**Die Entscheidung des Gerichts:** Mit seiner Berufung dringt der Ast. beim OLG Düsseldorf durch, da deutsches Recht Grundlage werde, Art. 13 Abs. 2 türk. IPR-G; zur endgültigen Entscheidung ist die Sache an das FamG zurückverwiesen. Ausgangspunkt für uns ist Art. 17 Abs. 1 EGBGB; bestimmend ist daher zunächst das Recht des Staates, dem beide Parteien angehören, Art. 14 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB, bzw. zuletzt angehört haben, wenn ein Gatte diesem Staat weiterhin angehört. Wir halten die ursprüngliche gemeinsame Heimatstaatsangehörigkeit weiterhin für prägend, wenn entsprechende Veränderungen nur auf einer Seite eingetreten sind, selbst wenn der andere Teil (auch in die deutsche Staatsangehörigkeit) gewechselt ist (Nachw. bei *Siehr* in MünchKomm/BGB, Art. 14 EGBGB Rz. 14 und *von Bar/Mankowski* in Staudinger, 13. Bearb., Art. 14 EGBGB Rz. 47 f.). Mit der Verweisung auf türkisches Recht erfassen wir aber auch die Regeln des dortigen IPR, vgl. Art. 4 Abs. 1 EGBGB (Gesamtverweisung), also Art. 13 türk. IPR-G. Nach Art. 13 Abs. 2 türk. IPR-G ist anders als bei uns bei unterschiedlicher Staatsangehörigkeit der Beteiligten für die Scheidung (gemeinsames) Wohnsitzrecht anzuwenden, wobei der Zeitpunkt der „Klageerhebung“ entscheidet; sie wiederum richtet sich nach den Regeln der VO Nr. 1347/2000 der EU (ab 1.3.2005 nach der VO Nr. 2201/2003), wenn deren sachlichen Voraussetzungen erfüllt sind, also der Ast. (in Ausnahmefällen auch der Ag.) seinen gewöhnlichen Aufenthaltsort in dem Mitgliedstaat genommen hat, in dem das Verfahren betrieben wird, während die Zugehörigkeit zu ihm bedeutungslos bleibt; zur Rechtshängigkeit/Anhängigkeit vgl. Art. 11 VO Nr. 1347/2000: Eingang bei Gericht, nicht Zustellung an die Gegenseite. Dann spielt Art. 17 Abs. 1 Satz 2 EGBGB keine Rolle, a.A. OLG Schleswig v. 19.11.2003 – 12 UF 102/03, OLGReport Schleswig 2004, 7 = FamRB 2004, 187; wie das OLG Düsseldorf auch OLG Frankfurt v. 12.4.1999 – 3 WF 84/99; sonst *Turan-Schmieders/Finger*, FamRBint. 2005, 22 (24).

**Konsequenzen für die Praxis:** Bei Wechsel der zuvor gemeinsamen Staatsangehörigkeit eines Gatten wenden wir im Scheidungsverfahren deutsches Recht an, auch

wenn der andere noch türkischer Staatsangehöriger ist, aber beide in Deutschland ihren Wohnsitz haben. Dann ist wie sonst der Versorgungsausgleich von Amts wegen durchzuführen, nicht nur auf besonderen Antrag, Art. 17 Abs. 3 EGBGB; auch Unterhaltsansprüche nach der Ehescheidung bestimmen sich nach deutschem Recht, Art. 18 Abs. 4 EGBGB, nicht nach den türkischen Vorschriften.

**Beraterhinweis:** Art. 17 Abs. 1 Satz 1 EGBGB – deutsches Recht wird maßgeblich, wenn ein Ehegatte bei der Heirat Deutscher ist oder war – wird im Verhältnis zu Staaten wichtig, die keine – EU: Malta; nicht mehr: Chile, dazu *Samtleben*, StAZ 2004, 300 – Scheidung kennen oder im Vergleich zur Rechtslage bei uns wesentlich strengere Voraussetzungen für sie fordern, aber nicht (etwa) zu Italien, trotz des dort notwendigen vorausgehenden Trennungsverfahrens, dazu zuletzt OLG Hamm v. 20.11.2003 – 4 UF 126/04, IPrax 2004, 4 (allerdings nicht rechtskräftig, BGH – XII ZR 5/04) mit Anm. *Hohloch*, JuS 2004, 827. ◀

*RAin Zümrit Turan-Schnieders/Priv.Do. RA Dr. Peter Finger, FAFamR, Frankfurt a.M.*

**Mehr zum Thema:** Siehe auch OLG Frankfurt v. 27.5.2003 – 3 UF 335/02, FamRZ 2004, 953.

## Keine PKH bei fehlender Anerkennungsfähigkeit deutschen Scheidungsurteils im Heimatland

**Beruhet die internationale Zuständigkeit für ein Scheidungsverfahren auf dem gewöhnlichen Inlandsaufenthalt eines Drittstaatangehörigen, so kann dessen Antrag auf Prozesskostenhilfe gleichwohl abgelehnt werden, wenn das deutsche Scheidungsurteil im gemeinsamen Heimatstaat nicht anerkannt wird und ein Interesse an einer in ihrer Wirkung auf Deutschland beschränkten Ehescheidung nicht ersichtlich ist.**

OLG Stuttgart, Beschl. v. 23.2.2004 – 17 WF 31/04  
(AG Heilbronn – 7 F 50/04)  
ZPO §§ 114 ff.; Brüssel II-VO  
*OLGReport Stuttgart 2005, 55 = FamRZ 2004, 1382*  
Bestell-Nr.: FiE-00014

**Das Problem:** Beide Parteien sind Staatsangehörige der BR Jugoslawien (im Wesentlichen Serbien/Montenegro); beim AG Heilbronn betreibt die Antragstellerin (Ast.) ihr Scheidungsverfahren und nimmt insoweit erfolglos Prozesskostenhilfe in Anspruch.

**Die Entscheidung des Gerichts:** Auch im Beschwerdeverfahren beim OLG Stuttgart bleibt die Ast. ohne Erfolg. Die internationale Zuständigkeit des angerufenen AG ergibt sich nicht aus § 606a Abs. 1 Nr. 4 ZPO (danach wäre sie nicht begründet gewesen, weil die Anerkennung des deutschen Urteils im gemeinsamen Heimatstaat „offensichtlich“ nicht gesichert war, negative Anerkennungsprognose), sondern aus den Regeln der VO Nr. 1347/2000 der EU, ABl. EG 2000 L 160 S 19, Brüssel II, die in ihrem Anwendungsbereich nicht auf Staatsangehörige der (je-

weiligen) Mitgliedstaaten beschränkt ist (EU-Staaten außer Dänemark), sondern, wenn ihre eigenen Voraussetzungen erfüllt sind, auch Zugehörige zu Drittstaaten erfasst (dazu *Finger*, FamRBint. 2005, 13 [14 Fn. 13] und AG Leverkusen v. 13.5.2004 – 34 F 247/03, FamRZ 2004, 1493). Seit mehr als einem Jahr hält sich die Ast. in Deutschland gewöhnlich auf; dann kann sie ihr Scheidungsverfahren bei deutschen Gerichten führen, Art. 2 fünfter Spiegelstrich EheGVO. Prozesskostenhilfe kann sie dagegen nicht beanspruchen, wenn sie kein besonderes Interesse an einem Urteil gerade in Deutschland und an einer auf Deutschland beschränkten, hinkenden Scheidung dartun kann, Mutwilligkeit der beabsichtigten Rechtsverfolgung. Für die BR Jugoslawien ist das deutsche Urteil jedenfalls nicht anerkennungsfähig, da jugoslawische Gerichte alleinige Entscheidungszuständigkeiten in Familiensachen für sich in Anspruch nehmen, wenn (zumindest) der Antragsgegner (Ag.) seinen gewöhnlichen Aufenthalt weiterhin dort hat (vgl. Art. 89 Abs. 2 IPR-G v. 1.1.1983, dazu *Bernreuther* in MünchKomm/ZPO, § 606a Rz. 89 und OLG Karlsruhe v. 2.8.1983 – 18 UF 149/82, FamRZ 1984, 57; OLG Stuttgart v. 7.9.1984 – 17 UF 440/83, IPrax 1984, 277 und ausführl. *Varady*, IPrax 1984, 249 [250]), allerdings mit manchen Einschränkungen, denn der Ag. kann die Anerkennung in Jugoslawien selbst betreiben oder ihr jedenfalls zustimmen bzw. nicht widersprechen (vgl. dazu *Bernreuther* in MünchKomm/ZPO, § 606a Rz. 89).

**Konsequenzen für die Praxis:** Zahlt die Ast. die üblichen Gerichtskosten und kommt sie für die Gebührenforderungen ihres Anwalts auf, kann sie in Deutschland Ehescheidung erreichen; wir unterscheiden daher zwischen „kostenarmen“ und „reichen“ Parteien. Um Prozesskostenhilfe zu erlangen und dem Vorwurf der Mutwilligkeit der beabsichtigten Rechtsverfolgung zu begegnen, hätte die Ast. im Einzelnen dartun müssen, dass sie – ausreichender Inlandsbezug – auf den Betrieb und den Abschluss der Sache in Deutschland angewiesen ist, etwa weil sie in ihr Heimatland nicht zurückkehren kann, die Verhältnisse dort unerträglich sind oder zur praktischen Rechtsverweigerung für sie führen würden (etwa: Somalia; Iran bei Regimegegnern; Palästinensische Autonomiegebiete) u.Ä. Hinkende Rechtsverhältnisse sollten wir vermeiden, wenn nicht der Ast. ausnahmsweise für sich ein besonderes Interesse an dieser Aufspaltung in Anspruch nehmen kann.

**Beraterhinweis:** Ab 1.3.2005 ist die VO Nr. 1347/2000 abgelöst durch die VO Nr. 2201/2003, Brüssel IIa, dazu *Finger*, FamRBint. 2005, 13 (mit erheblichen Erweiterungen für Streitigkeiten um nichteheliche Kinder und isolierte Sorgerechtsachen sowie einem eigenen Verfahren bei Kindesentführung); das dt. AusfG, IntFamRVG, ist ebenfalls zum 1.3.2005 in Kraft getreten, vgl. dazu *Finger*, FamRBint 2005, 36. Übergangsregeln zur VO Nr. 1347/2000 enthalten Art. 64 Abs. 2–4 VO Nr. 2201/2003 und § 55 IntFamRVG sowie zu den Vorschriften des SorgeRÜbkAG (bisherige Grundlage für die Anerkennung und Vollstreckung für Regelungen nach der VO Nr. 1347/2000 in Deutschland) § 56 IntFamRVG. ◀

*Priv.-Doz. RA Dr. Peter Finger, FAFamR, Frankfurt a.M.*

## Personenstandsrecht

### ■ Türkisches Ehenamensrecht verstößt gegen Diskriminierungsverbot

**In der Regelung des türkischen Rechts, wonach Frauen nach der Eheschließung den Namen ihres Mannes führen müssen und ihren Geburtsnamen lediglich voranstellen dürfen, liegt ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot des Art. 14 i.V.m. Art. 8 EMRK.**

EuGHMR, Urt. v. 16.11.2004 – Beschwerde Nr. 29865/96 (Ünal Tekeli ./, Türkei)  
EMRK Art. 8, 14; türk. ZGB a.F. Art. 153; türk. ZGB Art. 187

*FamRZ 2005, 427*

*Bestell-Nr.: FiE-00028*

**Das Problem:** Ist es mit dem Diskriminierungsverbot vereinbar, dass es nach türkischem Namensrecht den Frauen verwehrt ist, nach einer Eheschließung allein ihren Geburtsnamen zu führen, indem sie ihren Geburtsnamen allenfalls dem Ehenamen voranstellen dürfen?

**Die Entscheidung des Gerichts:** Der EuGHMR verneint diese Frage. Die Tradition, die Einheit der Familie nach außen durch die Führung des Mannesnamens zu dokumentieren, beruhe auf der früheren Vormachtstellung des Mannes und der Nachrangigkeit der Frau in der Familie. Dies sei jedoch mit dem Diskriminierungsverbot nicht zu vereinbaren, denn grundsätzlich seien alle gesetzlichen Maßnahmen im Rahmen des Namensrechts dann unzulässig, wenn die eingeräumten Wahlmöglichkeiten nicht Männern und Frauen gleichermaßen offen stünden. Es gebe auch keine objektiven und vernünftigen Gründe, weshalb die Einheit der Familie nur dann gewahrt werden könne, wenn für den Fall, dass sich die Eheleute nicht auf einen gemeinsamen Namen einigen können, der Name des einen Ehepartners dem anderen aufgezwungen werde. Dies gelte auch dann, wenn die Möglichkeit besteht, dass der eine Ehepartner seinen Geburtsnamen voranstellt.

**Konsequenzen für die Praxis:** Der in dieser Entscheidung beanstandete Regelungsgehalt des Ehenamensrechts fand sich in ähnlicher Form auch in der bis 1994 geltenden Fassung des § 1355 Abs. 2 Satz 2 BGB, dessen Verfassungswidrigkeit das Bundesverfassungsgericht 1991 feststellte (BVerfG v. 5.3.1991 – 1 BvL 83/96, MDR 1991, 873 = FamRZ 1991, 535). Auch wenn der EuGHMR den Vertragsstaaten ausdrücklich einen Ermessensspielraum bei der Namensgesetzgebung im Hinblick auf die Kundmachung der Einheit der Familie einräumt, wird dieser doch im Kontext des Diskriminierungsverbots erheblich eingeschränkt. Es ist eine zunehmende Harmonisierung auf diesem Gebiet zu erwarten.

**Beraterhinweis:** Die Rechtsprechung des EuGHMR lässt Unterschiede in der Ehenamensgesetzgebung der Vertragsstaaten nur insoweit zu, als sie nicht einseitig darauf ausgerichtet sind, im Regelfall den Mannesnamen zum

Ehenamen zu bestimmen. So hat der Gerichtshof bereits im Jahre 1994 zur seinerzeit in der Schweiz geltenden Regelung entschieden, dass die Einheit der Familie nicht nur durch die Wahl des Mannesnamens, sondern ebenso gut durch die Wahl des Frauennamens gewahrt werden kann (EuGHMR v. 22.2.1994 – Beschwerde Nr. 49/1992/394/472, Burgharts ./, Schweiz, ÖJZ 1994, 559).◀

*RiAG Andreas Wiegelmann, Köln*

## Erbrecht

### ■ Zugewinnausgleich im Todesfall bei deutsch-österreichischen Erbfällen

**Ist in einem Erbfall österreichisches Erbrecht neben deutschem Güterrecht anzuwenden, scheidet ein Ausgleich des Zugewinns durch Erhöhung der Erbquote gem. § 1371 Abs. 1 BGB aus.**

OLG Stuttgart, Beschl. v. 8.3.2005 – 8 W 96/04  
(LG Ellwangen – 1 T 114/03)

BGB § 1371; EGBGB Art. 14, 15, 25, 220 Abs. 3; österr. IPRG § 28

*Abdruck im OLGReport Stuttgart vorgesehen*

*Bestell-Nr.: FiE-00021*

**Das Problem:** Ein Österreicher verstarb mit letztem Wohnsitz in Deutschland. Er hinterließ eine Ehefrau sowie zwei Kinder. Die Erbfolge beurteilt sich nach österreichischem Recht (Art. 25 Abs. 1 EGBGB, § 28 Abs. 1 österr. IPRG). Danach erben der überlebende Ehegatte zu  $\frac{1}{3}$  (§ 757 Abs. 1 Satz 1 österr. ABGB) und die beiden Kinder zu jeweils  $\frac{1}{3}$  (§ 732 österr. ABGB). Da die Ehegatten im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft des deutschen Rechts lebten (Art. 220 Abs. 3 S. 3, Art. 15 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB), stellt sich die Frage, ob im Erbschein für die Ehefrau ein nach § 1371 Abs. 1 BGB erhöhter Erbteil auszuweisen sei.

Dies setzt zunächst voraus, dass § 1371 Abs. 1 BGB überhaupt anwendbar ist. Wenn diese Vorschrift erbrechtlicher Natur (Art. 25 EGBGB) ist, wäre die Frage zu verneinen, da sich die erbrechtlichen Verhältnisse nach österreichischem Recht beurteilen. Ist die Vorschrift dagegen güterrechtlicher Natur (Art. 15 EGBGB), so käme deren Anwendung in Betracht, da die Ehegatten im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft lebten. Es geht also um die Frage der kollisionsrechtlichen Zuordnung des § 1371 Abs. 1 BGB („Qualifikation“). Ein Teil der Literatur und der Rechtsprechung (OLG Düsseldorf MittRhNotK 1988, 68 [69]; Schotten, Das IPR in der notariellen Praxis, 1995, Rz. 288) vertritt die Auffassung, dass § 1371 Abs. 1 BGB sowohl erbrechtlich als auch güterrechtlich zu qualifizieren (Doppelqualifikation), also nur dann anwendbar sei, wenn sowohl die erbrechtlichen (Art. 25 EGBGB) als auch die güterrechtlichen Verhältnisse (Art. 15 EGBGB) vom deutschen Recht bestimmt würden. Nach dieser Auffassung wäre § 1371 Abs. 1 BGB im vorliegenden Fall

nicht anwendbar, da für die erbrechtlichen Verhältnisse österreichisches Erbrecht gilt. Nach ganz h.M. in der Literatur (Staudinger/Dörner, Art. 25 EGBGB Rz. 34 f.; Palandt/Heldrich, 63. Aufl. 2004, Art. 15 EGBGB Rz. 26; Soergel/Schurig, Art. 15 EGBGB Rz. 38) und einem Teil der Rechtsprechung (OLG Karlsruhe v. 29.6.1989 – 11 W 86/89, NJW 1990, 1421; LG Memmingen IPRax 1985, 42; LG Bonn MittRhNotK 1985, 106; OLG Hamm v. 29.4.1992 – 15 W 114/91, IPRax 1994, 49 [53]; LG Mosbach ZEV 1998, 489 [490]) ist § 1371 Abs. 1 BGB dagegen ausschließlich güterrechtlich zu qualifizieren. Der Zweck der Vorschrift bestehe darin, einen güterrechtlichen Ausgleich im Todesfall zu regeln. Obwohl der Gesetzgeber dies durch eine Erhöhung des gesetzlichen Erbrechts des Ehegatten vorgesehen habe, handele es sich doch um einen güterrechtlichen Ausgleich.

Folgt man der h.M., so stellt sich die weitere Frage, ob auch ein gesetzlicher Erbteil nach ausländischem Recht ein „gesetzlicher Erbteil“ i.S.d. § 1371 Abs. 1 BGB ist (*Substitution*). Dies setzt voraus, dass § 1371 Abs. 1 BGB einer solchen Ersetzung überhaupt zugänglich ist (keine geschlossene Norm) und ein gesetzlicher Erbteil nach ausländischem Recht dem gesetzlichen Erbteil des deutschen Rechts in seiner Funktion gleichwertig ist (zu den Voraussetzungen der Substitution: v. Bar/Mankowski, IPR, Bd. I, 2. Aufl. 2003, § 7 Rz. 240). In Literatur und Rechtsprechung wird dies überwiegend bejaht (LG Bonn MittRhNotK 1985, 106 [107]; LG Mosbach ZEV 1998, 489; Staudinger/Dörner, Art. 25 EGBGB Rz. 34; Palandt/Heldrich, Art. 25 EGBGB Rz. 26), jedenfalls dann, wenn das ausländische Erbrecht dem überlebenden Ehegatten genauso viel (LG Bonn MittRhNotK 1985, 106 [107]) oder nicht wesentlich mehr (Looschelders, IPR, 2004, Art. 15 EGBGB Rz. 12) als das deutsche Recht gewährt.

**Die Entscheidung des Gerichts:** Das OLG folgt der Auffassung der h.M., dass § 1371 Abs. 1 BGB ausschließlich als güterrechtliche Vorschrift i.S.d. Art. 15 EGBGB zu qualifizieren sei.

Nach Ansicht des Gerichts sind aber die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 1371 Abs. 1 BGB nicht erfüllt, wenn der gesetzliche Erbteil einem ausländischen Recht unterliegt. Das OLG verneint damit ganz offensichtlich die Substituierbarkeit des Merkmals „gesetzlicher Erbteil“ i.S.d. § 1371 Abs. 1 BGB durch einen gesetzlichen Erbteil nach ausländischem Recht. Der Erbschein müsse daher die Ehefrau sowie die Kinder als Miterben zu je  $\frac{1}{3}$  ausweisen. Das Gericht weicht mit seiner Auffassung von der h.M., insbesondere der ebenfalls zum österreichischen Recht ergangenen Entscheidung des LG Mosbach, ab. Zu einer Vorlage an den BGH sah sich das Gericht auch im Hinblick auf die o.g. Entscheidung des OLG Düsseldorf, MittRhNotK 1988, 68, aber nicht veranlasst.

Der Zugewinnausgleich sei demnach nicht durch Pauschalierung nach § 1371 Abs. 1 BGB, sondern aufgrund einer konkreten Berechnung nach § 1371 Abs. 2, Abs. 3 BGB (analog) zu ermitteln (vgl. dazu Schotten, MittRhNotK 1987, 15 [18 ff.]).

**Konsequenzen für die Praxis:** Nachdem man bisher in der Praxis davon ausgehen konnte, dass § 1371 Abs. 1 BGB neben einem ausländischen Erbrecht anwendbar ist (vgl. insbesondere die Entscheidung des LG Mosbach

ZEV 1998, 489), wird dieses Rechtsproblem zukünftig in Erbscheinsverfahren wohl häufiger thematisiert werden (näher zu diesem Fragenkomplex und den Lösungsmöglichkeiten bei Nichtanwendbarkeit des § 1371 Abs. 1 BGB durch Erbteilerhöhung demnächst Ludwig in DNotZ). Sofern ein anderes OLG der bisherigen h.M. folgt, wird eine Vorlage an den BGH nach § 28 Abs. 2 FGG zu einer endgültigen Klärung der Rechtslage beitragen.

**Beraterhinweis:** Für den Berater ergibt sich die (sehr schwierige) Aufgabe, das Auseinanderfallen von Erbstatut (Art. 25 EGBGB) und Güterrechtsstatut (Art. 15 EGBGB) möglichst zu vermeiden (näher dazu Mankowski/Osthaus, DNotZ 1997, 10 ff.).

Das *deutsche Recht* erlaubt eine Rechtswahl nur für das in Deutschland belegene unbewegliche Vermögen (Art. 25 Abs. 2 EGBGB). Um einen Gleichlauf mit dem Güterrecht zu erreichen, müsste daneben eine güterrechtliche Rechtswahl für das in Deutschland belegene unbewegliche Vermögen nach Art. 15 Abs. 2 Nr. 3 EGBGB getroffen werden (Mankowski/Osthaus, DNotZ 1997, 10 [13]). Für das sonstige Vermögen gilt das aufgrund objektiver Anknüpfung zu ermittelnde Recht (Art. 25 Abs. 1, Art. 15 Abs. 1 EGBGB). Erbstatut und Güterrechtsstatut werden in aller Regel nur dann bei beiden Ehegatten gleich sein, wenn sie eine gemeinsame Staatsangehörigkeit haben (und bereits bei Eheschließung hatten, vgl. Art. 15 Abs. 1 EGBGB: Anknüpfung an den Zeitpunkt der Eheschließung).

Ein Gleichlauf zwischen Erbrecht und Güterrecht kann für das gesamte Vermögen hergestellt werden, wenn das vom deutschen Kollisionsrecht berufene *ausländische Kollisionsrecht* eine Rechtswahl für den gesamten Nachlass vorsieht (z.B. das italienische Recht, Art. 46 Abs. 2 IPRG); die Rechtswahl führt zu einer Rückverweisung auf das deutsche Recht (Art. 4 Abs. 1 Satz 2 EGBGB; Mankowski/Osthaus, DNotZ 1997, 10 [13]). Den Gleichlauf mit dem Güterrecht erhält man durch eine Rechtswahl nach Art. 15 Abs. 2 Nr. 1, 2 EGBGB. ◀

Notar Dr. Dr. Ingo Ludwig, Völklingen

## FamRBint-Beratungspraxis

### Aktuelle Praxisfragen

#### ■ Grundzüge des polnischen Scheidungs- und Scheidungsfolgenrechts

von Notar Dr. Dr. Ingo Ludwig, Völklingen

In loser Folge wird der FamRBint über das Scheidungs- und Scheidungsfolgenrecht der „neuen“ EU-Mitgliedsstaaten berichten. Die Reihe beginnt mit der Darstellung der einschlägigen Rechtslage in Polen. Dabei ist das am 20.1.2005 in Kraft getretene neue polnische Ehegüterrecht berücksichtigt.

#### I. Vorbemerkung

Die folgenden Ausführungen geben einen Überblick über das polnische Scheidungs- und Scheidungsfolgenrecht.<sup>1</sup> Den einzelnen Materien ist jeweils ein kurzer **Überblick zum deutschen und polnischen Kollisionsrecht**<sup>2</sup> vorangestellt. Bevor man zur Anwendung polnischen Rechts kommt, ist zunächst zu prüfen, welches Recht aufgrund des deutschen IPR überhaupt berufen ist. Sofern diese Prüfung zu einer Verweisung auf polnisches Recht führt, ist grds. zunächst das polnische Kollisionsrecht anzuwenden (vgl. Art. 4 Abs. 1 Satz 1 EGBGB). Dies kann zur Annahme der Verweisung, aber auch zur Rückverweisung auf deutsches Recht führen (vgl. Art. 4 Abs. 1 Satz 2 EGBGB).

#### II. Die Eheauflösung

##### 1. Kollisionsrecht

Die **Scheidung**<sup>3</sup> unterliegt nach Art. 17 Abs. 1 Satz 1 EGBGB dem Recht, das im Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags für die allgemeinen Wirkungen der Ehe (Art. 14 EGBGB) maßgebend ist. Sofern die Ehegatten gemeinsam die polnische Staatsangehörigkeit besitzen oder während der Ehe gemeinsam die polnische Staatsangehörigkeit hatten und ein Ehegatte weiterhin polnischer Staatsangehöriger ist (Art. 14 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB), liegt eine Verweisung auf polnisches Recht vor. Nach Art. 18 poln. IPRG richtet sich die Scheidung nach dem gemeinsamen Heimatrecht der Ehegatten, das zur Zeit der Einreichung<sup>4</sup> des Scheidungsantrags besteht. In Ermangelung eines gemeinsamen Heimatrechts der Ehegatten findet das Recht des Staates Anwendung, in dem die Ehegatten ihren Wohnsitz haben, und, bei Fehlen eines gemeinsamen Wohnsitzes, ist das polnische Recht anwendbar.

Die **Aufhebung** oder **Nichtigerklärung** einer Ehe wegen Fehlern bei der Eheschließung unterliegt dem Eheschließungsstatut nach Art. 13 EGBGB.<sup>5</sup> Sie ist die Kehrseite der formellen und materiellen Eheschließungsvoraussetzungen. Eine vergleichbare Regelung enthält das polnische IPR (Art. 16 poln. IPRG).<sup>6</sup>

##### 2. Scheidungsgründe

Einzigiger Scheidungsgrund ist die **vollständige und dauernde Zerrüttung der Ehe** (Art. 56 § 1 Familien- und Vormundschaftsgesetzbuch – FVGB – vom 25.2.1964).<sup>7</sup> Die Ehe ist zerrüttet, wenn die für die eheliche Gemeinschaft notwendigen Gefühle nicht mehr bestehen. Dauerhaft ist die Zerrüttung, wenn mit einer Rückkehr zur ehelichen Gemeinschaft mit größter Wahrscheinlichkeit nicht mehr zu rechnen ist. Das Gesetz regelt in Art. 56 § 2 und § 3 FVGB **drei negative Scheidungsvoraussetzungen**, die vor polnischen Gerichten **von Amts wegen** zu berücksichtigen sind:<sup>8</sup>

- Gefährdung des Wohls der gemeinschaftlichen minderjährigen<sup>9</sup> Kinder<sup>10</sup>
- Verstoß gegen Grundsätze des gesellschaftlichen Zusammenlebens<sup>11</sup>

1 Vgl. dazu auch *Ludwig*, Anwaltkommentar, Bd. 4 Familienrecht, Länderbericht Polen.

2 Geregelt im Gesetz über das Internationale Privatrecht vom 12.11.1965 (u.a. abgedruckt bei *Riering*, IPR-Gesetze in Europa, 1997, S. 94 ff.), nachfolgend auch „IPRG“ bezeichnet.

3 Als Scheidung i.S.d. Art. 17 Abs. 1 Satz 1 EGBGB gilt auch die Trennung von Tisch und Bett; BGHZ 47, 324 = FamRZ 1967, 452; v. 1.4.1987 – IVb ZR 40/86, MDR 1987, 828 = FamRZ 1987, 793.

4 Vgl. dazu Art. 17 Abs. 1 Satz 1 EGBGB: Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags.

5 *Looschelders*, IPR, 2004, Art. 13 EGBGB Rz. 14.

6 Die materiellen Eheschließungsvoraussetzungen unterliegen dem Heimatrecht eines jeden Ehegatten (Art. 14 IPRG). Die Form der Eheschließung unterliegt dem Recht des Staates, in dem die Ehe geschlossen wurde (Art. 15 § 1 IPRG). Wurde die Ehe außerhalb Polens geschlossen, so genügt die Einhaltung der Formen, die die Heimatrechte der Eheleute vorschreiben (Art. 15 § 2 IPRG).

7 Vgl. zu allem *Hohloch/Nocon* in: Hohloch (Hrsg.), Internationales Scheidungs- und Scheidungsfolgenrecht, 1998, 401 (420 ff.); *Gralla*, ROW 1968, 101 (104).

8 Vgl. *Passauer*, FamRZ 1990, 14 (18).

9 Die Volljährigkeit tritt mit Vollendung des 18. Lebensjahres ein (Art. 10 ZGB).

10 Dies gilt sogar dann, wenn beide Ehegatten die Scheidung begehren; *Passauer*, FamRZ 1990, 14 (18).

11 Hauptanwendungsfall ist die Verhinderung einer Scheidung, die für den anderen Ehegatten zu einer von ihm nicht verschuldeten schwerwiegenden Unbill führen, insbesondere bei schwerer Krankheit eines Ehegatten; *Hohloch/Nocon* in: Hohloch (Hrsg.), Internationales Scheidungs- und Scheidungsfolgenrecht, 1998, 401 (423); Richtlinien des Obersten Gerichtes vom 18.3.1968, abgedruckt bei *Gralla*, JOR IX/1 (1968), 261 (266).

- Antrag desjenigen Ehegatten, der an der Zerrüttung allein schuldig ist<sup>12</sup>.

### 3. Die Trennung von Tisch und Bett

Voraussetzung für den gerichtlichen Ausspruch der Trennung von Tisch und Bett (Art. 61/1–61/6 FVGB)<sup>13</sup> ist eine **vollständige Zerrüttung der ehelichen Gemeinschaft** (Art. 61/1 § 1 FVGB); im Gegensatz zur Scheidung bedarf es jedoch keiner dauerhaften Zerrüttung. Die Trennung von Tisch und Bett darf nicht ausgesprochen werden, wenn durch sie das Wohl der gemeinsamen minderjährigen Kinder gefährdet wäre oder der Trennungsausspruch aus anderen Gründen den Grundsätzen des gesellschaftlichen Zusammenlebens zuwiderliefe (Art. 61/1 § 2 FVGB). Die negative Voraussetzung der Alleinschuld an der Trennung gilt – anders als bei der Scheidung – nicht.<sup>14</sup>

Nach Art. 61/4 § 1 FVGB hat die Trennung von Tisch und Bett grds. die gleichen Folgen wie eine Scheidung. Es bestehen jedoch folgende **Unterschiede zur Scheidung**:

- Durch die Trennung wird das Eheband nicht aufgelöst, so dass ein in Trennung lebender Ehegatte keine neue Ehe eingehen kann; zudem bleiben bestimmte durch die Ehe begründete Pflichten aufrechterhalten (vgl. Art. 61/4 § 3 FVGB zur Beistandspflicht).
- Die Unterhaltspflicht beurteilt sich grds. nach den Vorschriften über den nachehelichen Unterhalt gemäß Art. 60 FVGB; die Beschränkung des Unterhalts des nicht an der Zerrüttung schuldigen Ehegatten auf die Dauer von fünf Jahren nach Art. 60 § 3 FVGB gilt nicht (Art. 61/4 § 3 FVGB).
- Aufgrund der Trennung bestehen weiterhin güterrechtliche Rechtsbeziehungen zwischen den Ehegatten, es tritt allerdings Gütertrennung ein (Art. 61/5 FVGB).
- Ein in Trennung lebender Ehegatte kann nicht seinen früheren Familiennamen nach Art. 59 FVGB annehmen (Art. 61/4 § 5 FVGB).

Obwohl das Eheband formal aufrechterhalten bleibt, bestehen **Unterschiede zu Ehegatten, die nicht von Tisch und Bett getrennt leben**:

12 Trotz bestehender Alleinschuld kann die Ehe geschieden werden, wenn der andere Ehegatte in die Scheidung einwilligt (einverständliche Scheidung) oder die Verweigerung der Einwilligung im konkreten Fall den Grundsätzen des gesellschaftlichen Lebens zuwiderlaufen würde (Art. 56 § 3 FVGB).

13 Näher dazu *Gralla*, StAZ 2000, 42 ff.

14 Wenn jedoch der nichtschuldige Ehegatte dem Trennungsbegehren des alleinschuldigen Ehegatten widerspricht, ist zu prüfen, ob dieses nicht den Grundsätzen des gesellschaftlichen Zusammenlebens zuwiderliefe; *Gralla*, StAZ 2000, 42 (43).

15 *Gralla*, StAZ 2000, 42 (44).

16 Das Gericht kann die Eheschließung jedoch erlauben, wenn die Person nicht vollentmündigt ist und der Gesundheits- oder Geisteszustand weder die Ehe noch die Gesundheit der künftigen Nachkommenschaft gefährdet.

17 Siehe Überblick von *Finger*, FamRB 2003, 134 ff.

18 Siehe Überblick von *Finger*, FamRBint 2005, 13 ff.; 36 ff.

19 Dazu gehört nicht Dänemark.

20 *Looschelders*, IPR, 2004, Art. 17 EGBGB Rz. 67; *Wagner*, IPRax 2001, 73 (79).

- In Trennung lebende Ehegatten können nicht gemeinschaftlich ein Kind adoptieren.<sup>15</sup>
- Die Ehelichkeitsvermutung für ein während der Ehe geborenes Kind gilt nicht, wenn das Kind nach Ablauf von 300 Tagen seit der Rechtskraft der Entscheidung des Gerichtes über die Trennung geboren worden ist (Art. 62 § 1 FVGB).
- In Trennung lebende Ehegatten verlieren wechselseitig das gesetzliche Erbrecht; dies gilt bereits für einen an der Trennung schuldigen Ehegatten, wenn der andere Ehegatte Klage auf Trennung eingereicht hat und zum Zeitpunkt des Todes die Klage begründet war (Art. 940 § 1 ZGB).

### 4. Nichtigkeit der Ehe

Sofern ein in Teil I des 1. Titels des FVGB genanntes **Ehehindernis** bei Eheschließung vorlag (vgl. Art. 17 FVGB), kann eine Ehe für nichtig erklärt werden. Das FVGB enthält folgende Ehehindernisse: Minderjährigkeit (Art. 10 § 1 FVGB), Entmündigung (Art. 11 § 1 FVGB), Geisteskrankheit oder Geistesschwäche (Art. 12 § 1 FVGB);<sup>16</sup> bestehende Ehe (Art. 13 § 1 FVGB), Verwandtschaft oder Schwägerschaft in gerader Linie sowie Verwandtschaft in der Seitenlinie 2. Grades (Art. 14 § 1 FVGB), Verbot der Ehe zwischen Annehmendem und angenommenem Kind (Art. 15 § 1 FVGB), Abgabe der Eheerklärung in einem die bewusste Willensäußerung ausschließenden Zustand, unter dem Einfluss eines Irrtums über die Identität des anderen Beteiligten oder unter dem Einfluss von Drohung durch den anderen Beteiligten oder einen Dritten (Art. 15/1 § 1 Nr. 1–3 FVGB).

### 5. Verfahrensrecht

#### a) Internationale Zuständigkeit

Aufgrund des Vorrangs europarechtlicher Normen vor dem autonomen Recht ist im Bereich der internationalen Zuständigkeit deutscher und polnischer Gerichte für die Ehescheidung in erster Linie die Verordnung (EG) Nr. 1347/2000 des Rates vom 29.5.2000 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung für die gemeinsamen Kinder der Ehegatten („**Brüssel II“-Verordnung**)<sup>17</sup> heranzuziehen. Ab dem 1.3.2005 wurde diese Verordnung durch die Verordnung [EG] Nr. 2201/2003 des Rates vom 27.11.2003 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und zur Aufhebung der Verordnung [EG] Nr. 1347/2000 („**Brüssel IIa“-Verordnung**)<sup>18</sup> ersetzt.

#### b) Anerkennung ausländischer Urteile

Die Entscheidung über die Auflösung einer Ehe vor einem Gericht eines Mitgliedstaates der EU<sup>19</sup> wird nach Art. 14 der VO Nr. 1347/2000 bzw. Art. 21 der VO Nr. 2201/2003 anerkannt, ohne dass es eines besonderen Verfahrens bedarf; es gilt demnach das Prinzip der **Inzidentanerkennung** wie in dem Verfahren durch die Landesjustizverwaltung nach Art. 7 § 1 FamRÄndG.<sup>20</sup> Eine inhaltli-

che Überprüfung der Entscheidung („révision au fond“) findet nicht statt. **Anerkennungshindernisse** sind in Art. 15 Abs. 1 der VO Nr. 1347/2000 bzw. Art. 22 der VO Nr. 2201/2003 enthalten.

### c) Trennung von Tisch und Bett

**Auch deutsche Gerichte** können eine Trennung von Tisch und Bett aussprechen.<sup>21</sup> Die Entscheidung kann analog Art. 17 Abs. 2 EGBGB im Inland **nur durch ein Gericht getroffen** werden.<sup>22</sup> Die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte ergibt sich aus der VO Nr. 1347/2000 bzw. Nr. 2201/2003 der EU, subsidiär aus § 606a ZPO.<sup>23</sup>

## III. Ehegattenunterhalt, Kindesunterhalt

### 1. Kollisionsrecht

Das auf Unterhaltspflichten anwendbare Recht wird nach dem Haager Unterhaltsabkommen von 1973 (HUA) bzw. der nahezu gleich lautenden Regelung in Art. 18 EGBGB ermittelt.<sup>24</sup> Nach Art. 8 HUA ist für die **Unterhaltspflichten zwischen Ehegatten nach einer Ehescheidung, einer gerichtlichen Trennung des Ehebandes** (wie z.B. nach Art. 61/1–61/6 FVGB)<sup>25</sup> **oder aufgrund der Nichtigerklärung oder Ungültigerklärung der Ehe** das Recht<sup>26</sup> anzuwenden, das auf die gerichtliche Entscheidung angewendet worden ist, sofern die Entscheidung im Inland ausgesprochen oder anerkannt worden ist. Maßgebend ist also das Recht, das auf die Scheidung tatsächlich angewendet worden ist, nicht welches hypothetisch anzuwenden gewesen wäre.<sup>27</sup>

Für sonstige Unterhaltsansprüche, zu denen auch der **Trennungunterhalt** gehört, gilt folgende Anknüpfung (Art. 4–6 HUA): In erster Linie ist der gewöhnliche Aufenthalt des Berechtigten maßgebend. Scheidet danach ein Unterhaltsanspruch aus, so ist ersatzweise auf die gemeinsame Staatsangehörigkeit von Unterhaltsberechtigtem und Unterhaltsschuldner abzustellen. Kommt auch danach ein Anspruch nicht in Betracht, so ist ersatzweise deutsches Recht anzuwenden.

Nach **Art. 18 Abs. 5 EGBGB**<sup>28</sup> ist deutsches Recht anzuwenden, wenn sowohl der Berechtigte als auch der Verpflichtete Deutsche<sup>29</sup> sind und der Verpflichtete seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hat. Diese vorrangige Anknüpfung gilt sowohl gegenüber dem allgemeinen Unterhalt nach Art. 4 HUA als auch gegenüber dem Scheidungsunterhalt nach Art. 8 HUA.<sup>30</sup>

Das HUA gilt **seit dem 1.5.1996** auch in Polen. Aufgrund eines Vorbehalts der Republik Polen gemäß Art. 14 Nr. 3 HUA gilt das Abkommen **jedoch nicht für Unterhaltspflichten zwischen geschiedenen oder ohne Auflösung des Ehebandes getrennten Ehegatten oder zwischen Ehegatten, deren Ehe für nichtig oder als ungültig erklärt worden ist, wenn** das Erkenntnis auf Scheidung, Trennung, Nichtigkeit oder Ungültigkeit der Ehe in einem **Versäumnisverfahren in einem Staat** ergangen ist, **in dem die säumige Partei nicht ihren gewöhnlichen Aufenthalt hatte**.<sup>31</sup> Wenn ein deutscher Ehegatte vor einem deutschen Gericht eine Scheidung aufgrund eines Versäumnisurteils gegen den zu diesem Zeitpunkt bereits in

Polen lebenden polnischen Ehegatten erwirkt, wendet ein polnisches Gericht für den nahehelichen Unterhalt nicht deutsches Recht nach Art. 8 HUA an. Für die Unterhaltspflichten gilt statt dessen das allgemeine Scheidungsstatut nach Art. 18 poln. IPRG.<sup>32</sup>

Die Republik Polen hat auch von dem Vorbehalt nach Art. 15 HUA Gebrauch gemacht. Danach **gilt für sämtliche Unterhaltspflichten polnisches Recht, wenn sowohl der Berechtigte als auch der Verpflichtete polnische Staatsangehörige sind und der Verpflichtete seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Polen hat**.

### 2. Der Ehegattenunterhalt während der Ehe

Während bestehender Ehe haben die Ehegatten die Pflicht, nach Kräften und Erwerbs- und Vermögensmöglichkeiten zur Befriedigung der Bedürfnisse der Familie beizutragen. Die Pflicht kann auch ganz oder teilweise durch persönliche Bemühung um die Erziehung der Kinder und durch Arbeitsleistung im gemeinsamen Hausstand erfolgen (Art. 27 FVGB). Voraussetzung eines Unterhaltsanspruchs aus der vorstehend genannten ehelichen Pflicht, die während bestehender Ehe – auch während des Getrenntlebens – gilt, ist die **Unfähigkeit des Berechtigten, seine Lebensbedürfnisse selbst erfüllen zu können**; auf die Bedürftigkeit oder ein Verschulden hinsichtlich der Trennung kommt es dagegen nicht an. Allerdings

21 Allgemeine Ansicht seit BGHZ 47, 324.

22 *Heldrich* in Palandt, 64. Aufl. 2005, Art. 17 EGBGB Rz. 15.

23 Zu § 606a ZPO: BGH v. 1.4.1987 – IVb ZR 40/86, MDR 1987, 828 = FamRZ 1987, 793; OLG Karlsruhe v. 21.3.1991 – 2 UF 45/90, FamRZ 1991, 1308.

24 Wegen des Vorrangs staatsvertraglicher Kollisionsnormen nach Art. 3 Abs. 2 Satz 1 EGBGB ist grds. auf die Normen des Unterhaltsabkommens abzustellen.

25 Dagegen unterfällt der Trennungunterhalt wie nach § 1361 BGB der Regelanknüpfung nach Art. 4 HUA.

26 Gemeint sind die Sachvorschriften. Eine Rück- oder Weiterverweisung ist ausgeschlossen; BGH v. 6.11.1991 – XII ZR 240/90, MDR 1992, 710 = FamRZ 1992, 298; *Henrich*, Internationales Familienrecht, 2. Aufl. 2000, § 5 II 5.

27 BGH v. 18.7.2001 – XII ZR 87/99, MDR 2001, 1371 = BGH-Report 2001, 979 = NJW 2002, 145; v. 27.3.1991 – XII ZR 113/90, MDR 1991, 1066 = NJW 1991, 212 (213); *Göppinger/Wax-Linke*, Unterhaltsrecht, 8. Aufl. 2003, Rz. 3059, 3065.

28 Diese Vorschrift beruht auf dem Vorbehalt, den die Bundesrepublik Deutschland aufgrund der Regelung in Art. 15 HUA gemacht hat.

29 Zur Anknüpfung bei Doppelstaatern, die auch die deutsche Staatsangehörigkeit haben, vgl. *Göppinger/Wax-Linke*, Unterhaltsrecht, 8. Aufl. 2003, Rz. 3025.

30 OLG Hamm v. 11.3.1993 – 4 UF 215/92, FamRZ 1994, 573; *Göppinger/Wax-Linke*, Unterhaltsrecht, 8. Aufl. 2003, Rz. 3056; *Heldrich* in Palandt, 64. Aufl. 2005, Art. 18 EGBGB Rz. 13.

31 Übersetzung nach *Jayme/Hausmann*, Internationales Privatrecht und Verfahrensrecht, 12. Aufl. 2004, S. 108.

32 Art. 18 bestimmt: „Die Ehescheidung richtet sich nach dem gemeinsamen Heimatrecht der Ehegatten, das zur Zeit der Einreichung des Scheidungsantrags besteht. In Ermangelung eines gemeinsamen Heimatrechts der Ehegatten findet das Recht des Staates Anwendung, in dem die Ehegatten ihren Wohnsitz haben, und bei Fehlen eines gemeinsamen Wohnsitzes, ist das polnische Recht anwendbar“ (Übersetzung nach *Riering*, IPR-Gesetze in Europa, 1997, S. 99).

kann **im Einzelfall** die Geltendmachung von Unterhalt den **Grundsätzen des gesellschaftlichen Zusammenlebens widersprechen**.<sup>33</sup>

### 3. Der Ehegattenunterhalt nach der Scheidung

#### a) Zusammenhang mit dem Scheidungsverschulden

Ob und in welchem Umfang ein Ehegatte nach der Ehescheidung<sup>34</sup> Unterhalt von dem anderen Ehegatten verlangen kann, hängt nicht nur von der **Bedürftigkeit** und der **Leistungsfähigkeit** der Ehegatten ab, sondern auch von dem **Verschulden an der Zerrüttung der Ehe**:

- Der Ehegatte, der allein schuldig an der Zerrüttung der Ehe ist, hat keinen Anspruch auf Unterhalt, selbst wenn er bedürftig ist (arg. e Art. 60 § 1 FVGB).<sup>35</sup>
- Trifft die Schuld an der Ehezerüttung ausschließlich denjenigen Ehegatten, von dem Unterhalt begehrt wird, so besteht ein privilegierter Anspruch auf Unterhalt (Art. 60 § 2 FVGB).
- Sind beide Ehegatten an der Ehezerüttung schuld, so kann jeder von ihnen gegen den anderen einen Anspruch auf Unterhalt geltend machen (einfacher Unterhalt, Art. 60 § 1 FVGB).
- Ist kein Ehegatte an der Zerrüttung schuld, so kann jeder von ihnen gegen den anderen einen Anspruch auf Unterhalt geltend machen (einfacher Unterhalt, Art. 60 § 1 FVGB).

33 Zu allem *Gralla* in: Gralla/Leonhardt (Hrsg.), Das Unterhaltsrecht in Osteuropa, 1989, 109 (146 f.).

34 Die nachstehenden Grundsätze gelten für den Unterhalt bei gerichtlicher Trennung von Tisch und Bett (Art. 61/1 ff. FVGB) entsprechend.

35 *Hohloch/Nocon* in: Hohloch (Hrsg.), Internationales Scheidungs- und Scheidungsfolgenrecht, 1998, 401 (434); *Gralla* in: Gralla/Leonhardt (Hrsg.), Das Unterhaltsrecht in Osteuropa, 1989, 109 (148). Diese Regelung verstößt als solches noch nicht gegen den *ordre public*; *Göppinger/Wax-Linke*, Unterhaltsrecht, 8. Aufl. 2003, Rz. 3068. Die Grenze ist nur dann überschritten, wenn ein besonderer Härtefall für den bedürftigen Ehegatten gegeben ist (BGH v. 27.3.1991 – XII ZR 113/90, MDR 1991, 1066 = FamRZ 1991, 925 (927) = NJW 1991, 2212 [2214]), z.B. wenn der bedürftige Ehegatte minderjährige Kinder zu versorgen hat (OLG Düsseldorf v. 9.11.1994 – 5 UF 65/94, OLGReport Düsseldorf 1995, 188 = FamRZ 1995, 885 zum belgischen Recht). Zu den Rechtsfolgen des Eingreifens des *ordre-public-Vorbehalts*: BGH v. 27.3.1991 – XII ZR 113/90, MDR 1991, 1066 = FamRZ 1991, 925 = NJW 1991, 2212.

36 BGH v. 1.4.1987 – IVb ZR 40/86, FamRZ 1987, 793 (795) = NJW 1988, 636 (638); *Heldrich* in Palandt, 64. Aufl. 2005, Art. 17 EGBGB Rz. 18.

37 Zum polnischen Recht: OLG Hamm v. 18.1.1999 – 8 UF 281/98, FamRZ 2000, 29 ff.

38 Vgl. zu allem *Gralla* in: Gralla/Leonhardt (Hrsg.), Das Unterhaltsrecht in Osteuropa, 1989, 109 (119 ff.).

39 *Passauer*, FamRZ 1990, 14 (19).

40 *Gralla* in: Gralla/Leonhardt (Hrsg.), Das Unterhaltsrecht in Osteuropa, 1989, 109 (133).

41 Die Verschlechterung muss ihre Ursache in der Scheidung haben; *Hohloch/Nocon* in: Hohloch (Hrsg.), Internationales Scheidungs- und Scheidungsfolgenrecht, 1998, 401 (437).

42 *Gralla* in: Gralla/Leonhardt (Hrsg.), Das Unterhaltsrecht in Osteuropa, 1989, 109 (149).

Das die Scheidung aussprechende Gericht erkennt auch, ob einen und welchen Ehegatten die Schuld an der Zerrüttung der ehelichen Gemeinschaft trifft (Art. 57 § 1 FVGB). Wird die Scheidung von einem **deutschen Gericht** nach polnischem Recht ausgesprochen, so hat das Gericht **auch den Schuldausspruch zu tenorieren**.<sup>36</sup> Es reicht daher nicht aus, dass sich das Alleinverschulden aus den Entscheidungsgründen des Scheidungsurteils ergibt. Ein im Scheidungsurteil unterbliebener Schuldausspruch kann auch nicht in einem isolierten Verfahren nachgeholt werden.<sup>37</sup>

#### b) Der einfache Anspruch gegen den nicht alleinschuldigen Ehegatten

Ist der Anspruchsgegner nicht allein schuldig an der Zerrüttung der Ehe, so kommt ein Anspruch in Betracht, wenn der Anspruchsteller bedürftig und der Anspruchsgegner leistungsfähig ist (Art. 60 § 1 FVGB).

**Bedürftig**<sup>38</sup> ist, wer seine elementaren Bedürfnisse aus eigenen Kräften und Mitteln nicht befriedigen kann. Die elementaren Bedürfnisse sind nicht an dem Lebensstandard des Verpflichteten orientiert; der Bedarf richtet sich nur nach den Erwerbsmöglichkeiten des bedürftigen Ehegatten.<sup>39</sup> Dem Unterhaltsberechtigten steht ein Anspruch nur dann zu, wenn er die elementaren Bedürfnisse nicht aus seinem eigenen Einkommen und Vermögen befriedigen kann. Der Verpflichtete muss daher alle Einkünfte einsetzen, die er unter zumutbarem Einsatz seiner Kräfte, Ausbildung und anderer Fähigkeiten erzielen kann. Keine einsetzungspflichtigen Einkünfte sind solche Zuwendungen, die nicht aufgrund einer Unterhaltungspflicht oder einer sonstigen Rechtspflicht gemacht werden (freiwillige Zuwendungen). Der Unterhaltsanspruch setzt weiter voraus, dass der Verpflichtete **leistungsfähig**, d.h. in der Lage ist, aus eigenem Einkommen und Vermögen dem anderen Mittel zur Verfügung zu stellen.

Der Unterhaltsanspruch **erlischt**, sobald der Berechtigte eine **neue Ehe** eingeht (Art. 60 § 3 Satz 1 FVGB). Der Anspruch lebt nach Scheidung der zweiten Ehe nicht wieder auf.<sup>40</sup>

Der **einfache Unterhaltsanspruch** gegen den Ehegatten, der nicht für alleinschuldig an der Zerrüttung der Ehe befunden wurde, **erlischt nach Ablauf von fünf Jahren nach der Rechtskraft des Scheidungsurteils** (Art. 60 § 3 Satz 2 FVGB). Das Gericht kann unter Berücksichtigung außerordentlicher Umstände die Frist – auf bestimmte oder unbestimmte Zeit – verlängern.

#### c) Der privilegierte Anspruch gegen den alleinschuldigen Ehegatten

Ist ein Ehegatte für alleinschuldig an der Zerrüttung der Ehe befunden worden, so schuldet er dem anderen Ehegatten auch dann Unterhalt, **wenn durch**<sup>41</sup> die **Scheidung** der Ehe eine **wesentliche Verschlechterung der materiellen Situation des unschuldigen Ehegatten eingetreten** ist (Art. 60 § 2 FVGB); auf dessen Bedürftigkeit kommt es nicht an. Zu vergleichen ist die materielle Lage des nichtschuldigen Ehegatten mit derjenigen, die bestehen würde, wenn die Ehe nicht geschieden worden wäre und die Ehegatten noch zusammen lebten.<sup>42</sup> Art. 60 § 2

FVGB regelt daher einen – im Vergleich zum einfachen Unterhaltsanspruch – **höheren Bedarf**. Der Unterhaltsberechtigte nimmt auch an Verbesserungen des Lebensstandards des alleinschuldigen Ehegatten teil.<sup>43</sup>

#### d) Unterhaltsvereinbarungen

Ein **Verzicht auf Unterhalt** ist **unwirksam**, auch wenn eine Abfindung vereinbart wird.<sup>44</sup> Über den gesetzlichen Anspruch hinaus können Unterhaltsansprüche vertraglich vereinbart oder erweitert werden.<sup>45</sup>

#### e) Bemessung der Unterhaltshöhe durch deutsche Gerichte

Soweit das polnische Unterhaltsrecht auf die Bedürftigkeit des Gläubigers und Leistungsfähigkeit des Schuldners abstellt, kann zur Ausfüllung dieser abstrakten Begriffe **auf die Leitlinien deutscher Oberlandesgerichte abgestellt** werden.<sup>46</sup> Dies kann aber nur **für den privilegierten Unterhaltsanspruch** nach Art. 60 § 2 FVGB<sup>47</sup> gelten, weil hier für den Bedarf – wie im deutschen Recht – auf die ehelichen Lebensverhältnisse abzustellen ist. Steht einem Ehegatten dagegen nur ein **einfacher Unterhaltsanspruch** nach Art. 60 § 1 FVGB zu, so sind durch den Unterhalt **lediglich die elementaren Bedürfnisse zu befriedigen**, die nicht an dem Lebensstandard des Verpflichteten zu orientieren sind.<sup>48</sup> In diesem Fall wird man durch den Unterhalt das Existenzminimum zu sichern haben („**notdürftiger Unterhalt**“).<sup>49</sup>

Bei einem Aufenthalt des Berechtigten in Polen ist eine **Anpassung an die niedrigeren Kaufkraftverhältnisse** vorzunehmen.<sup>50</sup>

#### 4. Unterhaltsanspruch der Mutter eines nichtehelichen Kindes gegen den Vater

Der nichteheliche Vater ist verpflichtet, in einem den Umständen angemessenen Umfang **zu den mit der Schwangerschaft und Entbindung verbundenen Ausgaben sowie zu den Kosten eines dreimonatigen Unterhalts der Mutter im Zeitraum der Geburt beizutragen** (Art. 141 § 1 Satz 1 FVGB). In wichtigen Fällen kann die Mutter eine Beteiligung an den Kosten ihres Unterhalts über diesen Zeitraum hinaus beanspruchen (Art. 141 § 1 Satz 2 FVGB).<sup>51</sup>

#### 5. Kindesunterhalt

##### a) Voraussetzungen

Eltern sind gegenüber einem **Kind, das sich nicht selbst unterhalten kann**, zu Unterhaltsleistungen verpflichtet, es sei denn, dass die Einkünfte aus dem Vermögen des Kindes zur Deckung der Kosten für seinen Unterhalt und seine Erziehung ausreichen (Art. 133 § 1 FVGB). Ist das Kind in der Lage, sich selbst zu unterhalten, so besteht ein Unterhaltsanspruch nur, wenn das Kind **in Not** gerät (Art. 133 § 2 FVGB).<sup>52</sup> Die Dauer der Unterhaltspflicht regelt das Gesetz nicht. **Auch nach Erreichen der Volljährigkeit** besteht die Unterhaltspflicht, wenn das Kind zur **Schule** geht oder an einer **Hochschule** studiert.<sup>53</sup>

##### b) Umfang der Unterhaltspflicht

Der Umfang der Unterhaltspflicht hängt von den **gerechtfertigten Bedürfnissen des Berechtigten** und den **Erwerbs- und Vermögenmöglichkeiten des Verpflichteten** ab (Art. 135 § 1 FVGB). Die Kinder haben Anspruch auf den **gleichen Vermögensstandard wie die Eltern**.<sup>54</sup> Eine prozentuale Festsetzung der Höhe des Unterhalts ist gesetzlich nicht vorgegeben, aber möglich.<sup>55</sup> Die Erfüllung der Unterhaltspflicht kann auch ganz oder teilweise durch persönliche Sorge und Erziehung erfolgen (Art. 135 § 2 FVGB).<sup>56</sup> **Kindergeld** ist nach Auffassung des Obersten Gerichtes bei der Unterhaltsbemessung nicht zu berücksichtigen, kann jedoch den Umfang der Bedürfnisse des Kindes beeinflussen.<sup>57</sup>

Sofern ein **deutsches Gericht über die Höhe des Unterhalts eines in Polen lebenden minderjährigen Kindes zu entscheiden** hat,<sup>58</sup> kann es die in Deutschland gültigen Unterhaltstabellen auch dann heranziehen, wenn sich der Unterhaltsanspruch nach polnischem Recht beurteilt.<sup>59</sup> Bei der Bemessung des Unterhaltsanspruchs eines in Polen lebenden minderjährigen Kindes ist der Unterhaltsbedarf in der Weise zu ermitteln, dass der sich nach deutschem

43 *Passauer*, FamRZ 1990, 14 (19).

44 *Hohloch/Nocon* in: Hohloch (Hrsg.), Internationales Scheidungs- und Scheidungsfolgenrecht, 1998, 401 (438).

45 *Hohloch/Nocon* in: Hohloch (Hrsg.), Internationales Scheidungs- und Scheidungsfolgenrecht, 1998, 401 (442).

46 *Kalthoener/Büttner/Niepmann*, Die Rechtsprechung zur Höhe des Unterhalts, 9. Aufl. 2004, Rz. 265. Zur Unterhaltsbemessung in Fällen mit Auslandsberührung näher *Motzer*, FamRBint 2005, 32 ff.

47 Dazu oben III. 3. c).

48 Dazu oben III. 3. b).

49 Vgl. dazu *Göppinger/Wax-Hoffmann*, Unterhaltsrecht, 8. Aufl. 2003, Rz. 1366.

50 Dazu *Motzer*, FamRBint 2005, 32 (34 f.).

51 Dazu gehört u.a. die Inanspruchnahme unbezahlten Urlaubs, um für das Kind zu sorgen; *Wahler* in: Dopffel (Hrsg.), Kindschaftsrecht im Wandel, Länderbericht Polen, 1994, 511 (531).

52 *Wahler* in Dopffel (Hrsg.), Kindschaftsrecht im Wandel, Länderbericht Polen, 1994, 511 (526).

53 *Wahler* in Dopffel (Hrsg.), Kindschaftsrecht im Wandel, Länderbericht Polen, 1994, 511 (527).

54 *Wahler* in Dopffel (Hrsg.), Kindschaftsrecht im Wandel, Länderbericht Polen, 1994, 511 (527).

55 *Wahler* in Dopffel (Hrsg.), Kindschaftsrecht im Wandel, Länderbericht Polen, 1994, 511 (530).

56 *Wahler* in Dopffel (Hrsg.), Kindschaftsrecht im Wandel, Länderbericht Polen, 1994, 511 (530); *Salustowicz*, Ausgewählte Probleme des polnischen Unterhaltsrechts, in: Dopffel/Bucher (Hrsg.), Unterhaltsrecht in Europa, 1983, 135 (160 ff.).

57 *Wahler* in Dopffel (Hrsg.), Kindschaftsrecht im Wandel, Länderbericht Polen, 1994, 511 (530); *Salustowicz*, Ausgewählte Probleme des polnischen Unterhaltsrechts, in: Dopffel/Bucher (Hrsg.), Unterhaltsrecht in Europa, 1983, 135 (162 f.).

58 Zur Unterhaltsbemessung in Fällen mit Auslandsberührung näher *Motzer*, FamRBint 2005, 32 ff.

59 Vgl. etwa OLG Nürnberg v. 21.10.1996 – 7 UF 2887/96, FamRZ 1997, 1355 f. = NJWE-FER 1997, 102 f.; *Motzer*, FamRBint 2005, 32 (34). Die Bemessung des Unterhalts richtet sich grds. nach dem Unterhaltsstatut (Art. 10 Nr. 1 HUA). Jedoch sind bei der Bemessung des Unterhaltsbedarfs die Bedürfnisse des Berechtigten und die wirtschaftlichen Verhältnisse des Unterhaltsverpflichteten zu berücksichtigen, selbst wenn das anzuwendende Recht etwas anderes bestimmt (Art. 11 Abs. 2 HUA).

Recht auf der Grundlage des Einkommens des Unterhaltspflichtigen ergebende Tabellenunterhalt unter Berücksichtigung der Verbrauchergeldparität und des Wechselkurses derart an die Lebensverhältnisse in Polen angepasst wird, dass dem Kind dort ein **Betrag** zur Verfügung steht, **dessen Kaufkraft dem deutschen Tabellenunterhalt entspricht**.<sup>60</sup> Als angemessen wird angesehen, von dem einschlägigen Tabellensatz der anwendbaren **Düsseldorfer Tabelle** einen **Abschlag** in Höhe von 20 %<sup>61</sup>, 25 %<sup>62</sup>, 30 %<sup>63</sup> oder 1/3<sup>64</sup> vorzunehmen, da der Zahlbetrag des Unterhalts in die polnische Währung umgetauscht werden muss, die Verbrauchergeldparität aber von der Devisenparität abweicht. Es ist dann nämlich eine Anpassung des geschuldeten Unterhalts in Anknüpfung an die Abweichung der Kaufkraftparität vom Devisenkurs erforderlich.<sup>65</sup>

Die Frage der **Anwendbarkeit der RegelbetragVO** bei fremdem Unterhaltsstatut ist streitig und höchstrichterlich noch nicht entschieden; sie hat deshalb im Prozesskostenhilfebewilligungsverfahren außer Betracht zu bleiben und ist im Hauptsacheverfahren zu klären.<sup>66</sup>

## 6. Verfahrensrecht

### a) Internationale Zuständigkeit

Die internationale Zuständigkeit ist in der VO (EG) Nr. 44/2001 des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (**EuGVVO**) geregelt.<sup>67</sup> Hat der Beklagte keinen Wohnsitz in einem Vertragsstaat der EuGVVO, so richtet sich die internationale Zuständigkeit gemäß des Art. 4 nach den eigenen Gesetzen des jeweiligen Staates.

### b) Anerkennung und Vollstreckung von Unterhaltstiteln

Durch die (zu unwesentlichen Teilen) bereits am 21.1.2005 in Kraft getretene, hauptsächlich aber erst zum 21.10.2005 in Kraft tretende **VO (EG) Nr. 805/2004** des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April

2004 **zur Einführung eines europäischen Vollstreckungstitels für unbestrittene Forderungen** soll eine vereinfachte Vollstreckungsmöglichkeit geschaffen werden. Die Verordnung berührt aber nicht die Möglichkeit, die Anerkennung und Vollstreckung einer Entscheidung über eine unbestrittene Forderung, eines gerichtlichen Vergleichs oder einer öffentlichen Urkunde gemäß der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 (EuGVVO) zu betreiben (Art. 27 der VO).

Außerhalb der VO Nr. 805/2004 sowie der VO Nr. 44/2001 können polnische Unterhaltsentscheidungen nach dem Haager Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung von Unterhaltsentscheidungen vom 2.10.1973 (**HUVollstrÜ**)<sup>68</sup> anerkannt und für vollstreckbar erklärt werden. Das Verhältnis dieses Übereinkommens zur VO Nr. 44/2001 (EuGVVO) regelt dessen Art. 71 Abs. 2 Satz 3: Sind der Ursprungsmitgliedstaat und der ersuchte Mitgliedstaat Vertragsparteien eines Übereinkommens über ein besonderes Rechtsgebiet, welches die Voraussetzungen für die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen regelt, so gelten die Voraussetzungen nach diesem besonderen Übereinkommen (hier: des HUVollstrÜ). Daneben können auch die Vorschriften der EuGVVO über die Anerkennung und Vollstreckung angewendet werden (Art. 71 Abs. 3 Satz 4 EuGVVO); es gilt die im konkreten Fall günstigere Regelung.<sup>69</sup>

## IV. Eheliches Güterrecht

### 1. Kollisionsrecht

**Aus Sicht des deutschen Rechts** beurteilt sich das anwendbare Güterrecht nach dem Recht, das zum Zeitpunkt der Eheschließung für die allgemeinen Ehwirkungen nach Art. 14 EGBGB anwendbar ist (Art. 15 Abs. 1 EGBGB). Die Ehegatten können nach Art. 15 Abs. 2 Nr. 1, 2 EGBGB das Recht des Staates wählen, dem einer der Ehegatten angehört oder in welchem zumindest ein Ehegatte seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Weiterhin können die Ehegatten für unbewegliches Vermögen das Recht des Lageortes wählen (Art. 15 Abs. 2 Nr. 3 EGBGB).

**Nach polnischem IPR** beurteilen sich die vermögensrechtlichen Beziehungen der Ehegatten nach ihrem geltenden gemeinsamen Heimatrecht (Art. 17 § 1 Satz 1 IPRG). Beruhen die vermögensrechtlichen Beziehungen auf einem Ehevertrag, so ist das gemeinsame Heimatrecht zum Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrages maßgebend (Art. 17 § 2 IPRG). Haben die Ehegatten zu dem vorgenannten Anknüpfungzeitpunkt keine gemeinsame Staatsangehörigkeit, so gilt ersatzweise das Recht des gemeinsamen Wohnsitzes. Besteht ein solcher nicht, so gilt polnisches Recht (Art. 17 § 3 IPRG). Eine Rechtswahl sieht das polnische Kollisionsrecht nicht vor. Anders als das deutsche IPR ist das Güterrechtsstatut wandelbar; eine Ausnahme gilt nur bei Abschluss eines Ehevertrages (vgl. Art. 17 § 2 IPRG).<sup>70</sup>

### 2. Gesetzlicher Güterstand

Gesetzlicher Güterstand ist die „**gesetzliche Gütergemeinschaft**“.<sup>71</sup> Zum **gemeinschaftlichen Vermögen (Errungenschaft)** gehört alles, was nicht Sondervermögen eines jeden Ehegatten ist. Dazu gehören alle Vermö-

60 OLG Hamm v. 17.11.1999 – 5 UF 96/99, OLGReport Hamm 2000, 59 = OLGReport Hamm 2000, 59 ff.

61 KG v. 7.9.2001 – 3 UF 9399/00, FamRZ 2002, 1057 f.

62 OLG Koblenz v. 17.1.1995 – 15 UF 885/94, FamRZ 1995, 1439 f.

63 OLG Nürnberg v. 21.10.1996 – 7 UF 2887/96, FamRZ 1997, 1355 f = NJWE-FER 1997, 102 f.

64 OLG Celle v. 16.4.1998 – 18 UF 273/97, OLGReport Celle 1998, 149 f.

65 KG v. 7.9.2001 – 3 UF 9399/00, FamRZ 2002, 1057 f.

66 OLG Hamm IPRax 2002, 529 f.

67 Aus Art. 5 Nr. 2 folgt, dass auch Unterhaltssachen zum sachlichen Anwendungsbereich der VO gehören.

68 Das Übereinkommen gilt u.a. in Deutschland und Polen.

69 *Göppinger/Wax-Linke*, Unterhaltsrecht, 8. Aufl. 2003, Rz. 3264.

70 *Andrae*, NotBZ 2001, 44 (48).

71 Da voreheliches Vermögen nicht zum gemeinschaftlichen Vermögen wird, handelt es sich um eine „Errungenschaftsgemeinschaft“; *Gralla*, ZNotP 1998, 136 (137). Durch Gesetz vom 17.6.2004 sind die Vorschriften des Familien- und Vormundrechtsgesetzbuches mit Wirkung ab dem 20.1.2005 teilweise geändert worden; näher dazu *Gralla*, ZNotP 2005, 202 ff.

gensgegenstände, die während der Dauer der gesetzlichen Gütergemeinschaft von beiden Ehegatten gemeinsam oder von einem Ehegatten erworben werden, das von jedem Ehegatten bezogene Arbeitsentgelt<sup>72</sup> und die Einkünfte aus sonstiger Erwerbstätigkeit, Einnahmen aus dem gemeinschaftlichen Vermögen sowie dem persönlichen Vermögen eines jeden Ehegatten sowie das auf dem Konto des offenen oder des Arbeitnehmer-Pensionsfonds angesammelte Guthaben jedes Ehegatten.<sup>73</sup>

**Sondervermögen** gehört jedem Ehegatten und verbleibt ihm nach der Scheidung; es ist in Art. 33 FVGB abschließend aufgezählt: voreheliches Vermögen (Nr. 1), durch Schenkung oder Erbschaft erworbenes Vermögen, sofern der Schenker bzw. Erblasser nichts anderes bestimmt hat (Nr. 2),<sup>74</sup> Vermögensgegenstände, die sich aus einer besonderen Vorschriften unterstehenden Gesamthandsgemeinschaft ergeben, so namentlich aus einer Gesellschaft des Zivilrechts (Art. 860 ff. ZGB) zwischen den Ehegatten untereinander oder zwischen einem oder beiden Ehegatten und einem Dritten (Nr. 3), Vermögensgegenstände, die ausschließlich der Befriedigung der persönlichen Bedürfnisse eines Ehegatten dienen (Nr. 4), unveräußerliche Rechte, die nur einer Person zustehen (Nr. 5),<sup>75</sup> Schadenersatzleistungen für Körperverletzungen oder Gesundheitsschäden sowie Schmerzensgeld, nicht aber Erwerbsunfähigkeitsrenten oder Zahlungen wegen vermehrten Bedarfs oder geminderter Erwerbsmöglichkeiten (Nr. 6), Ansprüche auf Arbeitsentgelt oder auf Vergütung für andere Erwerbstätigkeit (Nr. 7),<sup>76</sup> Vermögensgegenstände, die von einem Ehegatten als Belohnung für persönliche Erfolge erbracht worden sind (Nr. 8), Urheber-, Erfinder-, Gebrauchsmusterrechte, Rechte des gewerblichen Eigentums u.a. (Nr. 9), sowie die im Austausch für Bestandteile des persönlichen Vermögens erworbenen Vermögensgegenstände, sofern besondere Vorschriften nichts anderes vorsehen (Nr. 10).

**Gegenstände des ehelichen Haushalts** sind gemeinschaftliches Vermögen. Dies gilt auch dann, wenn die Gegenstände durch Schenkung oder Erbschaft erworben werden, es sei denn der Schenker bzw. Erblasser hat etwas anderes bestimmt (Art. 34 FVGB).

### 3. Vertragliches Güterrecht

Durch notariell beurkundeten Ehevertrag (der auch vor der Ehe abgeschlossen werden kann) können die Ehegatten die **Gütergemeinschaft erweitern** (Grenzen: Art. 48 FVGB<sup>77</sup>), oder **einschränken** (Art. 47 FVGB), vollständige Gütertrennung (Art. 51–51/1 FVGB) oder Gütertrennung mit Zugewinnausgleich<sup>78</sup> (Art. 51/2–51/5 FVGB) vereinbaren. Der Güterstand kann jederzeit geändert oder aufgelöst werden. Bei Auflösung des Güterstandes tritt die gesetzliche Gütergemeinschaft ein, sofern die Ehegatten nichts anderes vereinbart haben.<sup>79</sup> Einem Dritten gegenüber können sich die Ehegatten auf den von ihnen vereinbarten Güterstand nur berufen, wenn er diesem bekannt war.<sup>80</sup>

### 4. Die Güterteilung

Die **Gütergemeinschaft endet mit der Rechtskraft des Scheidungsurteils**.<sup>81</sup> Während des Bestehens der Ehe

kann die Gütergemeinschaft bei Vorliegen eines wichtigen Grundes aufgrund gerichtlichen Urteils aufgehoben oder kraft Gesetzes aufgrund einer Entmündigung, der Eröffnung des Konkurses oder der gerichtlich ausgesprochenen Trennung von Tisch und Bett beendet werden (Art. 52 ff. FVGB); für die Zukunft tritt Gütertrennung ein.<sup>82</sup> Diese Grundsätze gelten für die gesetzliche sowie für die vertragliche Gütergemeinschaft. Aufgrund der Aufhebung der Gütergemeinschaft bedarf es einer güterrechtlichen Teilung hinsichtlich des gemeinschaftlichen Vermögens.<sup>83</sup> Mit der Beendigung der Gütergemeinschaft sind für die Abwicklung des Vermögens, das ihr unterworfen war, grds. die Vorschriften über das **Miteigentum nach Bruchteilen** nach Art. 197 ff. ZGB anwendbar (Art. 42 FVGB). Subsidiär gelten die Regelungen über die Nachlassteilung (Art. 1035 ff. ZGB) entsprechend (Art. 46 FVGB).

**Grundsätzlich** haben beide Ehegatten **gleiche Anteile an dem Gemeinschaftsvermögen** (Art. 43 § 1 FVGB). **Auf Antrag** eines jeden Ehegatten kann das Gericht die Anteile an dem Gemeinschaftsvermögen **abweichend unter Berücksichtigung des Beitrags** bestimmen, den ein jeder der Ehegatten zur Bildung des Gemeinschaftsvermögens geleistet hat (Art. 43 § 2 FVGB). Dazu ist auch der persönliche Arbeitsaufwand bei der Erziehung der Kinder oder im gemeinsamen Haushalt zu berücksichtigen (Art. 43 § 3 FVGB).

Der **Ausgleich von Vermögensverschiebungen zwischen dem Gesamtgut und dem Sondergut** ist wie folgt geregelt.<sup>84</sup> Jeder der Ehegatten hat die Auslagen und Aufwendungen zu erstatten, die aus dem Gemeinschaftsvermögen für sein Sondervermögen erbracht worden sind.

72 Dagegen gehören nach Art. 33 Nr. 8 FVGB Ansprüche auf Entgelt für Arbeits- oder andere Dienstleistungen, die von einem Ehegatten persönlich erbracht worden sind, zum Sondervermögen.

73 *Gralla*, ZNotP 2005, 202 (203).

74 Vgl. aber die Regelung bei Hausratsgegenständen: Art. 34 FVGB; dazu unten im Text.

75 Z.B. Nießbrauch (Art. 254 ZGB) oder persönliche Dienstbarkeit (Art. 300 ZGB); *Gralla*, ZNotP 2005, 202.

76 Näher dazu *Hohloch/Nocon* in: Hohloch (Hrsg.), Internationales Scheidungs- und Scheidungsfolgenrecht, 1998, 401 (444) Fn. 150.

77 Die Gütergemeinschaft kann nicht erweitert werden auf (zwingendes Sondervermögen) das in Art. 33 Nr. 2, Nr. 3, Nr. 5, Nr. 6 bezeichnete Sondervermögen sowie noch nicht fällige Ansprüche nach Art. 33 Nr. 7 FVGB.

78 Näher dazu *Gralla*, ZNotP 2005, 202 (205).

79 *Gralla*, ZNotP 2005, 202 (204).

80 *Gralla*, ZNotP 2005, 202 (204). Güterrechtsregister sind nicht vorgesehen.

81 Obwohl diese Rechtsfolge im Gesetz nicht ausdrücklich angeordnet ist, wird sie allgemein als richtig anerkannt; *Stecki*, ZVglRWiss 82 (1983), 216 (222).

82 *Gralla*, ZNotP 2005, 202 (205).

83 Beim Güterstand der Gütertrennung (Art. 51 FVGB) bedarf es keiner güterrechtlichen Teilung. Sofern die Ehegatten gemeinschaftliches Vermögen in Bruchteilsgemeinschaft erworben haben, bedarf es einer Auseinandersetzung dieser Bruchteilsgemeinschaft, für die die allgemeinen Regeln gelten (Art. 210 ff. ZGB).

84 Zum Ganzen *Gralla*, ZNotP 2005, 202 (204).

Jeder der Ehegatten kann die Erstattung der Auslagen und Aufwendungen beanspruchen, die er aus seinem Sondervermögen für das Gemeinschaftsvermögen erbracht hat. Davon ausgenommen sind zur Befriedigung der Familienbedürfnisse getätigte Auslagen und Aufwendungen, sofern sie nicht den Wert des Vermögens im Zeitpunkt der Beendigung der Gütergemeinschaft vergrößert haben.

## V. Ehegattenerbrecht

### 1. Kollisionsrecht

Das Erbrecht bestimmt sich nach dem **Recht des Staates, dem der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes angehörte** (Art. 25 Abs. 1 EGBGB). Diese Anknüpfung gilt auch im polnischen Recht (Art. 34 IPRG). Nach deutschem Recht kann ein polnischer Staatsangehöriger für die Rechtsnachfolge von Todes wegen in sein in Deutschland belegenes unbewegliches Vermögen das deutsche Recht wählen (Art. 25 Abs. 2 EGBGB); dadurch tritt eine **Nachlassspaltung** ein. Eine Rechtswahl ist nach polnischem Recht nicht möglich.

### 2. Scheidungsverfahren und gesetzliches Ehegattenerbrecht

Der Ehegatte des Erblassers ist **von der Erbfolge ausgeschlossen**, wenn der Erblasser aufgrund Verschuldens des Ehegatten die Scheidungsklage eingereicht hat und das Scheidungsbegehren begründet gewesen ist (Art. 940 § 1 ZGB). Der Ausschluss von der Erbfolge tritt nicht ipso iure ein, sondern nur aufgrund einer gerichtlichen Entscheidung. Die Entscheidung kann jeder herbeiführen, der zusammen mit dem Ehegatten zur gesetzlichen Erbfolge berufen ist. Die Klage kann nur binnen sechs Monaten seit dem Tage, an dem der Erbe Kenntnis vom Erbfall erhalten

hat, höchstens binnen eines Jahres ab dem Erbfall (Art. 940 § 2 ZGB), erhoben werden.

Wurde die **Scheidungsklage vor einem deutschen Gericht anhängig** gemacht, so kommt es für das Erfüllen der Voraussetzungen i.S.d. Art. 940 § 1 ZGB (Substitution) auf das Recht an, das auf die Scheidung von dem deutschen Gericht nach seinem Kollisionsrecht hätte angewendet werden müssen. Führt demnach die Anwendung des Art. 17 Abs. 1 EGBGB zum deutschen Recht, so ist die hypothetische Begründetheit des Scheidungsantrags nach §§ 1565 ff. BGB zu beurteilen. Das Verschulden an der Ehescheidung muss als eigenständige tatbestandliche Voraussetzung des polnischen Rechts gegeben sein.

## VI. Hausrat und Ehwohnung

### 1. Kollisionsrecht

**Bis zum In-Kraft-Treten des Art. 17a EGBGB in der Fassung vom 1.1.2002** war umstritten, nach welchem Recht die Regelung der (vorläufigen) Nutzung und (endgültigen) Zuweisung an Hausrat und Ehwohnung zu beurteilen ist. Die Zuweisung der Nutzung nach einer rechtsgültigen Scheidung wurde nach ganz h.M.<sup>85</sup> dem Scheidungsstatut nach Art. 17 Abs. 1 EGBGB zugeordnet; dazu gehörten auch die Rechtsverhältnisse am Hausrat. Umstritten war dagegen, nach welchem Recht sich die Zuweisung von Hausrat und Ehwohnung vor Rechtskraft des Scheidungsurteils beurteilt. Nach h.M.<sup>86</sup> gilt das allgemeine Ehwirkungsstatut nach Art. 14 EGBGB, während nach der Gegenauffassung<sup>87</sup> das Unterhaltsstatut anwendbar ist.

**Nach Art. 17a EGBGB<sup>88</sup>** unterliegen die Nutzungsbefugnis für die **im Inland belegene Ehwohnung und den im Inland befindlichen Hausrat** sowie damit zusammenhängende Betretungs-, Näherungs- und Kontaktverbote den **deutschen Sachvorschriften**. Art. 17a EGBGB erklärt einseitig die deutschen Sachvorschriften (§§ 1361a, 1361b BGB, HausratsVO sowie die §§ 1–3 GewSchG) für anwendbar; es handelt sich um eine einseitige (unvollkommene) Kollisionsnorm, die nicht analogiefähig ist („Exklusivnorm“). Der Anwendungsbereich des Art. 17a EGBGB ist weit auszulegen und nicht auf die Fälle gewaltbezogener richterlicher Anordnungen beschränkt.<sup>89</sup> Er erfasst damit Anordnungen einer vorläufigen Nutzung (bei Trennung) sowie die endgültige Zuweisung (bei Scheidung) des im Inland belegenen Hausrats und der im Inland belegenen Ehwohnung.<sup>90</sup> Daneben ist kein Raum für eine Anwendung von Art. 14, 17 oder 18 EGBGB.<sup>91</sup> Für **im Ausland belegenen Hausrat sowie die im Ausland belegene Ehwohnung** gelten dagegen weiterhin die allgemeinen Anknüpfungen nach Art. 14 EGBGB (bei Trennung) bzw. Art. 17 Abs. 1 Satz 1 EGBGB (bei Scheidung).<sup>92</sup>

Ein Qualifikationskonflikt besteht hinsichtlich der **Verteilung des in Deutschland belegenen Hausrats** nach Ehescheidung, **wenn aus der Sicht des deutschen IPR für die Ehegatten polnisches Güterrecht gilt**. Aus der Sicht des nach Art. 15 EGBGB berufenen polnischen Güterrechts unterliegt der Hausrat der güterrechtlichen Teilung nach Art. 42–46 FVGB.<sup>93</sup> Nach Art. 17a EGBGB gelten für die Zuteilung des Hausrats jedoch die Bestim-

85 OLG Karlsruhe v. 29.10.1999 – 2 UF 259/98, OLGReport Karlsruhe 2000, 341 = FamRZ 2000, 1577; FamRZ 1997, 33 = NJW 1997, 202; OLG Köln v. 29.6.1994 – 26 WF 84/94, FamRZ 1994, 1476; OLG Düsseldorf v. 5.10.1992 – 5 UF 102/92, OLGReport Düsseldorf 1993, 76 = FamRZ 1993, 575; Heldrich in Palandt, 64. Aufl. 2005, Art. 17 EGBGB Rz. 17.

86 OLG Celle v. 14.1.1998 – 19 UF 289/97, FamRZ 1999, 443; OLG Stuttgart v. 10.9.1997 – 17 WF 210/97, 17 WF 211/97, FamRZ 1998, 1321 (1322), OLG Frankfurt v. 29.3.1993 – 1 UF 29/93, FamRZ 1994, 633 (634); OLG Hamm v. 11.7.1989 – 7 UF 140/89, FamRZ 1990, 54 (55); KG v. 5.4.1991 – 17 UF 827/91, FamRZ 1991, 1190; Heldrich in Palandt, 64. Aufl. 2005, Art. 14 EGBGB Rz. 18; Looschelders, IPR, 2004, Art. 14 EGBGB Rz. 5.

87 OLG Düsseldorf v. 2.5.1990 – 7 WF 41/90, NJW 1990, 3091 (3092); OLG Hamm v. 15.11.1988 – 4 UF 348/88, FamRZ 1989, 621; OLG Karlsruhe v. 2.9.1992 – 16 WF 93/92, IPRax 1993, 417; OLG Koblenz v. 26.11.1990 – 11 UF 1124/90, NJW-RR 1991, 522.

88 Am 1.1.2002 im Zusammenhang mit dem Gewaltschutzgesetz in Kraft getreten.

89 *Otte* in: Bamberger/Roth, 2003, Art. 17a EGBGB Rz. 13.

90 *Otte* in: Bamberger/Roth, 2003, Art. 17a EGBGB Rz. 7; Looschelders, IPR, 2004, Art. 17a EGBGB Rz. 4.

91 *Otte* in: Bamberger/Roth, 2003, Art. 17a EGBGB Rdnr. 13.

92 Dazu oben im Text; Looschelders, IPR, 2004, Art. 17a EGBGB Rz. 6.

93 Vgl. unten VIII. 2.

mungen über die Hausratsverordnung. Dieser Konflikt ist dahin gehend aufzulösen, dass nur die Vorschriften über die Hausratsverordnung zur Anwendung kommen können und die polnischen Vorschriften über die güterrechtliche Verteilung verdrängen.<sup>94</sup>

## 2. Regelungsbefugnisse polnischer Gerichte

Die Verteilung des **Hausrats** unterliegt den Bestimmungen über die Auseinandersetzung der Gütergemeinschaft, sofern es sich nicht ausnahmsweise um Sondergut eines Ehegatten handelt (vgl. Art. 34 FVGB).<sup>95</sup>

Im Zusammenhang mit der Ehescheidung können polnische Gerichte unterschiedliche Anordnungen hinsichtlich der Nutzung der **Ehewohnung** treffen (Art. 58 § 2 FVGB), wobei sie in erster Linie die Bedürfnisse der Kinder und des Ehegatten, dem die elterliche Gewalt übertragen wird, zu berücksichtigen haben (Art. 58 § 4 FVGB). Das Gericht regelt die Nutzung der Ehewohnung von Amts wegen (Satz 1)<sup>96</sup>. Dies gilt unabhängig davon, ob die Ehegatten Eigentümer, Mieter oder Dienstbarkeitsberechtigte sind oder aufgrund eines sonstigen Rechtstitels die Wohnung nutzen.<sup>97</sup> Auf Antrag eines Ehegatten kann das Gericht den Auszug des anderen Ehegatten anordnen, wenn dieser durch sein offensichtlich vorwerfbares Verhalten das gemeinsame Bewohnen unmöglich macht (Satz 2).<sup>98</sup> Auf übereinstimmenden Antrag beider Ehegatten kann das Gericht die Teilung der gemeinsamen Wohnung anordnen oder die Wohnungen einem Ehegatten zusprechen, wenn der andere Ehegatte zum Auszug bereit ist, ohne dass ihm Tauschräume und eine Ersatzunterbringung beschafft werden. Eine solche Teilung bzw. Zuteilung kommt in Betracht, wenn die Wohnung im gemeinsamen Eigentum der Ehegatten steht, wenn die Wohnung beiden Ehegatten kraft Mitgliedschaft zu einer Wohnungsgesellschaft zusteht oder wenn beide Ehegatten gemeinsame Mieter oder kraft hoheitlicher Zuweisung zur gemeinschaftlichen Bewohnung berechtigt sind.<sup>99</sup>

## VII. Der Ausgleich von Versorgungsleistungen

### 1. Kollisionsrecht

Das für den Versorgungsausgleich maßgebende Recht bestimmt sich nach dem Scheidungsstatut (Art. 17 Abs. 3 Satz 1 EGBGB).<sup>100</sup> Dieses wiederum orientiert sich an dem Ehwirkungsstatut, das im Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags gilt. Sofern die Anknüpfung nach Art. 17 Abs. 3 Satz 1 EGBGB zu einer Verweisung auf das polnische Recht führt, ist zu prüfen, ob dieses eine Rück- oder Weiterverweisung ausspricht,<sup>101</sup> obwohl das **polnische Recht keinen Versorgungsausgleich kennt**.<sup>102</sup> Da es eine besondere Kollisionsnorm für den Ausgleich von Versorgungsanswartschaften im polnischen IPR nicht gibt, wird man die allgemeine Kollisionsnorm über die Scheidungsfolgen nach Art. 18 poln. IPRG<sup>103</sup> anwenden können.<sup>104</sup>

Sofern die Verweisung vom polnischen IPR angenommen wird, führt sie ins Leere, weil es im polnischen Recht keine besonderen Vorschriften über einen Versorgungsausgleich gibt. **Auf Antrag**<sup>105</sup> kann unter den Voraussetzungen des Art. 17 Abs. 3 Satz 2 EGBGB ein **Versor-**

**gungsausgleich nach deutschem Recht durchgeführt werden.**

## 2. Kein Versorgungsausgleich im polnischen Recht

Das polnische Recht kennt keine Regelungen über den Ausgleich der Versorgungsanswartschaften im Scheidungsfall.<sup>106</sup> Sie werden auch beim Güterausgleich nicht berücksichtigt; **Anwartschaften auf eine künftige Rente sind Sondervermögen jedes Ehegatten** nach Art. 33 Nr. 8 FVGB.<sup>107</sup> Ansprüche auf künftige Renten werden lediglich mittelbar ausgeglichen, weil sie **bei der Leistungsfähigkeit beim nachehelichen Unterhalt zu berücksichtigen** sind.<sup>108</sup>

94 Betrachtet man das besondere Rechtsinstitut der Verteilung des Hausrats nach Ehescheidung, also ein Rechtsverhältnis, als Gegenstand der Qualifikation (*Grundmann*, Qualifikation gegen die Sachnorm, 1985, S. 33 f., 46) und ordnet man dieses Art. 17a EGBGB zu, so schließt dies die (zusätzliche) güterrechtliche Qualifikation dieses Rechtsinstituts aus.

95 Dazu oben IV. 2.

96 *Hohloch/Nocon* in: Hohloch (Hrsg.), Internationales Scheidungs- und Scheidungsfolgenrecht, 1998, 401 (448).

97 *Hohloch/Nocon* in: Hohloch (Hrsg.), Internationales Scheidungs- und Scheidungsfolgenrecht, 1998, 401 (448). Die Nutzungsregelung greift jedoch nicht in Rechte Dritter (z.B. Vermieter) ein.

98 Diese Anordnungsbefugnis besteht jedoch nicht, wenn die Wohnung im Sondereigentum desjenigen Ehegatten steht, der auszuweisen wäre; *Hohloch/Nocon* in: Hohloch (Hrsg.), Internationales Scheidungs- und Scheidungsfolgenrecht, 1998, 401 (448 f.).

99 *Hohloch/Nocon* in: Hohloch (Hrsg.), Internationales Scheidungs- und Scheidungsfolgenrecht, 1998, 401 (449) unter Verweisung auf die Richtlinien des Obersten Gerichtes.

100 Dazu oben II. 1.

101 *Staudinger/v. Bar/Mankowski*, 13. Bearb., Art. 17 EGBGB Rz. 293; *Klattenhoff*, FuR 2000, 49 (52).

102 OLG Frankfurt v. 22.12.1998 – 2 UF 146/96, FamRZ 2000, 163; OLG Hamm v. 11.3.1993 – 4 UF 215/92, FamRZ 1994, 573; OLG Karlsruhe v. 22.9.1988 – 16 UF 346/87, FamRZ 1989, 399; vgl. auch unten 2.

103 Dazu oben II. 1.

104 *Staudinger/v. Bar/Mankowski*, 13. Bearb., Art. 17 EGBGB R. 297.

105 Im Fall des Art. 17 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 EGBGB ist antragsberechtigt der Ehegatte, dessen Partner während der Ehe ein inländisches Anrecht erworben hat (sofern dies auf beide Ehegatten zutrifft, sind beide antragsberechtigt), im Fall des Art. 17 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 EGBGB sind stets beide Ehegatten antragsberechtigt; *Klattenhoff*, FuR 2000, 108 (109).

106 *Hohloch/Nocon* in: Hohloch (Hrsg.), Internationales Scheidungs- und Scheidungsfolgenrecht, 1998, 401 (447); OLG Hamm v. 11.3.1993 – 4 UF 215/92, FamRZ 1994, 573; OLG Frankfurt v. 23.10.1987 – 2 UF 281/87, FamRZ 1988, 399; OLG Frankfurt v. 22.12.1998 – 2 UF 146/96, FamRZ 2000, 163 ff.; *Klattenhoff*, FuR 2000, 49 (56).

107 *Hohloch/Nocon* in: Hohloch (Hrsg.), Internationales Scheidungs- und Scheidungsfolgenrecht, 1998, 401 (447).

108 *Hohloch/Nocon* in: Hohloch (Hrsg.), Internationales Scheidungs- und Scheidungsfolgenrecht, 1998, 401 (447) unter Verweisung auf die Richtlinien des Obersten Gerichtes.

### 3. Öffentlich-rechtlicher Versorgungsausgleich

Sofern der **Versorgungsausgleich nach deutschem Recht** durchzuführen ist und ein Ehegatte **Anwartschaften in Polen** erworben hat, ist Folgendes zu beachten:<sup>109</sup> Für die **bis zum 31. Dezember 1990** erworbenen Anwartschaften kommt die Durchführung des öffentlich-rechtlichen Versorgungsausgleiches in der Form der Begründung von Anwartschaften in der Bundesrepublik Deutschland nicht in Betracht, wenn sich der ausgleichsberechtigte Ehegatte in Polen aufhält und dort seinen Wohnsitz hat. Dies ergibt sich aus dem Abkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Volksrepublik Polen über Renten und Unfallversicherung vom 9. Oktober 1975 (**Sozialversicherungsabkommen 1975**), das eine Übertragung von Anwartschaften oder eine Begründung von Anwartschaften gemäß § 1587b Abs. 1 oder 2 BGB, § 1 Abs. 2 VAHRG oder auch eine Realteilung nach § 1 Abs. 2 VAHRG nicht vorsieht und Leistungen aus dem Versorgungsausgleich nach Polen verhindert.<sup>110</sup> Eine Rechtsänderung ist jedoch **ab 1. Januar 1991** durch das **Abkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Republik Polen über die soziale Sicherheit vom 8. Dezember 1990**<sup>111</sup> eingetreten.<sup>112</sup> Mit diesem Abkommen wird auch im Bereich der Rentenversicherung das Prinzip des Leistungsexports verwirklicht, wobei der jeweilige Rentenversicherungsträger Leistungen auch dann erbringt, wenn der Berechtigte seinen gewöhnlichen Aufenthalt im anderen Vertragsstaat hat. Das gilt aber nur für die Anwartschaften, die ab 1. Januar 1991 erworben worden sind. Insoweit kann auch ein öffentlich-rechtlicher Versorgungsausgleich durchgeführt werden.

## VIII. Elterliche Sorge

### 1. Kollisionsrecht

Für die Anordnung von Maßnahmen zum Schutz der Person und des Vermögens eines Minderjährigen sind nach

Art. 1 des Haager Minderjährigenschutzabkommens vom 5.10.1961 (**MSA**) die Behörden bzw. Gerichte des Staates zuständig, in dem der Minderjährige seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.<sup>113</sup> Die richterliche Zuweisung der elterlichen Sorge an einen Ehegatten ist als Schutzmaßnahme i.S.d. Art. 1 MSA anzusehen.<sup>114</sup> Nach Art. 2 Abs. 1 MSA hat das Gericht das eigene materielle Recht anzuwenden. Das MSA gilt sowohl in Deutschland als auch in Polen.

### 2. Regelungen im Zusammenhang mit der Scheidung

Die **elterliche Gewalt** (Art. 89–113 FVGB) umfasst die Personensorge,<sup>115</sup> die Vermögenssorge und die gesetzliche Vertretung des Kindes (Art. 95 § 1 FVGB).<sup>116</sup> Sind die Eltern verheiratet, so wird die elterliche Gewalt von beiden Ehegatten ausgeübt (Art. 93 § 1 FVGB). Bei Getrenntleben kann das Vormundschaftsgericht die elterliche Gewalt einem Elternteil übertragen (Art. 107 § 2 FVGB).<sup>117</sup> Bei einer Ehescheidung hat das Gericht von Amts wegen über die elterliche Sorge zu entscheiden (Art. 58 § 1 FVGB).<sup>118</sup> Das Gericht kann die elterliche Sorge beiden Elternteilen übertragen, sie einem Elternteil unter gleichzeitiger Beschränkung der elterlichen Sorge des anderen Elternteils auf bestimmte Rechte und Pflichten gegenüber dem Kind übertragen, einem oder beiden Elternteilen entziehen (Art. 111 § 1, Art. 112 FVGB) oder das Ruhen der elterlichen Sorge eines Elternteils oder beider Eltern anordnen (Art. 110, Art. 112 FVGB).

109 Vgl. OLG Frankfurt v. 22.12.1998 – 2 UF 146/96, FamRZ 2000, 163 ff.

110 OLG Frankfurt v. 22.12.1998 – 2 UF 146/96, FamRZ 2000, 163 ff.; OLG Hamm v. 11.3.1993 – 4 UF 215/92, FamRZ 1994, 573 (579).

111 BGBl. II 1991, 743; in Kraft getreten am 1. Oktober 1991.

112 Vgl. dazu *Rahm/Künkel/Paetzold*, Handbuch des Familienrechts, VIII Rz. 1146 ff., insbesondere 1158 f.

113 Das MSA ist nach Art. 3 Abs. 2 Satz 1 EGBGB gegenüber der allgemeinen Anknüpfung nach Art. 21 EGBGB vorrangig.

114 *Reithmann/Martiny-Hausmann*, Internationales Vertragsrecht, 6. Aufl. 2004, Rz. 2853.

115 Sie beinhaltet die Führung und die Erziehung des Kindes; *Dyoniak* in: Schwab/Henrich (Hrsg.), *Entwicklungen des europäischen Kindschaftsrechts*, 2. Aufl. 1996, 97 (98).

116 *Dyoniak* in: Schwab/Henrich (Hrsg.), *Entwicklungen des europäischen Kindschaftsrechts*, 2. Aufl. 1996, 97 (98).

117 *Dyoniak* in: Schwab/Henrich (Hrsg.), *Entwicklungen des europäischen Kindschaftsrechts*, 2. Aufl. 1996, 97 (103).

118 *Waehler* in Dopffel (Hrsg.), *Kindschaftsrecht im Wandel, Länderbericht Polen*, 1994, 511 (512); *Dyoniak* in: Schwab/Henrich (Hrsg.), *Entwicklungen des europäischen Kindschaftsrechts*, 2. Aufl. 1996, 97 (104). Die Entscheidung kann abgeändert werden (Art. 106 FVGB).

## ■ Scheidungs- und Scheidungsfolgenrecht – Länderbericht Österreich

von Univ.-Prof. Dr. Ferdinand Kerschner, Institute für Zivil- und Umweltrecht, Johannes-Kepler-Universität Linz, Österreich

Mit dem Länderbericht Österreich setzen wir die Reihe unserer Kurzdarstellungen des Scheidungs- und Scheidungsfolgenrechts ausländischer Staaten fort (im Anschluss an Turan-Schnieders/Finger, Länderbericht Türkei, FamRBint 2005, 22).

### I. Die Ehescheidung

#### 1. Rechtsgrundlage

Das österreichische Scheidungsrecht<sup>1</sup> ist maßgeblich im **EheG 1938**, teilweise aber auch im ABGB (insbesondere Ehegattenpflichten und Ehegüterrecht) geregelt. Das 1938 in Österreich eingeführte deutsche EheG hat sich jedoch in vielen Bereichen anders als in Deutschland entwickelt.

#### 2. Scheidungsgründe

##### a) Verschuldenscheidung bei schwerer Eheverfehlung (§ 49 EheG)

Die Ehe muss durch die schwere Eheverfehlung objektiv unheilbar zerrüttet worden sein (**Zerrüttungskausalität**). Ehezerrüttung bedeutet Verlust jeglicher ehelichen Gesinnung zumindest bei einem Partner.<sup>2</sup> **Ehebruch** ist weiterhin eine schwere Eheverfehlung, aber nicht mehr absoluter, sondern relativer Scheidungsgrund.

##### b) Verschuldensunabhängige Scheidung bei unheilbarer Zerrüttung

###### aa) Schuldlose Pflichtwidrigkeiten und Krankheiten (§§ 50–52 EheG)

§ 50 EheG erfasst **objektive Eheverfehlungen**, die persönlich aber wegen geistiger Störung des Ehegatten **nicht vorwerfbar** sind. Eine Scheidung nach den §§ 50–52 EheG kommt nicht in Betracht, wenn die Voraussetzungen der **Härteklausel nach § 54 EheG** zutreffen.

###### bb) Drei- bzw sechsjährige „Heimtrennung“ (§ 55 EheG)

Die „**Heimtrennungsklage**“ ermöglicht auch dem an der Zerrüttung Schuldigen gegen den Willen des anderen die Scheidung. Die maßgeblichen Voraussetzungen sind:

- **Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft** (drei Jahre [Abs. 1] bzw. sechs Jahre [Abs. 3]). Nach der Rspr. ist die Aufhebung der Wohn-, Wirtschafts- und Geschlechtsgemeinschaft maßgeblich.<sup>3</sup> Bei voller sonstiger Gemeinschaft kann allein die räumliche Trennung nicht ausreichen.
- **Tiefgreifende unheilbare Zerrüttung**. Zusätzlich zur tiefgreifenden unheilbaren (!) Zerrüttung hat das Gericht zu prüfen, ob noch mit der Wiederherstellung einer dem Wesen der Ehe entsprechenden Lebensgemeinschaft zu rechnen ist.

Nach § 55 Abs. 2 EheG kann **bei dreijähriger Heimtrennung** ausnahmsweise der Beklagte der Scheidungsklage des zumindest überwiegend schuldigen Ehegatten noch

**widersprechen**. Dabei hat eine **strenge Härteabwägung** (Ehedauer, Kindeswohl, Trennungsdauer) stattzufinden. **Nach sechsjähriger Heimtrennung** ist jedenfalls zu scheiden (also **kein Widerspruch** des Beklagten mehr).

##### c) Einvernehmliche Scheidung (§ 55a EheG)

Die **eheliche Lebensgemeinschaft** muss **seit mindestens einem halben Jahr beendet** sein. Entscheidend ist auch hier die Wohnungs-, Wirtschafts- und Geschlechtsgemeinschaft. Noch unklar ist die Frage, ob es ausreicht, wenn ein Element fehlt.<sup>4</sup>

Weitere Voraussetzung der einvernehmlichen Scheidung ist eine **vorherige schriftliche Einigung** oder die **Vereinbarung vor Gericht über die maßgeblichen Scheidungsfolgen**.

### II. Scheidungsfolgen

#### 1. Der Ehegattenunterhalt

Voraussetzungen und Höhe des nahehelichen Unterhaltsanspruchs sind maßgeblich vom geltend gemachten Scheidungsgrund abhängig:

**Verschuldenscheidung nach § 49 EheG** (schwere Eheverfehlung)

§§ 66 f. EheG: Unterhaltspflicht des Schuldigen  
§ 68 EheG: Billigkeitsanspruch bei gleichem Verschulden  
§ 68a EheG: Unterhaltspflicht auch des unschuldigen Ehegatten

**Scheidung nach §§ 50–52 EheG** (andere Gründe)

§ 69b EheG: verschuldensunabhängig  
oder  
§ 69 Abs. 1 EheG: verschuldensabhängig

**Scheidung nach § 55 EheG** (3- bzw 6-jährige Heimtrennungsklage)

Unterhalt nach § 94 ABGB: Zerrüttungsver schulden maßgeblich  
§ 69b EheG: verschuldensunabhängig

**Scheidung nach § 55a EheG** (einvernehmliche Scheidung)

primär Vereinbarung  
bei unwirksamer Vereinbarung:  
§ 69a Abs. 2 EheG: Billigkeitsanspruch – verschuldensunabhängig  
oder wahlweise  
§ 68a EheG: verschuldensunabhängig

1 Vgl. ausführlicher *Kerschner*, Länderbericht Österreich, in: Kaiser/Schnitzler/Friederici (Hrsg.), *Anwaltkommentar BGB*, Bd. 4 Familienrecht, 2005, Rz. 19 ff. m.w.N.; weiter *Staben-theiner* in: Rummel, *ABGB II*, 3. Aufl., zum EheG; *Kerschner*, *Privatrecht VI Familienrecht*, 2005, jew. m.w.N.

2 OGH EFSIlg 63.384.

3 OGH EFSIlg 63.404.

4 Vgl. LGZ Wien EFSIlg 46.213 einerseits; LGZ Wien EFSIlg 46.214 andererseits.

Sechs verschiedene Unterkategorien sind zu unterscheiden:

- **Angemessener Unterhalt nach §§ 66 f. EheG** – entfällt bei eigener zumutbarer Erwerbstätigkeit des Unterhaltsberechtigten.
- **Angemessener Unterhalt nach § 69 Abs. 2 EheG** i.V.m. § 94 ABGB – auch bei eigener zumutbarer Erwerbstätigkeit (keine Anspannungspflicht).
- **Unterhaltsbeitrag** nach § 68 EheG bei gleichem Verschulden.
- **Lebensbedarfsunterhalt** nach § 68a EheG bei Unzumutbarkeit der Erwerbstätigkeit wegen Pflege oder Aufopferung in allen Scheidungsfällen. Die neuere Rspr.<sup>5</sup> nimmt einen Rahmen zwischen 15 und 33 % an.
- **Billigkeitsanspruch** nach § 69 Abs. 3 EheG und § 69a Abs. 2 EheG bei Zerrüttungsscheidung ohne Schuldausspruch und bei einvernehmlicher Scheidung ohne wirksame Vereinbarung.
- **Notwendiger bzw. notdürftiger Unterhalt:** § 795 ABGB bei rechtmäßiger Enterbung; § 73 Abs. 1 EheG bei selbst verschuldeter Bedürftigkeit.

#### a) Unterhalt bei Scheidung wegen schwerer Eheverfehlung: §§ 66 f. EheG

Der **schuldige Teil** hat einen **angemessenen Unterhalt** zu leisten. Die eigene Leistungsfähigkeit des Berechtigten ist nach § 67 EheG derart zu berücksichtigen, dass nicht nur alle tatsächlichen, sondern auch alle (potenziellen) Einkünfte aus einer zumutbaren Tätigkeit angerechnet werden.

Die **Unterhaltshöhe** wird grundsätzlich wie während der aufrechten Ehe bestimmt: Nach der Rspr. daher 33 % des Familieneinkommens für die Hausfrau/den Hausmann bzw. 40 % für den (wesentlich schlechter verdienenden) Erwerbstätigen. Anders als § 94 ABGB (Unterhalt bei aufrechter Ehe) verweist § 66 EheG den geschiedenen Ehegatten auf eine zumutbare Tätigkeit.

**§ 68 EheG** gewährt **bei gleichem Verschulden** der Ehegatten dem einkommenslosen Teil einen **Billigkeitsanspruch**: Der „Beitrag“ soll aber nur einen Teil des Unterhalts decken.

Bei **Wiederverheiratung** des Berechtigten erlischt der Unterhaltsanspruch (§ 75 EheG). Im unregulierten Fall der **außerehelichen Lebensgemeinschaft** erkennt die st.Rspr. für die Dauer der Lebensgemeinschaft auf gänzlichem **Ruhen** des Unterhaltsanspruchs.

#### b) Unterhalt bei Zerrüttungsscheidung

##### aa) Scheidung nach §§ 50–52 EheG: Unterhalt nach § 69 Abs. 1 EheG

Wenn das Urteil einen Schuldausspruch enthält, gelten in den Zerrüttungsfällen mit Ausnahme der Heimtrennungsklage nach § 55 EheG die **§§ 66 f. EheG entsprechend**.

##### bb) Scheidung nach § 55 EheG: Unterhalt nach § 69 Abs. 2 EheG

Jener Ehegatte soll unterhaltsrechtlich privilegiert werden, der gegen seinen Willen aus der „Papierehe“ hinausgeklagt wird. Der **eheliche Versorgungsstatus** soll also auch **nach Scheidung weitgehend erhalten** bleiben.

##### c) Unterhaltsansprüche unabhängig vom Verschulden (insb. § 68a EheG)

Sowohl bei der Verschuldens- als auch bei jeder Zerrüttungsscheidung kann aus besonderen Gründen auch dem schuldigen Teil ein Unterhaltsanspruch nach § 68a EheG zustehen. Das gilt auch bei einvernehmlicher Scheidung ohne wirksame Unterhaltsvereinbarung. Diese Regelung des **Lebensbedarfsunterhalts** kennt **zwei Hauptfälle**:

- **„Kindererziehungsfall“**: Die Erwerbstätigkeit ist wegen Pflege oder Erziehung eines (oder mehrerer) gemeinsamer Kinder unzumutbar.
- **„Aufopferungsfall“**: Die Erwerbstätigkeit ist wegen bisheriger Haushaltsführung und allfälliger Kindererziehung oder Pflege eines Angehörigen unzumutbar.

#### 2. Der Kindesunterhalt

§ 140 ABGB sieht eine **gemeinsame Pflicht der Eltern** zu anteiliger Beitragsleistung „nach Kräften“ vor (Fixierung der **Anspannungstheorie**). Der Elternteil, der den Haushalt führt (Hausfrau/Hausmann), in dem das Kind betreut wird, leistet damit nach § 140 Abs. 2 ABGB grundsätzlich seinen Beitrag. **Zwei Kriterien** sind für die Bemessung (Höhe) des Unterhalts maßgeblich: 1. die **Bedürfnisse des Kindes** (unter Berücksichtigung seiner Anlagen, Fähigkeiten, Neigungen und Entwicklungsmöglichkeiten) und 2. die **Leistungsfähigkeit der Eltern** („Lebensverhältnisse“). Für die Leistungsfähigkeit der Eltern entscheiden grundsätzlich deren gemeinsame Lebensverhältnisse (Kriterien: Einkommen, Vermögen, Beruf, Bildung).

Nach der **„Prozentjudikatur“** gelten:

Für Kinder bis zu 6 Jahren 16 %, zwischen 6 bis 10 Jahren 18 %, zwischen 10 bis 15 Jahren 20 %, über 15 Jahren 22 %. Abzüge erfolgen für konkurrierende Unterhaltspflichten: 1 % für ein Kind unter 10 Jahren, 2 % für ein Kind über 10 Jahren, 0–3 % für einen Ehegatten je nach dessen Eigenverdienst. Bei gemeinsamer Obsorge der Eltern kürzt die Rspr. den Geldunterhalt nicht aliquot entsprechend dem Anteil an der tatsächlichen Betreuung, sondern nur in Höhe der tatsächlichen Ersparnisse im sog. Heim 1. Ordnung.

Aus pädagogischen Gründen spricht die Rspr. nicht mehr als das Zweieinhalbfache des Regelbedarfs (**Luxusgrenze**) zu.

#### 3. Aufteilung des Gebrauchsvermögens und der ehelichen Ersparnisse bei Auflösung der Ehe (§§ 81 ff. EheG)

Praktisch sehr wichtig ist die **auf Antrag eines Ehegatten** (innerhalb eines Jahres nach rechtskräftiger Scheidung) vom Richter nach Billigkeit vorzunehmende Aufteilung des während der Ehe erworbenen Gebrauchsvermögens

<sup>5</sup> Vgl. OGH JBI 2003, 526.

und der Ersparnisse nach den §§ 81 ff. EheG. Diese Aufteilungsregeln gehen auch gegebenenfalls abgeschlossenen Ehepakten vor.

#### a) Gegenstand der Aufteilung (§§ 81 f. EheG; § 15 WEG)

Der Aufteilung unterliegt allein der **während der Ehe gemeinsam erzielte Erwerb. Eheliches Gebrauchsvermögen** sind körperliche Sachen und auch Rechte (z.B. Anwartschaftsrecht beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt), die von beiden Ehegatten gebraucht bzw. ausgeübt worden sind. **Eheliche Ersparnisse** sind Wertanlagen aller Art. Alles, was nicht eheliches Gebrauchsvermögen und eheliche Ersparnisse ist, unterliegt nicht der Aufteilung. Nach einer Art **beweglichen Systems** kann der Richter die Vermögensordnung flexibel gestalten (Beitragsleistung als wichtigstes Element). An die Eigentumsverhältnisse ist der Richter grundsätzlich nicht gebunden. Zu beachten ist aber § 90 Abs. 1 EheG: Übertragung dinglicher Rechte an unbeweglichen Sachen nur als „ultima ratio“. Im Ergebnis kommt es zu einer Art **nachträglichen Vergemeinschaftung mit sofortiger Auflösung!**

**Vertragliche (auch formlose) Regelungen** der Ehegatten gehen nur dann vor, wenn sie **im Zusammenhang mit oder nach der Scheidung** geschlossen werden; vgl. § 97 Abs. 2 EheG. Vorsorgliche Vereinbarungen für den Fall, „wenn wir uns einmal scheiden lassen sollten“, genügen der Voraussetzung des kausalen Zusammenhanges zwischen Scheidung und Vereinbarung nicht. Sie können aber zumindest Indiz für eine billige Aufteilung sein. Nach Ablauf der einjährigen Antragsfrist gem. § 95 EheG müssen sie aber jedenfalls beachtet werden. Eine **Vorausregelung** (ohne konkreten Zusammenhang mit der Scheidung) **in Notariatsaktform ist nur bezüglich der ehelichen Ersparnisse voll verbindlich.**

**Nicht aufzuteilen sind:**

- **Unternehmen**
- **Unternehmensanteile** (außer bloße Wertanlage, dann Ersparnis)
- in die Ehe **Eingebrachtes, Ererbtes, von Dritten Geschenktes** (außer u.U. Ehwohnung und Hausrat, vgl. § 82 Abs. 2 EheG)
- Sachen zum **persönlichen Gebrauch**
- Sachen zur **Berufsausübung**.

**Gegenausnahmen** zu § 82 Abs. 1 Z. 1 EheG finden sich in § 82 Abs. 2 EheG bezüglich **Ehwohnung und Hausrat**. Bei dringendem Versorgungsbedürfnis des Ehegatten soll es für deren Einbeziehung nicht auf ihre Herkunft ankommen. Das gilt auch bei einem berücksichtigungswürdigen Bedarf eines gemeinsamen Kindes.

#### b) Aufteilungsgrundsätze (§§ 83 f., 90 EheG)

Die Aufteilung erfolgt **nach Billigkeit**, wobei diese an bestimmte sachliche Elemente gebunden ist (gebundenes Ermessen des Richters). **Maßgebliche Aufteilungselemente** sind:

- **Gewicht und Umfang der Beiträge** der Ehegatten als primäre und gewichtigste Kriterien
- **Kindeswohl** vor allem bezüglich Ehwohnung und Hausrat (Versorgungsprinzip)

- **Schulden** für Lebensaufwand (z.B. Kredit für eine gemeinsame Urlaubsreise)
- soweit möglich **Trennung der Lebensbereiche** der Ehegatten (§ 84 EheG)
- möglichst **Wahrung der bisherigen Lebensgrundlage** der Ehegatten
- **Erleichterung des Beginns** eines neuen Lebensabschnitts
- **Grundsatz des Wohl-Bestehen-Könnens** bei Ausgleichszahlung nach § 94 EheG (z.B. OGH EvBl 1981/71; EFSIg 94.000)
- **Bewahrungsgrundsatz bei Liegenschaften** (Eigentumsübertragung nur als ultima ratio).

#### 4. Wirkung auf Ehepakte

Die h.A. geht davon aus, dass Ehepakte grundsätzlich durch Scheidung mit Wirkung **ex nunc aufgehoben** werden. Der schuldlose oder minder schuldige Ehegatte hat aber gem. § 1266 ABGB ein **Wahlrecht zwischen (i.d.R. Halb-)Teilung** wie beim Tode **oder Auflösung** des Ehepakts. Das Eingebachte wird zurückgestellt und Gewinn und Verlust während der Ehe werden entsprechend der vereinbarten Quote aufgeteilt. Zufällige Wertveränderungen sind proportional zum Wert des jeweils Eingebachten aufzuteilen.

#### 5. Wirkung auf Erbrecht

Geschiedene Ehegatten haben **kein gesetzliches Erbrecht** gegenüber dem anderen Teil. Das gilt auch dann, wenn beim Tod des berechtigten Ehegatten die Ehe noch aufrecht war, dieser aber bereits eine (berechtigte) Scheidungsklage erhoben hat. Der überlebende Ehegatte hat dann weder ein gesetzliches Erbrecht noch kann er Aufteilung nach den §§ 81 ff. EheG verlangen.

#### 6. Sozialversicherungsrechtliche Folgen

Durch die Scheidung verliert der nicht erwerbstätige Teil seinen **Krankenversicherungsschutz**. § 69 Abs. 2 EheG sieht daher bei der Heimtrennungsklage einen Anspruch in der Höhe der Beiträge zur freiwilligen Weiterversicherung vor. Nach § 258 i.V.m. § 264 ASVG kann ein geschiedener Ehegatte bei Vorversterben seines unterhaltspflichtigen früheren Ehegatten unter bestimmten formalen Voraussetzungen (Unterhaltspflicht zum Zeitpunkt des Todes aufgrund eines gerichtlichen Urteils, eines gerichtlichen Vergleichs oder einer vertraglichen Verpflichtung vor Eheauflösung) **„Witwen- oder Witwerpension“ bis zur Höhe des Unterhaltsanspruchs** beziehen. Der bei der Heimtrennungsklage Beklagte bekommt volle „Witwen- oder Witwerpension“, wenn die Ehe mindestens 15 Jahre gedauert und der Berechtigte das 40. Lebensjahr beendet hat.

#### III. Verfahrensrecht

In Ehesachen gilt in 1. Instanz nur **relativer**, im Rechtsmittelverfahren absoluter **Anwaltszwang**. Die Ehescheidung erfolgt grundsätzlich im streitigen Verfahren, nur die einvernehmliche Scheidung wird im Außerstreitverfahren (§§ 220–228 AußStrG) durchgeführt. In diesem besteht

kein absoluter Anwaltszwang, in 2. Instanz aber relative Vertretungspflicht. **Sachlich zuständig** ist das Bezirksgericht (§ 104a JN), **örtlich zuständig** jenes Gericht, in dessen Sprengel die Ehegatten ihren letzten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt hatten, hilfsweise das Gericht des gewöhnlichen Aufenthalts des Antragsgegners.

**Internationale Zuständigkeit** ist dann gegeben, wenn ein Ehegatte österreichischer Staatsbürger ist oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hat (§ 114a Abs. 4 JN).

Nach den maßgeblichen Brüssel-Verordnungen werden deutsche Entscheidungen über Eheaufösungen und Ob- sorge- und Besuchsregelungen grundsätzlich in Österreich **anerkannt und vollstreckt**.

### 1. Schuldausspruch bei der Verschuldenscheidung (§ 49 EheG)

Der Beklagte kann bei der Klage nach § 49 EheG in dreifacher Weise reagieren:

- nur **Klagebestreitung**
- **Widerklage** wegen Verschuldens des Klägers
- Beim **Mitschuldantrag** nach § 60 Abs. 3 EheG bestreitet der Beklagte die Klage und stellt den Antrag bloß für den Scheidungsfall.

### 2. Scheidung aus anderen Gründen (§§ 50–55 EheG)

Bei Klage und Widerklage nach § 61 Abs. 1 EheG ist ein allfälliges Verschulden des Beklagten auszusprechen. Die h.A. verneint die Möglichkeit eines Mitschuldantrags des Klägers wegen dessen fehlender Schutzwürdigkeit.

Der Beklagte hat hier folgende Möglichkeiten:

- **Widerklage** (§ 61 Abs. 1 EheG)
- **Schuldantrag** in den Fällen der §§ 50–52 EheG
- **Antrag auf Ausspruch des Zerrüttungsver- schuldens** bei der Heimtrennungsklage nach § 55 EheG.

## IV. IPR

Neben wichtigen internationalen Abkommen (vor allem zum Minderjährigenschutz [MSA] und Unterhalt) gelten die einschlägigen Regeln des österreichischen IPRG (§§ 16–25) mit sehr differenzierter Anknüpfung. Vielfach entscheidet das (allenfalls gemeinsame) Personalstatut (primär Staatsangehörigkeit).<sup>6</sup>

<sup>6</sup> Vgl. näher dazu *Kerschner*, Privatrecht VIII Internationales Privatrecht, 2005, Rz. 16 (74 ff.).

WISSEN WIRD BELOHN

## FamRBintinformativ

### ● Antragstellung und Tenorierung in Verfahren auf Kindesrückführung nach dem HKiEntÜ<sup>1</sup>

1. Die Herausgabe der ... (mit Namen und Geburtsdatum bezeichneten) Kinder an die Antragstellerin/den Antragsteller zum Zwecke der sofortigen Rückführung nach ... (Herkunftsstaat) wird angeordnet.
2. Die Antragstellerin/der Antragsteller darf aus Nr. 1 erst dann vollstrecken, wenn der Antragsgegner/die Antragsgegnerin die Kinder nicht innerhalb von 14 Tagen nach Bekanntgabe des Rückführungsbeschlusses freiwillig nach ... (Herkunftsstaat) zurückbringt.
3. Ab dem Datum zu Nr. 2 sind der Antragsgegner/die Antragsgegnerin oder jede andere Person, bei der sich die Kinder aufhalten, verpflichtet, die Kinder an die Antragstellerin/den Antragsteller oder eine von dieser/diesem bestimmte Person herauszugeben.
4. In Vollzug von Nr. 2 und 3 wird der Gerichtsvollzieher ermächtigt und beauftragt, die Kinder dem Antragsgegner/der Antragsgegnerin oder jeder anderen Person, bei der sich die Kinder aufhalten, wegzunehmen und der Antragstellerin/dem Antragsteller oder einer von ihr/ihm bestimmten Person zu übergeben.
5. Das Gericht ermächtigt den Gerichtsvollzieher, zur Durchsetzung dieser Anordnung unmittelbaren Zwang gegen den Antragsgegner/die Antragsgegnerin oder jede andere auf Grund dieses Beschlusses zur Herausgabe verpflichtete Person zu gebrauchen. Der Gerichtsvollzieher wird ferner ermächtigt und beauftragt, die Wohnung des Antragsgegners/der Antragsgegnerin sowie die Wohnung jeder anderen Person, bei der sich die Kinder aufhalten, zu durchsuchen sowie die Unterstützung der Polizei in Anspruch zu nehmen.
6. Das Gericht ermächtigt den Gerichtsvollzieher, zur Durchsetzung dieser Anordnung den Widerstand der Kinder bei der Wegnahme zu überwinden, bzw. zu dulden, dass die Antragstellerin/der Antragsteller oder die von ihr/ihm beauftragte

Person den Widerstand der Kinder überwindet, um sie an sich zu nehmen.

7. Die Vollstreckung findet ab Rechtskraft des Beschlusses ohne Vollstreckungsklausel statt. Sie ist an jedem Ort möglich, an dem die Kinder aufgefunden werden.
8. Dem Antragsgegner/der Antragsgegnerin wird gem. § 44 IntFamRVG für den Fall der Zuwiderhandlung gegen eine dieser Verpflichtungen die Auferlegung eines Ordnungsgeldes in Höhe von ... (max. 25.000) € sowie die Festsetzung von Ordnungshaft bis ... (max. 6) Monate angedroht.
9. Die Kosten des Verfahrens einschließlich der Zwangsvollstreckung werden dem Antragsgegner/der Antragsgegnerin auferlegt.
10. Der Antragsgegner/die Antragsgegnerin wird unter Hinweis auf die Rechtsfolgen der Nr. 8 verpflichtet, die Reisepässe der unter Nr. 1 genannten Kinder umgehend an die Antragstellerin/den Antragsteller herauszugeben. Weiterhin wird die Antragstellerin/der Antragsteller ermächtigt, neue Reisepässe für die Kinder ohne Zustimmung des Antragsgegners/der Antragsgegnerin zu beantragen. Die Zustimmung nach dem PassG wird insoweit durch diesen Beschluss ersetzt.

*RiOLG Dr. Stefan Motzer, Stuttgart*

### ● Zuständigkeit für Adoptionsverfahren mit Auslandsbezug

Die Gerichtsstandkonzentration der §§ 43b Abs. 2 Satz 2 FGG, 5 Abs. 1 und 2 AdWirkG – Vormundschaftsgericht am Sitz des OLG – greift auch dann ein, wenn nach Art. 22 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. Art. 14 EGBGB auf das Adoptionsverfahren ausländisches Recht anzuwenden ist, dieses aber auf das deutsche Recht zurückverweist.

*OLG Karlsruhe, Beschl. v. 15.3.2005 – 19 AR 5/05*

Die besondere Zuständigkeit des Amtsgerichts am Sitz des Oberlandesgerichts für Adoptionsverfahren greift auch dann ein, wenn zwar nach dem Adoptionsstatut deutsches Recht berufen ist, hinsichtlich eines Zustimmungserfordernisses aber zusätzlich ausländisches (hier: polnisches) Recht anzuwenden ist.

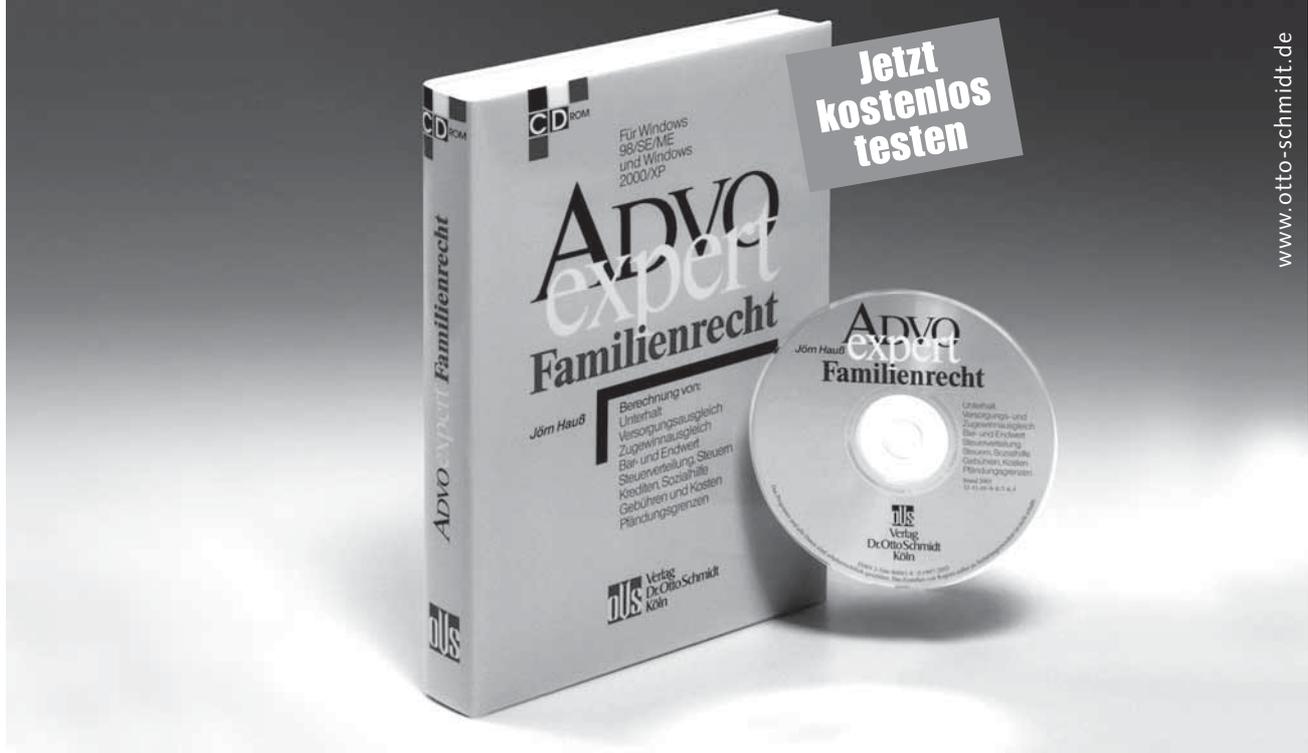
*BayObLG, Beschl. v. 16.12.2004 – 1Z AR 168/04*

<sup>1</sup> Die Formulierungen beruhen auf dem Beschluss des AG Köln v. 2.3.2005 – 308 F 27/05, FamRBint 2005, 48 (in diesem Heft), bestätigt und erweitert durch OLG Köln v. 14.3.2005 – 21 UF 27/05, *www.zr-report.de*. Die sich durch das Internationale Familienrechtsverfahrensgesetz (IntFamRVG) ergebenden Änderungen der Rechtslage ab 1.3.2005 wurden berücksichtigt.

**Mehr zum Thema:** Zur Zuständigkeitskonzentration bei Adoption ausländischer Kinder siehe auch OLG Zweibrücken v. 1.12.2004 – 2 AR 46/04, OLGReport Zweibrücken 2005, 213 = FamRBint 2005, 28 (*Klinkhammer*).

# Volles Programm für Familienrechtler

www.otto-schmidt.de



## Speziell für Anwälte

Die bedienerfreundliche Software ADVOexpert Familienrecht ist Ihr zeitgemäßer Partner für schnelle und zuverlässige Berechnungen. Ganz auf anwaltliche Anforderungen zugeschnitten, profitieren Sie von einer äußerst benutzerfreundlichen Oberfläche. Hier kommen Sie immer zum richtigen Ergebnis.

## Zuverlässig und vielseitig

Unterhalt, Versorgungsausgleich, Zugewinnausgleich, Steuern, ALG II, Sozialgeld, PKH, Gebühren u.v.m. Mit dieser Software steht Ihnen ein professionelles Hilfsmittel für alle familienrechtlichen Berechnungen zur Seite.

## So einfach geht's

Sie ermitteln Unterhalt, VA oder ZGA und fügen Ihre Berechnung

ganz einfach in Schreiben oder Schriftsätze ein. Ohne überflüssiges Zahlenmaterial, ohne Umwege. Schnell und übersichtlich. Einmal eingegebene Daten lassen sich außerdem in Sekundenschnelle korrigieren oder verändern.

## Immer topaktuell

Mit dem regelmäßigen Update-Service arbeiten Sie garantiert nur mit den neuesten Werten und Tabellen.

## Bestellen Sie jetzt Ihre kostenlose Test-CD!

Und wenn ADVOexpert Familienrecht Sie überzeugt, dann lassen Sie sich Ihre Test-CD einfach zur uneingeschränkten Vollversion freischalten. Oder Sie gehen ins Internet: Unter [www.advoexpert.de](http://www.advoexpert.de) gibt es weitere Details sowie ein Download der Testversion.

Hauß **ADVOexpert Familienrecht** Familienrechtliche Berechnungen. Bearbeitet von Rechtsanwalt Jörn Hauß. Bürolizenz für 5 Arbeitsplätze: 248,- € [D]; Update zweimal jährlich je 84,80 € [D]. Unverbindliche Preisempfehlung. ISBN 3-504-90093-8. Systemvoraussetzungen: MS Windows 98/ME oder 2000/XP.

**100** Jahre  
Verlag  
Dr. Otto Schmidt  
Köln

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

**BESTELLSCHEIN**  
Fax: 02 21 / 9 37 38-943

Ja, ich möchte **ADVOexpert Familienrecht** kostenlos und unverbindlich testen. Bitte senden Sie mir eine aktuelle Demo-Version zu.

Name

Straße

PLZ

Ort

Datum

Unterschrift

2/05

# Diese zwei sind kaum zu schlagen



Erman **BGB**  
Handkommentar in 2 Bänden.  
Herausgegeben von  
Prof. Dr. Harm Peter Westermann.  
Bearbeitet von 42 namhaften Autoren aus  
Wissenschaft und Praxis.  
11., neu bearbeitete Auflage 2004,  
5.908 Seiten Lexikonformat,  
gbd. 298,- € [D].  
ISBN 3-933188-22-9

„ein großer Wurf“

RA Dr. Jochen Scheel in NotBZ 12/04



Aschendorff  
Rechtsverlag  
Münster

Verlag  
Dr. Otto Schmidt  
Köln



„Den Erman loben, hieß schon immer, Eulen nach Athen zu tragen.“  
Was RA Dr. Peter Hamacher im Anwaltsblatt 5/2001 zur Voraufgabe  
gesagt hat, lässt sich auch von der aktuellen 11. Auflage sagen.  
Dennoch wollen wir Ihnen das Lob der Fachwelt zur aktuellen  
Auflage dieses klassischen zweibändigen Handkommentars nicht  
vorenthalten. Schließlich gibt es immer noch den einen oder ande-  
ren, der sich noch nicht persönlich von den vielen Vorzügen des  
Erman überzeugt hat.

„Der ‚Erman‘ [ist] ein feiner, sehr zu empfehlender Kommentar,  
der durch die geglückte Verbindung zwischen wissenschaftlich-dog-  
matischer Durchdringung der Materie bei gleichzeitiger Praxisnähe

besticht.“ Dr. Martin Menne in KindPrax 5/2004

„Insbesondere die tiefgreifenden Strukturänderungen aufgrund der  
**Schuldrechtsreform** sind **in rundum überzeugender Weise** einge-  
arbeitet.“ RA Dr. Jochen Scheel in NotBZ 12/04

„Der an den Bedürfnissen der Praxis orientierte Kommentar erweist  
sich [...] als **ausgesprochen benutzerfreundlich** und gut handhab-  
bar.“ Prof. Dr. Thilo Keil in DZWiR 7/2004

Genug des Lobs? Dann steigen Sie jetzt auf den „Erman“ um. Denn  
mehr brauchen Sie nicht. Und mit weniger sollten Sie sich nicht  
zufrieden geben.

Faxbestellschein: 0221 / 9 37 38-943

Ich bestelle mit 14-tägigem Rückgaberecht aus dem Aschendorff Rechtsverlag  
Erman **BGB** 11., neu bearbeitete Auflage 2004, gbd. 298,- € [D]. ISBN 3-933188-22-9

Name

Straße

PLZ / Ort

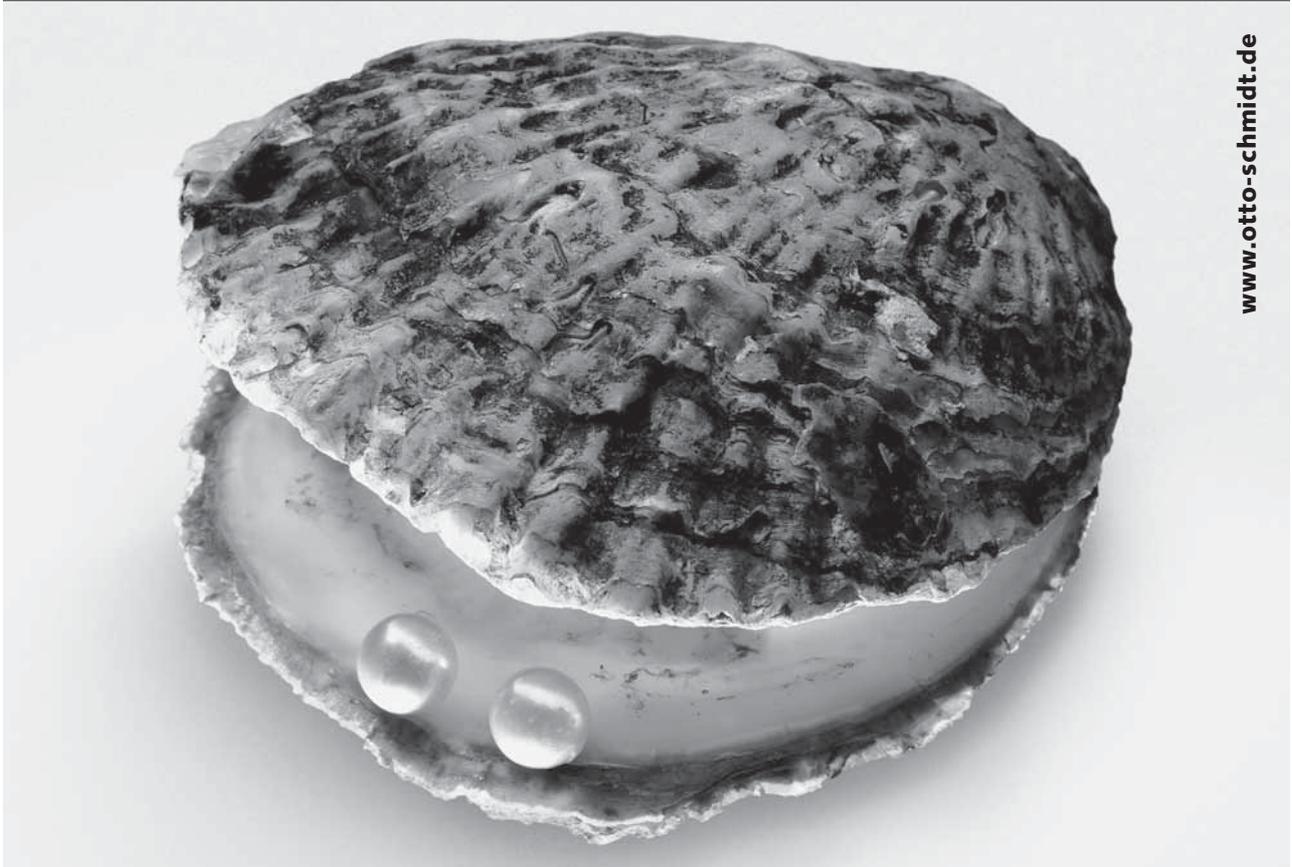
Datum / Unterschrift

5/05

**100** Jahre  
Verlag  
Dr. Otto Schmidt  
Köln

Wir machen Wissen praktikabel

# Im Vorwerk steckt halt mehr drin.



www.otto-schmidt.de

Formularbuch plus Handbuch in einem. Damit lassen sich die Ansprüche Ihrer Mandanten auch nach neuester Rechtslage einfach besser durchsetzen. Von der Mandatsübernahme über die außergerichtliche Streitbeilegung und das Mahnverfahren bis zur Zwangsvollstreckung. Zu Beginn eines jeden Kapitels macht man Sie mit den Problemen der jeweiligen Rechtsmaterie vertraut. Dann wird genau beschrieben, was Sie tun müssen. Und im unmittelbaren Anschluss finden Sie praktisch für jede Verfahrenssituation die passenden topaktuellen Muster mit ausführlichen Erläuterungen und Anmerkungen zum neuen Vergütungsrecht. Der neue Vorwerk. Einfach gut.

**BESTELLSCHEIN**  
Fax (02 21) 9 37 38-943

Ich bestelle mit 14-tägigem Rückgaberecht Vorwerk (Hrsg.) **Das Prozess-Formular-Buch** Herausgegeben von RA beim BGH Dr. Volkert Vorwerk. Bearbeitet von 36 erfahrenen Praktikern. 8., überarbeitete Auflage 2005, 2.846 Seiten Lexikonformat, gbd., inkl. CD mit allen Mustern 118,- € [D]. ISBN 3-504-07016-1



Name

PLZ

Ort

Straße

Datum

Unterschrift

4/05

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

# Nachzügler

Sie hatten keine Zeit? Sie hatten Besseres zu tun?  
Das verstehen wir doch. Aber wenn Sie wirklich  
zum kleinen Kreis derer gehören,  
die den neuen **Z**öller immer noch nicht haben,  
wissen Sie, was zu tun ist: Gas geben und bestellen.

----- **BESTELLSCHEIN** Fax (02 21) 9 37 38 -943 -----



**Ich gebe Gas.** Ich bestelle mit 14-tägigem Rückgaberecht **Zöller** Zivilprozessordnung, 25., neu bearbeitete Auflage 2005, 2.964 Seiten Lexikonformat, gbd. 154,80 € [D]. ISBN 3-504-47014-3

Name \_\_\_\_\_ Straße \_\_\_\_\_

PLZ \_\_\_\_\_ Ort \_\_\_\_\_

Datum \_\_\_\_\_ Unterschrift \_\_\_\_\_ Z5-2/05

**100** Jahre Verlag  
Dr. Otto Schmidt  
Köln

Wir machen Wissen praktikabel

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