



**Aktuelles Familienrecht - Schwerpunkt
Unterhalt und Verfahrensrecht
am 22. Februar 2019 im Dom – Hotel
Limburg**



GRETEL DIEHL

Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht i.R.

Inhalt

Änderungen im Unterhaltsrecht 2019	2
Neues zur Verwirkung wegen Zeitablaufs und aktuelle Rechtsprechung zum Unterhalt	3
1. Entscheidung des BGH vom 31.1.2018:	3
2. Entscheidung des BGH vom 7.2.2018:	9
3. Entscheidungen zur Auskunftserteilung	14
a) BGH – Beschluss vom 12.9.2018	14
b) BGH – Beschluss vom 18.7.2018	14
c) OLG Frankfurt/ Main – Beschluss vom 26.9.2018	16
<u>d)</u> OLG Frankfurt, Beschluss vom 8.6.2018	17
Rückzahlung überzahlten Unterhaltes – Aufrechnung oder doch Verwirkung nach §§ 1381, 1579 BGB oder § 27 Versorgungsausgleichsgesetz ?	23
a) Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung	23
b) Aufrechnung mit/gegen Unterhaltsansprüche	24
c) Zuvielzahlung bzw. Vollstreckung als Verwirkungseinwand, z.B. bei § 1381 BGB	25
Aktuelles zur Verfahrenskostenhilfe	27
Beschluss des BGH vom 20.6.2018	27
OLG Frankfurt Beschluss vom 28.12.2015 - 4 WF 174/15	31
Vergleich	34
a) Allgemeines zu Vergleichen:	34
b) Wirkung von Vergleichen bei Forderungsübergängen	38
c) Beschränkung der Regelungsmöglichkeiten über den Unterhalt	39
Verfahrensrecht:	40
1. Besonderheiten in Familienstreitsachen	40
2. Besonderheiten in Nichtstreitsachen	42
Überprüfungsumfang und Verschlechterungsverbot	47
Einstweilige Anordnungen in Nichtstreitsachen und in Familienstreitsachen	48

Änderungen im Unterhaltsrecht 2019

1. Ab Januar 2019 erfolgte die Änderung der Düsseldorfer Tabelle, da sich die Mindestunterhaltsbeträge änderten. Der Mindestunterhalt stimmt übrigens nicht mehr mit dem sächlichen Existenzminimum des § 32 EStG überein. Es wurden keine weiteren Änderungen in den Unterhaltsgrundsätzen vorgenommen und Frankfurt hat auch nochmals der Einfrierung der 4. Altersgruppe zugestimmt.

Der Selbstbehalt wurde nicht erhöht.

2. Die öffentlichen Leistungen, die an den Mindestunterhalt angeknüpft sind, erhöhten sich ab 1.1., aber nur kurzfristig in dem aktuellen Betrag, denn
3. Im Juli 2019 erfolgt die Erhöhung des Kindergeldes. Dies liegt bereits fest und ist bei der Antragstellung schon zu beachten.
Damit ändern sich auch die Leistungen des Unterhaltsvorschusses und des Sozialgeldes nach dem SGB II.

Und in 2020?

Für 2020 sind größere Änderungen im Unterhaltsrecht zu erwarten. In jedem Fall werden dann die Selbstbehaltssätze Thema werden, aber natürlich auch die Düsseldorfer Tabelle, insbesondere die 4. Altersstufe.

Nicht gänzlich ausgeschlossen werden kann, dass der Gesetzgeber bis 2020 sowohl die geplanten Änderungen im Kindschaftsrecht als auch die Änderungen im Unterhaltsrecht verabschieden wird. Vorgesehen ist hier, dass das Residenzmodell insoweit aufgelöst wird, als nach Betreuungsanteilen gewichtet wird. Dies bedingt selbstverständlich eine Änderung auch im Bereich des Kindesunterhaltes, wenn beide Elternteile die Betreuung übernehmen und dann beide auch zum Barbedarf beitragen müssen. Hier ist eine Änderung des § 1606 Abs. 3 S. 2 BGB zwingend erforderlich. Damit einhergehend dürfte sich auch die Struktur der Düsseldorfer Tabelle verändern. Änderungen werden sich wohl auch in Bezug auf den Selbstbehalt ergeben, wobei nicht ausgeschlossen ist, dass auch dieser im Gesetz verankert wird.

Neues zur Verwirkung wegen Zeitablaufs und aktuelle Rechtsprechung zum Unterhalt

1. Entscheidung des BGH vom 31.1.2018¹:

Leitsätze:

a) Ein nicht geltend gemachter Unterhaltsanspruch kann grundsätzlich schon vor Eintritt der Verjährung und auch während der Hemmung nach § 207 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB verwirkt sein (Fortführung von Senatsurteil BGHZ 103, 62 = FamRZ 1988, 370 und Senatsbeschluss vom 16. Juni 1999 XII ZA 3/99 FamRZ 1999, 1422).

b) Das bloße Unterlassen der Geltendmachung des Unterhalts oder der Fortsetzung einer begonnenen Geltendmachung kann das Umstandsmoment der Verwirkung nicht begründen (Anschluss an Senatsurteil vom 9. Oktober 2013 XII ZR 59/12 NJW-RR 2014, 195).

Gründe:

Die Beteiligten streiten um rückständigen Kindesunterhalt für die Zeit von Juli 2011 bis August 2013.

Der Antragsteller ist der im Juni 1993 geborene Sohn des Antragsgegners. Er lebte während des streitgegenständlichen Unterhaltszeitraums bei seiner Mutter und befand sich in der allgemeinen Schulausbildung. Mit Schreiben vom 14. Juli 2011 forderte er den Antragsgegner zur Auskunftserteilung über dessen Einkommens- und Vermögensverhältnisse und Zahlung von Unterhalt auf. Mit Schreiben vom 26. Juli 2011 erteilte der Antragsgegner die begehrte Auskunft. Nachdem er vom Antragsteller über das Einkommen der Mutter informiert worden war, errechnete der Antragsgegner im Oktober 2011 eine auf ihn entfallende Unterhaltsquote von 129 €. Er forderte den Antragsteller zur Bestätigung auf, worauf dieser nicht reagierte. Der Antragsgegner zahlte dreimal 140 €. Erstmals mit Schreiben vom 19. August 2013 bezifferte der Antragsteller seinen monatlichen Unterhaltsanspruch auf 205 €. Mit Schreiben vom 27. August 2013 wies der Antragsgegner die Unterhaltsforderung zurück und verwies den Antragsteller auf den Klageweg.

Gegen einen im Dezember 2014 beantragten und im Januar 2015 erlassenen Mahnbescheid hat der Antragsgegner Widerspruch eingelegt. Die noch im Januar 2015 angeforderte zweite Gebührenhälfte hat der Antragsteller im Juli 2015 eingezahlt, worauf das Verfahren an das für das streitige Verfahren zuständige Amtsgericht abgegeben worden ist. Die im Juli 2015 angeforderte Anspruchsbegründung hat der Antragsteller im Januar 2016 eingereicht.

Das Amtsgericht hat den Antragsgegner antragsgemäß zur Zahlung eines Unterhaltsrückstands von 4.104 € (26 x 174 € abzüglich Zahlungen von 420 €) nebst Zinsen verpflichtet. Das Oberlandesgericht

¹ XII ZB 133/17 FamRZ 2018, 589

hat den Antrag auf die Beschwerde des Antragsgegners abgewiesen. Dagegen richtet sich die zugelassene Rechtsbeschwerde des Antragstellers, der die Wiederherstellung der amtsgerichtlichen Entscheidung erstrebt.

II.

Die Rechtsbeschwerde hat bis auf einen kleinen Teil Erfolg.

1. Nach Auffassung des Oberlandesgerichts, dessen Entscheidung in juris veröffentlicht ist, sind die Unterhaltsansprüche nach allgemeinen Grundsätzen gemäß § 242 BGB verwirkt. Die Verwirkung könne deutlich früher greifen als eine Verjährung. Da ein Unterhaltsberechtigter zeitnah auf den Unterhalt angewiesen sei, könne der Unterhaltsschuldner auch zeitnah mit der Durchsetzung der Ansprüche rechnen. Eine Verwirkung könne auch unter Berücksichtigung des Umstandsmoments in Betracht kommen, wenn der Unterhaltsgläubiger auf eine von ihm angeforderte Auskunft über die Einkommensverhältnisse des Unterhaltsschuldners den Unterhaltsanspruch nicht beziffere.

Richtig sei zwar, dass während einer Hemmung der Verjährung auch eine Verwirkung in der Regel nicht in Betracht komme. Maßgeblich sei aber, ob das Umstands- und das Zeitmoment erfüllt seien, was vorliegend der Fall sei. Das Zeitmoment sei nach Ablauf eines Jahres für die betreffenden Unterhaltsansprüche erfüllt, was ebenfalls für den Minderjährigenunterhalt und für den Unterhalt privilegierter Volljähriger gelte.

Auch das Umstandsmoment sei erfüllt, denn der Antragsgegner habe da-rauf vertrauen können, dass kein Unterhalt mehr für den streitgegenständlichen Unterhaltszeitraum geltend gemacht werde. Im Hinblick auf die beengten Verhältnisse des Antragsgegners bedürfe es keiner besonderen Feststellungen dazu, dass sich dieser auf den Fortfall der Unterhaltszahlungen eingerichtet habe. Dass der Antragsgegner selbst seine Unterhaltsverpflichtung auf monatlich 129 € errechnet habe, stehe dem nicht entgegen. Denn eine Bestätigung des Antragstellers sei nicht eingegangen, der Antragsteller habe vielmehr überhaupt nicht reagiert. Teilzahlungen habe der Antragsgegner nur dreimal geleistet und dann seine Zahlungen eingestellt, ohne dass eine Reaktion des Antragstellers erfolgt sei. Gerade dieses Verhalten habe in dem Antragsgegner zu Recht die Erwartung erwecken können, der Antragsteller werde seine Unterhaltsansprüche nicht mehr geltend machen. Der volljährige Antragsteller habe mit der Durchsetzung seiner Ansprüche begonnen, dann aber aus welchen Gründen auch immer nicht reagiert. Dies rechtfertige aus der Sicht des Antragsgegners die Erwartung, Ansprüche würden nicht mehr durchgesetzt.

§ 207 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB stehe der Annahme einer Verwirkung nicht entgegen. Aus der Neufassung der Vorschrift durch das Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts vom 24. September 2009 folge nicht, dass generell keine Verwirkung von Unterhaltsansprüchen während des Hemmungszeitraums, also bis zur Vollendung des 21. Lebensjahres des Kindes, in Betracht komme. Zwar müsse angesichts der Neufassung die Annahme einer Verwirkung streng geprüft werden. Der Gläubiger brauche seine Forderung einstweilen nicht anzumelden. Daraus könne aber nicht generell geschlossen werden, dass eine Verwirkung innerhalb des Hemmungszeitraums nicht möglich sei. Das entspreche auch der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Verwirkung während der Minderjährigkeit im Bereich von § 204 Satz 2 BGB aF. Die ratio legis des § 207 BGB erfordere jedoch besondere Umstände, die während der Dauer der Hemmung der Verjährung eine Verwirkung rechtfertigen würden, und stehe der Verwirkung nicht entgegen, wenn das volljährige Kind seinen Unterhaltsanspruch außergerichtlich mit anwaltlicher Hilfe geltend mache, dann aber nicht weiter

durchsetze. Dass dann ohnehin die Wahrung des Familienfriedens nicht mehr gegeben sei, stehe außer Frage. Maßgeblich bleibe, ob der Unterhaltsschuldner die berechtigte Erwartung haben durfte, der An-spruch werde nicht mehr geltend gemacht.

Letzteres sei vorliegend zu bejahen. Der Antragsteller habe unmittelbar nach Eintritt seiner Volljährigkeit seinen Verfahrensbevollmächtigten mit der Geltendmachung von Volljährigenunterhalt beauftragt. Er habe ausdrücklich eine Bezifferung des Anspruchs nach Auskunftserteilung durch den Antrags-gegner angekündigt. Der Antragsgegner habe die Auskunft erteilt und den Unterhalt berechnet. Eine Bestätigung durch den Antragsteller innerhalb der gesetzten Frist sei nicht erfolgt, vielmehr habe sich der Antragsteller bis zu seinem Schreiben vom 19. August 2013 gar nicht mehr geäußert. Auch die nur dreimalige Zahlung von Unterhalt in Höhe von jeweils 140 € sei von ihm nicht moniert worden. Nachdem der Antragsgegner eine Zahlung mit Schreiben vom 27. August 2013 abgelehnt habe, habe der Antragsteller bis zur Einleitung des Mahnverfahrens Ende 2014 nichts mehr veranlasst. Aufgrund dieses "Verfahrensablaufs" habe der Antragsgegner jedoch hinsichtlich sämtlicher geltend gemachter Rückstände davon ausgehen können, dass der Antragsteller diese nicht mehr beanspruchen werde. Das Vertrauen auf die Nichtgeltendmachung sei auch im Hinblick darauf gerechtfertigt gewesen, dass eine Mithaftung beider Elternteile gegeben sei und der Antragsgegner in der Korrespondenz immer wieder auf die wesentlich bessere Einkommenssituation der Mutter hingewiesen habe. Dass der Antragsteller auf den Unterhalt angewiesen sei, sei für den Antragsgegner vor diesem Hintergrund nicht zwingend ersichtlich gewesen.

2. Das hält rechtlicher Überprüfung im Wesentlichen nicht stand.

a) Eine Verwirkung kommt, wovon das Oberlandesgericht zutreffend ausgegangen ist, nach allgemeinen Grundsätzen in Betracht, wenn der Berechtigte ein Recht längere Zeit nicht geltend macht, obwohl er dazu in der Lage wäre, und der Verpflichtete sich mit Rücksicht auf das gesamte Verhalten des Berechtigten darauf einrichten durfte und eingerichtet hat, dass dieser sein Recht auch in Zukunft nicht geltend machen werde. Insofern gilt für Unterhaltsrückstände nichts anderes als für andere in der Vergangenheit fällig gewordene Ansprüche (Senatsurteile vom 22. November 2006 XII ZR 152/04 FamRZ 2007, 453, 455 und BGHZ 152, 217 = FamRZ 2002, 1698 mwN).

aa) Bei Unterhaltsrückständen spricht vieles dafür, an das sogenannte Zeitmoment der Verwirkung keine strengen Anforderungen zu stellen. Nach § 1613 Abs. 1 BGB kann Unterhalt für die Vergangenheit ohnehin nur ausnahmsweise gefordert werden. Von einem Unterhaltsgläubiger, der lebensnotwendig auf Unterhaltsleistungen angewiesen ist, muss eher als von einem Gläubiger anderer Forderungen erwartet werden, dass er sich zeitnah um die Durchsetzung des Anspruchs bemüht. Andernfalls können Unterhaltsrück-stände zu einer erdrückenden Schuldenlast anwachsen. Abgesehen davon sind im Unterhaltsverfahren die für die Bemessung des Unterhalts maßgeblichen Einkommensverhältnisse der Parteien nach längerer Zeit oft nur schwer aufklärbar. Diese Gründe, die eine möglichst zeitnahe Geltendmachung von Unterhalt nahelegen, sind so gewichtig, dass das Zeitmoment der Verwirkung auch dann erfüllt sein kann, wenn die Rückstände Zeitabschnitte betreffen, die etwas mehr als ein Jahr zurückliegen. Denn nach den gesetzlichen Bestimmungen der §§ 1585 b Abs. 3, 1613 Abs. 2 Nr. 1 BGB verdient der Gesichtspunkt des Schuldnerschutzes bei Unterhaltsrückständen für eine mehr als ein Jahr zurückliegende Zeit besondere Beachtung. Diesem Rechtsgedanken kann im Rahmen der Bemessung des Zeitmoments in der Weise Rechnung getragen werden, dass das Verstreichenlassen einer Frist von mehr als einem Jahr ausreichen kann

(Senatsurteile vom 22. November 2006 XII ZR 152/04 FamRZ 2007, 453, 455; BGHZ 152, 217 = FamRZ 2002, 1698 f. mwN und BGHZ 103, 62 = FamRZ 1988, 370, 372).

bb) Nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs müssen zum reinen Zeitablauf besondere, auf dem Verhalten des Berechtigten beruhende Umstände hinzutreten, die das Vertrauen des Verpflichteten rechtfertigen, der Berechtigte werde seinen Anspruch nicht mehr geltend machen (Senatsurteile vom 9. Oktober 2013 XII ZR 59/12 NJW-RR 2014, 195 Rn. 11 mwN und BGHZ 152, 217 = FamRZ 2002, 1698, 1699).

Der Vertrauenstatbestand kann nicht durch bloßen Zeitablauf geschaffen werden (Senatsurteil vom 9. Oktober 2013 XII ZR 59/12 NJW-RR 2014, 195 Rn. 11 mwN). Dementsprechend kann ein bloßes Unterlassen der Geltendmachung des Anspruchs für sich genommen kein berechtigtes Vertrauen des Schuldners auslösen. Dies gilt nicht nur für eine bloße Untätigkeit des Gläubigers, sondern grundsätzlich auch für die von diesem unterlassene Fortsetzung einer bereits begonnenen Geltendmachung. Auch wenn der Gläubiger davon absieht, sein Recht weiter zu verfolgen, kann dies für den Schuldner nur dann berechtigterweise Vertrauen auf eine Nichtgeltendmachung hervorrufen, wenn das Verhalten des Gläubigers Grund zu der Annahme gibt, der Unterhaltsberechtigte werde den Unterhaltsanspruch nicht mehr geltend machen, insbesondere weil er seinen Rechtsstandpunkt aufgegeben habe (vgl. Senatsurteil BGHZ 103, 62 = FamRZ 1988, 370, 373).

cc) Das Oberlandesgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass die für die Verjährung geltende Regelung in § 207 BGB eine Verwirkung nicht ausschließt. Auch wenn dem Anspruchsgläubiger im Rahmen der Verjährung ein gesetzlicher Hemmungstatbestand zugutekommt, steht dies einer Verwirkung des Unterhaltsanspruchs nach der Rechtsprechung des Senats nicht entgegen. So hat der Senat für den Trennungsunterhalt die Hemmung während bestehender Ehe nach § 204 Satz 1 BGB in der Fassung vom 1. Januar 1964 nicht als Hinderungsgrund für die Verwirkung angesehen (Senatsurteil BGHZ 103, 62 = FamRZ 1988, 370, 372). Ebenso hat der Senat beim Minderjährigenunterhalt in Bezug auf die Hemmung nach § 204 Satz 2 BGB in der Fassung vom 1. Januar 1964 entschieden (Senatsbeschluss vom 16. Juni 1999 XII ZA 3/99 FamRZ 1999, 1422).

Entgegen einer in der Literatur vertretenen Auffassung (Münch-KommBGB/Grothe 7. Aufl. § 207 Rn. 7 mwN) schließt die ratio legis des § 207 BGB den Eintritt der Verwirkung während des Hemmungszeitraums nicht aus. Die gesetzlichen Hemmungstatbestände beziehen sich auf das Verjährungsrecht und haben wie die Verjährung im allgemeinen nur Bedeutung für die Frage, ob die Durchsetzbarkeit eines Anspruchs allein aus Zeitgründen scheitert. Ihre Wirkung besteht dementsprechend darin, dass sie den Ablauf der Verjährungsfrist hinausschieben. Für die Verwirkung muss hingegen das Umstands-moment hinzutreten. Zur Annahme der Verwirkung muss für den Schuldner ein vom Gläubiger gesetzter besonderer Vertrauenstatbestand vorliegen, der vom Schuldner konkret darzulegen und im Bestreitensfall zu beweisen ist. Da Verjährung und Verwirkung auf unterschiedlichen Grundlagen beruhen, widerspricht der Eintritt der Verwirkung mithin nicht dem Hemmungstatbestand des § 207 BGB. Eine Verwirkung kann bei Vorliegen eines entsprechenden Vertrauenstatbestands folglich auch während der Hemmung eintreten. Zu beachten ist allerdings stets, dass der Unterhaltsberechtigte dem Unterhaltspflichtigen durch sein Verhalten Anlass gegeben haben muss, auf die künftige Nichtgeltendmachung von Unterhaltsansprüchen zu vertrauen, wofür jedenfalls ein bloßes Unterlassen nicht ausreicht.

b) Nach diesen Maßstäben ist im vorliegenden Fall entgegen der Auffassung des Oberlandesgerichts eine Verwirkung nicht eingetreten. Zwar steht die Annahme des Zeitmoments im Einklang mit der Senatsrechtsprechung. Es fehlt aber an der Verwirklichung des Umstandsmoments.

Die vom Oberlandesgericht angeführten Umstände waren nicht geeignet, ein berechtigtes Vertrauen des Antragsgegners zu begründen. Dass der Antragsteller den Anspruch entgegen seiner Ankündigung nach der Auskunftserteilung durch den Antragsgegner zunächst nicht bezifferte, ließ einen entsprechenden Rückschluss auf die künftige Nichtgeltendmachung noch nicht zu. Zu der Annahme, der Antragsteller habe nach der Auskunftserteilung etwa seinen Rechtsstandpunkt aufgegeben und sei selbst davon ausgegangen, ein Unterhaltsanspruch bestehe nicht, bestand für den Antragsgegner keine Veranlassung. Gegenteiliges könnte allenfalls dann angenommen werden, wenn der Anspruch ausgehend von der Auskunft etwa wegen eines dadurch ausgewiesenen, unterhalb des Selbstbehalts liegenden Einkommens ersichtlich mangels Leistungsfähigkeit nicht gegeben gewesen wäre. Da das Einkommen des Antragsgegners aber schon nach der Auskunft oberhalb des angemessenen Selbstbehalts lag, kann auch der in der vorgerichtlichen Korrespondenz vom Antragsgegner gegebene Hinweis auf eine wesentlich bessere Einkommenssituation der Mutter des Antragstellers zu keiner anderen Einschätzung führen. Denn daraus konnte sich hier nur eine Reduzierung, nicht aber der vollständige Ausschluss eines vom Antragsgegner geschuldeten Unterhalts ergeben.

Der Antragsgegner ist dementsprechend zunächst selbst nicht davon ausgegangen, er müsse keinen Unterhalt zahlen. Denn er berechnete seinerseits den von ihm zu erbringenden Unterhaltsanteil auf monatlich 129 € und leistete drei Zahlungen von je 140 €. Die übrigen vom Oberlandesgericht angeführten Umstände bestehen schließlich nur im Unterlassen der weiteren Geltendmachung des Unterhalts durch den Antragsteller. Dadurch allein konnte ein berechtigtes Vertrauen des Antragsgegners nicht begründet werden. Nach den von den Vorinstanzen erschöpfend getroffenen Feststellungen ist der geltend gemachte Unterhalt folglich nicht verwirkt.

3. Die Entscheidung des Oberlandesgerichts hat dennoch in geringem Umfang Bestand. Der Antrag ist teilweise abzuweisen, weil das Amtsgericht den Unterhalt geringfügig zu hoch berechnet hat.

Das Amtsgericht hat die nach § 1606 Abs. 3 Satz 1 BGB zu bildende Unterhaltsquote unter Zugrundelegung des sogenannten notwendigen Selbstbehalts ermittelt, was zu einer überhöhten Unterhaltsbeteiligung des Antragsgegners geführt hat. Das Amtsgericht ist ausgehend von einem nach Abzug des vollen Kindergelds verbleibenden Unterhaltsbedarf von durchgehend monatlich 441 € zu auf den Antragsgegner entfallenden Unterhaltsbeträgen in Höhe von monatlich 187 € (7/2011 bis 12/2012) bzw. 184 € (1-8/2013) gelangt. Dies steht mit der Rechtsprechung des Senats nicht im Einklang. Nach dieser sind die auf die Eltern entfallenden Unterhaltsanteile zu berechnen, indem das Einkommen grundsätzlich nicht um den notwendigen, sondern um den angemessenen Selbstbehalt bereinigt wird und die den Eltern danach verbleibenden verfügbaren Einkommen ins Verhältnis gesetzt werden (Senatsbeschluss vom 11. Januar 2017 XII ZB 565/15 FamRZ 2017, 437 Rn. 41 mwN; so auch Nr. 13.1.1 und Nr. 13.3 der vom Amtsgericht herangezogenen Süddeutschen Leitlinien). Die hier erforderliche Korrektur führt aber rechnerisch wegen der geringen Differenz zwischen den beiden Elterneinkommen nur zu geringfügig niedrigeren Unterhaltsbeträgen von monatlich 174 € (7/2011 bis 12/2012) bzw. 170 € (18/2013). Die Gesamtsumme des für den streitgegenständlichen Zeitraum nach Abzug der gezahlten 420 € aufgelaufenen Unterhalts beträgt mithin nur 4.072 €.

Anmerkung:

Mit dieser Entscheidung hat der BGH zunächst klargestellt, dass die Besonderheiten der Verjährungshemmung aus familiären Gründen wie sie § 209 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB vorsieht und die beim Kindesunterhalt den Beginn der Verjährung auf das 21. Lebensjahr hinausschieben, nicht dazu führt, dass auch die Verwirkung von Unterhaltsansprüchen gehemmt wäre. Er behält vielmehr die Regelung bei, wonach die Verwirkung vorher eintreten kann, wenn das Zeitmoment und das Umstandsmoment erfüllt sind.

Das Zeitmoment definiert der BGH nach wie mit auf 1 Jahr, also eine sehr kurze Frist, die dem Umstand geschuldet ist, dass Unterhalt der Sicherung der Lebensgrundlage dient und daher umgehend geltend zu machen ist, sofern man sich nicht dem Verdacht aussetzen will, dass man den Unterhalt zur Bestreitung seiner Lebensgrundlage gar nicht benötigt, es also an der Bedürftigkeit fehlt.

Hinsichtlich des Umstandsmomentes ist nach Auffassung des BGH allerdings nicht allein der Zeitablauf ausreichend. Vielmehr muss ein Vertrauen darauf hinzutreten, dass der Unterhaltsbegehrende seine Auffassung, der auf Unterhalt in Anspruch genommene schulde ihm Unterhalt, aufgegeben habe, etwa weil er von der fehlenden Leistungsfähigkeit durch die Darstellung des in Anspruch Genommenen überzeugt wurde.

Diese Ausführungen sind wenig praktikabel in der Praxis, denn wie will der Pflichtige genau dieses Vertrauen darlegen? Im vom BGH entschiedenen Fall konnte man es aber noch nachvollziehen, weil der Unterhaltspflichtige ja selbst von einer – wenngleich auch geringeren - Zahlungsverpflichtung ausgegangen ist und zeitweise auch gezahlt hat. Hier kann man gut mit dem BGH argumentieren, dass der Pflichtige allein durch den Zeitablauf nicht darauf vertrauen konnte, nicht mehr in Anspruch genommen zu werden, wenn er selbst zugestanden hat, grundsätzlich Unterhalt zu schulden. Unklar war, ob der BGH nur in dem Einzelfall so argumentieren wollte, oder generell.

2. Entscheidung des BGH vom 7.2.2018:

Erst durch die 2. Entscheidung vom 7.2.2018 ist deutlich geworden, dass die vorstehende Aussage generell gelten soll.

Leitsätze:

- a) Ein isolierter Drittwiderantrag, mit dem ein familienrechtlicher Ausgleichsanspruch gegen den betreuenden Elternteil minderjähriger Kinder geltend gemacht wird, ist im Kindesunterhaltsverfahren unzulässig.
- b) Eine Ersparnis, die der zwei oder mehr Kinder betreuende beamtete Elternteil durch eine Erhöhung des Beihilfebemessungssatzes (etwa gemäß §§ 43 Abs. 1 Satz 2 NBhVO, 80 Abs. 5 Satz 5 NBG) erzielt, ist im Unterhaltsverfahren lediglich als Einkommen des betreuenden Elternteils zu berücksichtigen. Sie ist zwischen den Elternteilen auch dann nicht auszugleichen, wenn auch der andere Elternteil Beamter ist (Fortführung der Senatsurteile vom 3. November 1982 - IVb ZR 322/81 - FamRZ 1983, 49 und vom 11. Januar 1984 - IVb ZR 10/82 - FamRZ 1984, 374).
- c) Das bloße Unterlassen der Geltendmachung des Unterhalts oder der Fortsetzung einer begonnenen Geltendmachung kann das Umstandsmoment der Verwirkung nicht begründen (Anschluss an Senatsbeschluss vom 31. Januar 2018 - XII ZB 133/17 - zur Veröffentlichung bestimmt und an Senatsurteil vom 9. Oktober 2013 - XII ZR 59/12 - NJW-RR 2014, 195).

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

bb) Zu Unrecht hat das Oberlandesgericht angenommen, dass die Ansprüche der Antragsteller auf ihre privaten Krankenversicherungsbeiträge für den Zeitraum von August 2014 bis einschließlich Januar 2016 verwirkt wären.

(1) Zwar ist das Oberlandesgericht im Ansatz zutreffend davon ausgegangen, dass eine Verwirkung nach allgemeinen Grundsätzen in Betracht kommt, wenn der Berechtigte ein Recht längere Zeit nicht geltend macht, obwohl er dazu in der Lage wäre, und der Verpflichtete sich mit Rücksicht auf das gesamte

² XII ZB 338/17 FamRZ 2018, 681

Verhalten des Berechtigten darauf einrichten durfte und eingerichtet hat, dass dieser sein Recht auch in Zukunft nicht geltend machen wird (Senatsbeschluss vom 31. Januar 2018 - XII ZB 133/17 - zur Veröffentlichung bestimmt; Senatsurteile vom 22. November 2006 - XII ZR 152/04 - FamRZ 2007, 453, 455 und BGHZ 152, 217 = FamRZ 2002, 1698 mwN).

Zutreffend ist das Oberlandesgericht auch davon ausgegangen, dass bei Unterhaltsrückständen vieles dafür spricht, an das sogenannte Zeitmoment der Verwirkung keine strengen Anforderungen zu stellen, so dass das Zeitmoment auch dann erfüllt sein kann, wenn die Rückstände Zeitabschnitte betreffen, die etwas mehr als ein Jahr zurückliegen (Senatsbeschluss vom 31. Januar 2018 - XII ZB 133/17 - zur Veröffentlichung bestimmt; Senatsurteile vom 22. November 2006 - XII ZR 152/04 - FamRZ 2007, 453, 455; BGHZ 152, 217 = FamRZ 2002, 1698 f. mwN und BGHZ 103, 62 = FamRZ 1988, 370, 372).

Das Oberlandesgericht verkennt indessen, dass nach diesen Maßstäben das Zeitmoment allenfalls für die Zeit von August bis November 2014 erfüllt sein könnte, weil die Antragsteller mit anwaltlichem Schreiben vom 26. November 2015 auf ihre Ansprüche zurückgekommen sind.

(2) Nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs müssen zum reinen Zeitablauf besondere, auf dem Verhalten des Berechtigten beruhende Umstände hinzutreten, die das Vertrauen des Verpflichteten rechtfertigen, der Berechtigte werde seinen Anspruch nicht mehr geltend machen (Senatsbeschluss vom 31. Januar 2018 - XII ZB 133/17 - zur Veröffentlichung bestimmt; Senatsurteile vom 9. Oktober 2013 - XII ZR 59/12 - NJW-RR 2014, 195 Rn. 7, 11 mwN und BGHZ 152, 217 = FamRZ 2002, 1698, 1699).

Der Vertrauenstatbestand kann nicht durch bloßen Zeitablauf geschaffen werden (Senatsbeschluss vom 31. Januar 2018 - XII ZB 133/17 - zur Veröffentlichung bestimmt und Senatsurteil vom 9. Oktober 2013 - XII ZR 59/12 - NJW-RR 2014, 195 Rn. 11 mwN). Dementsprechend kann ein bloßes Unterlassen der Geltendmachung des Anspruchs für sich genommen kein berechtigtes Vertrauen des Schuldners auslösen. Dies gilt nicht nur für eine bloße Untätigkeit des Gläubigers, sondern grundsätzlich auch für die von diesem unterlassene Fortsetzung einer bereits begonnenen Geltendmachung. Auch wenn der Gläubiger davon absieht, sein Recht weiter zu verfolgen, kann dies für den Schuldner nur dann berechtigterweise Vertrauen auf eine Nichtgeltendmachung hervorrufen, wenn das Verhalten des Gläubigers Grund zu der Annahme gibt, der Unterhaltsberechtigte werde diesen

Unterhaltsanspruch endgültig nicht mehr geltend machen, insbesondere weil er seinen Rechtsstandpunkt aufgegeben hat (Senatsbeschluss vom 31. Januar 2018 - XII ZB 133/17 - zur Veröffentlichung bestimmt; vgl. auch Senatsurteil BGHZ 103, 62 = FamRZ 1988, 370, 373).

Gemessen daran fehlt es vorliegend auch an der Verwirklichung des Umstandsmoments, denn die vom Oberlandesgericht angeführten Umstände waren nicht geeignet, ein berechtigtes Vertrauen des Antragsgegners zu begründen. Dass die Antragsteller ihre Ansprüche nach deren Zurückweisung durch den Antragsgegner zunächst nicht weiterverfolgten, ließ einen entsprechenden Rückschluss auf die künftige Nichtgeltendmachung nicht zu. Gegenteiliges ergibt sich auch nicht daraus, dass zum damaligen Zeitpunkt bereits ein Kindesunterhaltsverfahren zwischen den Beteiligten rechtshängig gewesen sein soll, zumal insoweit Feststellungen zum Streitgegenstand fehlen. Dass der Antragsgegner vor dem Oberlandesgericht erklärt hat, er habe damals zunächst gebildete Rücklagen aufgelöst, vermag ebenso wenig ein berechtigtes Vertrauen des Antragsgegners zu begründen, wobei es nicht darauf ankommt, inwieweit er sich auf die Nichtgeltendmachung bereits eingerichtet hatte.

Damit ist klargestellt, dass es sich bei der Entscheidung vom Januar nicht um einen Einzelfall gehandelt hat.

Tipp:

Zukünftig wird immer dann, wenn eine Zahlungspflicht bestritten wird, von den Anwälten der Unterhaltspflichtigen mitgeteilt werden, dass in dem Fall, dass der Anspruch nicht zeitnah gerichtlich geltend gemacht wird, davon ausgegangen wird, dass die Gegenseite ihre Rechtsauffassung geändert hat und keinen Anspruch mehr als gegeben ansieht. Wenn zu einer solchen Aufforderung geschwiegen wird ist das Umstandsmoment erfüllt.

Verfahrensrechtliches:

Die vorgenannte Entscheidung des BGH ist aber auch verfahrensrechtlich interessant und zwar bezogen auf den isolierten Drittwiderantrag mit dem auf einen familienrechtlichen Ausgleichsanspruch umgestellt wurde. Die

Ausführungen des BGH dazu sind lesenswert und haben in der Praxis eine erhebliche Bedeutung. Daher sollte auch der Beistand sie kennen.

Auszug aus den Gründen der BGH – Entscheidung:

cc) Der isolierte Drittwiderantrag des Antragsgegners ist entgegen der Auffassung des Oberlandesgerichts unzulässig.

Mit dem Drittwiderantrag wird die Mutter der Antragsteller auf Freistellung von den (künftigen und bis zur Rechtskraft der Entscheidung fälligen) Ansprüchen der Antragsteller auf Krankenversicherungsbeiträge, auf Mitwirkung an einer Übertragung des erhöhten Beihilfebemessungssatzes nach § 80 Abs. 5 Satz 5 NBG auf den Antragsgegner, hilfsweise auf Auskehrung der hälftigen Differenz dessen, was der Drittwiderantragsgegnerin verbleibe, wenn von ihrer durch den erhöhten Beihilfebemessungssatz in Bezug auf ihre eigene Krankenversicherung erzielten Ersparnis die Kosten der Antragsteller für den von dem Beihilfeanspruch nicht abgedeckten Krankenversicherungsanteil von 20 % abgezogen seien, in Anspruch genommen. Damit wird sie als Beteiligte in das Verfahren einbezogen, in dem sie bislang nicht Beteiligte war, ohne dass der Widerantrag auch die antragstellenden Kinder erfasst. Ein solcher isolierter Drittwiderantrag ist nach §§ 112 Nr. 1, 113 Abs. 1 FamFG, 33 ZPO analog nur zulässig, wenn die Gegenstände des Antrags und des Widerantrags tatsächlich und rechtlich eng miteinander verknüpft sind und weder schutzwürdige Interessen des Widerantragsgegners durch dessen Einbeziehung in den Rechtsstreit der Beteiligten verletzt werden (vgl. etwa BGH Beschluss vom 17. Dezember 2015 - III ZB 61/15 - ZfSch 2016, 225 Rn. 4, BGH Urteile vom 13. Juni 2008 - V ZR 114/07 - NJW 2008, 2852 Rn. 27 mwN und vom 13. März 2007 - VI ZR 129/06 - NJW 2007, 1753) noch schützenswerte Interessen des Antragstellers unberücksichtigt bleiben, die dadurch berührt sein können, dass der Verfahrensstoff sich ausweitet und das Verfahren länger dauern kann (vgl. BGH Urteil vom 7. November 2013 - VII ZR 105/13 - NJW 2014, 1670 Rn. 16).

Gemessen an diesen Grundsätzen ist der isolierte Drittwiderantrag vorliegend unzulässig. Nach § 1614 Abs. 1 BGB kann für die Zukunft auf Kindes-unterhalt nicht verzichtet werden. Zwar steht dies einer Freistellung von Unterhaltsansprüchen - auch solchen gemeinschaftlicher Kinder - nicht entgegen (vgl. Senatsurteil vom 15. Januar 1986 - IVb ZR 6/85 - FamRZ 1986, 444, 445). Wegen des Verzichtsverbots in § 1614 Abs. 1 BGB ist jedoch ein rechtlicher und sachlicher Zusammenhang einer Freistellung oder eines familienrechtlichen Ausgleichsanspruchs zwischen den Eltern mit den

Unterhaltsansprüchen gemeinschaftlicher Kinder ausgeschlossen. Jedes Kind hat einen Anspruch auf die Titulierung seiner Unterhaltsansprüche, ohne dass es darauf ankommt, ob ein Elternteil eine Freistellung oder einen familienrechtlichen Ausgleich beanspruchen kann. Durch einen isolierten Drittwiderantrag auf Freistellung oder familienrechtlichen Ausgleich werden schützenswerte verfahrensrechtliche Interessen des Kindes verletzt. Denn damit wäre stets eine Ausweitung des Verfahrensstoffes verbunden, weil sich Kindesunterhaltsansprüche einerseits und Ansprüche auf Freistellung oder familienrechtlichen Ausgleich andererseits entgegen der Auffassung des Oberlandesgerichts nach unterschiedlichen Kriterien bestimmen.

dd) Im Übrigen wäre der Drittwiderantrag des Antragsgegners entgegen der Auffassung des Oberlandesgerichts auch in der Sache nicht begründet.

(1) Der familienrechtliche Ausgleichsanspruch ist in der Rechtsprechung des Senats grundsätzlich für solche Fälle anerkannt, in denen ein Elternteil für den Unterhalt eines gemeinsamen Kindes aufgekommen ist und dadurch dessen Unterhaltsanspruch erfüllt hat, obwohl (auch) der andere Elternteil ganz oder teilweise unterhaltspflichtig war. Der Anspruch beruht auf der Unterhaltspflicht beider Eltern gegenüber ihrem Kind und ergibt sich aus der Notwendigkeit, die Unterhaltslast im Verhältnis zwischen ihnen nach § 1606 Abs. 3 Satz 1 BGB entsprechend ihrem Leistungsvermögen gerecht zu verteilen (Senatsbeschlüsse vom 8. Februar 2017 - XII ZB 116/16 - FamRZ 2017, 611 Rn. 11 und vom 20. April 2016 - XII ZB 45/15 - FamRZ 2016, 1053 Rn. 11 mwN). Ein Unterfall des familienrechtlichen Ausgleichsanspruchs ist der - wegen der gesetzlichen Anrechnungsregelung in § 1612 b Abs. 1 BGB freilich nur in seltenen Fällen in Betracht kommende - Anspruch eines Elternteils auf Ausgleich des dem anderen Elternteil gezahlten Kindergelds, obwohl in diesem Fall nicht geleisteter Unterhalt, sondern eine vorweggenommene Steuervergütung bzw. eine staatliche Sozialleistung im Rahmen des Familienlastenausgleichs ausgeglichen werden soll. Über den familienrechtlichen Ausgleichsanspruch können auch solche staatlichen Leistungen ausgeglichen werden, die beiden Eltern zur Erleichterung des Kindesunterhalts zugutekommen sollen, aber nur einem Elternteil tatsächlich zugeflossen sind (vgl. Senatsbeschluss vom 20. April 2016 - XII ZB 45/15 - FamRZ 2016, 1053 Rn. 12 und Senatsurteil BGHZ 150, 12, 29 = FamRZ 2002, 536, 541). Diese Voraussetzungen liegen hier indessen nicht vor.

Anmerkung:

Mit der Entscheidung macht der BGH erneut den verfahrensrechtlichen Unterschied zwischen Unterhaltsansprüchen und familienrechtlichen Ausgleichsansprüchen deutlich. Gut herausgearbeitet ist auch das Problem des isolierten Drittwiderantrages, das auch außerhalb des Unterhaltsrechts und hier besonders in den besonderen Familienstreitsachen eine Rolle spielen kann. Die Zulässigkeit eines isolierten Drittwiderantrages, also eines Widerantrages der sich nicht zugleich gegen den Antragsteller, sondern nur gegen einen Dritten richtet, ist die große Ausnahme. In solchen Fällen sollte ein isoliertes Verfahren geführt und nicht der Weg des Widerantrages gewählt werden.

3. Entscheidungen zur Auskunftserteilung

a) BGH – Beschluss vom 12.9.2018³

Leitsatz:

Zum Wert des Beschwerdegegenstandes bei einer Verpflichtung zur Auskunftserteilung (im Anschluss an Senatsbeschluss vom 10. Januar 2018 XII ZB 451/17 FamRZ 2018, 445).

b) BGH – Beschluss vom 18.7.2018⁴

Leitsatz:

Zum Wert der Beschwer für die Beschwerde gegen einen zur Auskunft und Belegvorlage verpflichtenden Beschluss (im Anschluss an BGHZ GSZ 128,85 = FamRZ 1995, 349).

Anmerkung:

In beiden Entscheidungen wiederholt der BGH seine ständige Rechtsprechung zur Höhe der Beschwer bei der Abwehr von Auskunftsverpflichtungen. Er bleibt

³ XII ZB 588/15 zitiert nach juris und

⁴ XII ZB 637/17 zitiert nach juris

dabei, dass in der Regel davon auszugehen ist, dass der Pflichtige die Auskunft selbst erteilen kann und daher nur von einem Betrag von 3,50€/ Stunde entsprechend der Zeugenentschädigung nach dem JVEG auszugehen ist. Interessant sind in der erstgenannten Entscheidung die breiten Ausführungen zum Geheimhaltungsinteresse und die erneute Betonung, dass zum Vortrag eines eventuellen den Wert der Beschwer erhöhenden Geheimhaltungsinteresses auch gehört, dass gerade von Auskunftsberechtigten die Gefahr ausgeht, dass dieser die erteilte Auskunft nicht ordnungsgemäß verwendet, sondern so, dass Belange Dritter, z. B. Kunden, Mandanten o.ä., dadurch gefährdet werden können. Dies dürfte wohl äußerst selten der Fall sein.

In beiden Entscheidungen verweist der BGH dann jeweils auf die Auslegungsmöglichkeit bezüglich der Auskunftsverpflichtung. Es bleibt dabei, dass bei nicht vollstreckungsfähigen Verpflichtungen die Beschwer um den Betrag zu erhöhen ist, der für die Abwehr einer unberechtigten Vollstreckung anfallen würde – gewöhnlich ist auch dieser zu gering, um die 600€ - Grenze zu erreichen.

Die Erhöhung der Beschwer um Kosten der Herstellung von Belegen kann auch in Betracht kommen, setzt aber voraus, dass die Entscheidung tatsächlich so zu verstehen ist, dass die Herstellung diese Belege und nicht nur deren Vorlage geschuldet wird. Der BGH hat bisher immer einen Weg gefunden, die Entscheidungen zur Auskunftserteilung und Belegvorlage so auszulegen, dass dies nicht der Fall ist. Auch die beiden vorgenannten Entscheidungen machen da keine Ausnahme. Der BGH reduziert die Belegvorlagepflicht vor allem in der letzten Entscheidung auf die bereits vorhandenen und im Zusammenhang mit der Steuererklärung dem Finanzamt vorgelegten Belegs sowie allenfalls die leeren Vordrucke aus dem Internet für nicht vorhandene Einkommensarten.

Fazit: Gegen die Auskunftserteilung hat man gewöhnlich kein Rechtsmittel, weil der Wert der Beschwer nicht erreicht ist. Spannender ist die Frage nach der Höhe der Beschwer, wenn der Auskunftsantrag zurückgewiesen oder ihm nur teilweise entsprochen wurden. Auch hier obliegt es dem Beschwerdeführer substantiierte Angaben zur Höhe der Beschwer zu machen.

c) OLG Frankfurt/ Main – Beschluss vom 26.9.2018⁵

Leitsätze:

Dient die titulierte Verpflichtung, Belege vorzulegen, dazu, die Richtigkeit einer Auskunft zu überprüfen, wird diese Verpflichtung wie die Auskunftserteilung selbst vollstreckt; es handelt sich zwar nicht um eine unvertretbare Handlung im eigentlichen Sinne, aber um eine im vollstreckungsrechtlichen Sinne die Auskunft ergänzende Verpflichtung.

Wurde die Vollstreckungsklausel zu einem Titel erkennbar ohne Einhaltung der dafür erforderlichen Voraussetzungen erteilt, bildet die vollstreckbare Ausfertigung gleichwohl die Grundlage der Vollstreckung die Klausel ist nur mit den dafür vorgesehenen Rechtsbehelfen aufhebbar.

In einem erstinstanzlichen Vollstreckungsverfahren ist eine eigenständige Kostenentscheidung durch das Vollstreckungsorgan entbehrlich, weil der Vollstreckungstitel selbst (in Verbindung mit § 788 ZPO) die Grundlage für die Beitreibung der angefallenen Vollstreckungskosten bildet.

Anmerkung:

Die Leitsätze sind selbsterklärend und zeigen nochmals die Voraussetzungen einer Auskunftsvollstreckung auf, d.h. auch der ordnungsgemäßen Zustellung, die zumindest in der Beschwerdeinstanz erfolgt sein muss. Aber auch die Gewichtung einer – wenn auch fehlerhaft – erteilten Vollstreckungsklausel wird hervorgehoben und letztlich auf § 788 ZPO verwiesen, der eine gesetzliche Kostentragungsregelung enthält.

⁵ 8 WF 94/18 zitiert nach hefam

Und nun nochmals zum Stufenverfahren

OLG Frankfurt, Beschluss vom 8.6.2018⁶

Leitsätze:

1. Erhebt ein dem Grunde nach Unterhaltsberechtigter gegen einen dem Grunde nach Unterhaltspflichtigen einen (unbezifferten) Stufenantrag und ergibt sich aus der daraufhin erteilten Auskunft, dass ein Unterhaltsanspruch nicht besteht, erledigt sich der unbezifferte Leistungsantrag dadurch nicht, weil er von Anfang an unbegründet war (BGH, FamRZ 1995, 348).
2. Spätestens seit Inkrafttreten des § 243 FamFG zum 1. September 2009 kann eine einseitig gebliebene Erledigungserklärung in einer Unterhaltssache nicht mehr als dahingehende Antragsänderung ausgelegt werden, dass nunmehr die Feststellung begehrt wird, dass der im Wege des unbezifferten Stufenantrags auf Zahlung in Anspruch genommene Antragsgegner dem Antragsteller in Folge des Verzugs mit der geschuldeten Auskunftserteilung materiell-rechtlich zum Ersatz der nutzlos aufgewendeten Kosten verpflichtet ist. Der Antragsteller muss sich entscheiden, ob er seinen materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruch im Rahmen eines gesonderten gerichtlichen Verfahrens (dessen Vorbereitung die Feststellung des materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruchs dienen würde) oder im Rahmen der nach einer Antragsrücknahme gemäß § 243 FamFG nach billigem Ermessen zu treffenden prozessualen Kostenentscheidung geltend macht (Abgrenzung zu BGH, FamRZ 1995, 348).

Auszug aus den Gründen:

Die fristgerecht eingelegte und begründete Beschwerde ist zulässig. Soweit die Beschwerdebegründung in der Beschwerdeschrift entgegen § 117 Abs. 1 Satz 1 FamFG keinen bestimmten Sachantrag enthält, ist dies unschädlich. Ob ein Beschwerdeantrag hinreichend bestimmt und ausreichend begründet ist, beurteilt sich nach den allgemeinen Grundsätzen sowie den Anforderungen des § 520 III 2 ZPO für eine Berufungsbegründung, obwohl § 117 Abs. 1 S. 4 nicht auf diese Vorschrift verweist (BGH, NJW 2012, 2814).

⁶ 4 UF 23/18 zitiert nach juris

Danach ist nicht zwingend ein förmlicher Sachantrag erforderlich; es reicht aus, wenn die innerhalb der Begründungsfrist eingereichten Schriftsätze des Beschwerdeführers ihrem gesamten Inhalt nach eindeutig ergeben, in welchem Umfang und mit welchem Ziel die Entscheidung angefochten werden soll (BGH, NJW 2013, 3722 , Rdnr. 10 f.; NJW 2012, 2814 , Rdnr. 14; NJW 2006, 2705 , Rdnr. 8 m.w.N.).

Im vorliegenden Fall lässt sich der Beschwerdebegründung eindeutig entnehmen, dass der Antragsgegner mit seiner Beschwerde in der Hauptsache an seinem erstinstanzlichen Begehren nach einer Zurückweisung der Erledigungserklärung der Antragstellerin festhält, soweit sich die Erledigungserklärung auf den unbeziffert gebliebenen Zahlungsantrag bezieht.

Die Beschwerde ist insoweit auch begründet und führt zu der aus dem Tenor ersichtlichen Abänderung der angefochtenen Entscheidung. Das Amtsgericht hat auf die hinsichtlich der Zahlungsstufe einseitig gebliebene Erledigungserklärung der Antragstellerin richtigerweise darüber entschieden, ob der unbeziffert gebliebene Zahlungsantrag der Antragstellerin bis zur Auskunftserteilung durch den Antragsgegner zulässig und begründet war. Unabhängig davon, welcher Theorie zur Rechtsnatur einer einseitig gebliebenen Erledigungserklärung im Zivilprozess man folgt, führt die einseitige Erledigungserklärung nämlich jedenfalls dazu, dass vom Gericht die Erledigung auszusprechen ist, wenn der Antrag bis zum Eintritt des erledigenden Ereignisses zulässig und begründet war, oder dass der Antrag zurückzuweisen ist, wenn eine dieser beiden Voraussetzungen nicht vorliegt (ständige höchstrichterliche Rechtsprechung, vgl. BGHZ 83, 12, 13; 23, 333, 340; BGH, NJW 1982, 767, 768; NJW 1986, 588).

Auch im Rahmen der Entscheidung über die Beschwerde ist über die einseitige Erledigungserklärung der Antragstellerin zu entscheiden, weil ihre an die Bedingung der Zustimmung des Antragsgegners geknüpfte Antragsrücknahme wegen der Bedingungsfeindlichkeit unmittelbar auf die Verfahrenslage einwirkender Prozessklärungen unzulässig und damit unwirksam ist (vgl. zur Unwirksamkeit einer unter einer Bedingung erklärten Antragsrücknahme Zöller/Greger, ZPO, 32. Aufl. 2018, Vor § 128, Rdnr. 20; § 269, Rdnr. 12, jeweils m.w.N.). Selbst wenn man die bedingte Antragsrücknahme als zulässig erachten wollte, wäre sie im Übrigen mangels Eintritts der Bedingung nicht wirksam geworden.

Entgegen der vom Amtsgericht vertretenen Auffassung kann nicht von einer Erledigung der unbeziffert gebliebenen Zahlungsstufe des von der Antragstellerin erhobenen Stufenantrags als Folge der Auskunftserteilung durch den Antragsgegner ausgegangen werden, weil der mit dem unbezifferten Zahlungsantrag verfolgte Anspruch auf Ehegattenunterhalt auch nach dem Vortrag der Antragstellerin zu keinem Zeitpunkt bestand. Der Zahlungsantrag ist daher nicht erst durch die Auskunftserteilung unbegründet geworden (vgl. BGH, FamRZ 1995, 348).

Soweit der Bundesgerichtshof die einseitige Erledigungserklärung des Klägers in der vorstehend zitierten Entscheidung vom 5.5.1994 dahingehend ausgelegt hat, dass mit ihr gleichzeitig die Feststellung begehrt wird, dass der im Wege des unbezifferten Stufenantrags auf Zahlung in Anspruch genommene Beklagte dem Kläger in Folge des Verzugs mit der geschuldeten Auskunftserteilung materiell-rechtlich zum Ersatz der nutzlos aufgewendeten Kosten verpflichtet ist, sieht sich der Senat an einer entsprechenden Auslegung der Erledigungserklärung im vorliegenden Fall durch die am 1.9.2009 in Kraft getretenen Bestimmungen des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit gehindert.

Nach § 243 Satz 1 FamFG entscheidet das Familiengericht in Unterhaltssachen abweichend von den Vorschriften der Zivilprozessordnung nach billigem Ermessen über die Verteilung der Kosten des Verfahrens auf die Beteiligten, und zwar auch in allen erdenklichen Fällen der Antragsrücknahme. § 269 Abs. 3 Satz 2 ZPO, der bis zum 31.8.2009 auch auf das Verfahren in Unterhaltssachen Anwendung fand, sah in seiner bis zum 30.6.1998 geltenden Fassung hingegen eine zwingende Kostentragung des Klägers im Falle der Klagerücknahme vor. Die Geltendmachung eines materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruchs des Klägers in einer Unterhaltssache setzte daher entweder ein gesondertes gerichtliches Verfahren oder eben eine dahingehende Klageänderung voraus, dass statt des ursprünglich verfolgten Klageziels nunmehr nur noch der materiell-rechtliche Kostenerstattungsanspruch bzw. die Feststellung des Bestehens eines selbigen geltend gemacht wird.

Auch wenn das Rechtsschutzbedürfnis für eine entsprechende Kostenerstattungsklage oder einen entsprechenden Feststellungsantrag durch die seit dem 1.1.2002 durch § 269 Abs. 3 Satz 3, Abs. 4 Satz 1 ZPO oder in Unterhaltssachen seit dem 1.9.2009 durch § 243 FamFG eröffnete Möglichkeit der Herbeiführung einer prozessualen Kostenentscheidung auch im Falle der Klage- bzw. Antragsrücknahme nicht entfällt (BGH, NJW 2013, 2201), stehen die dem Kläger bzw. Antragsteller nunmehr eröffneten prozessualen

Möglichkeiten dennoch einer Auslegung einer einseitigen Erledigungserklärung als Antrag auf Feststellung des Bestehens eines materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruchs entgegen. Wird ein Unterhaltspflichtiger im Wege des Stufenantrags auf Unterhalt in Anspruch genommen und ergibt die Auskunftserteilung, dass der geltend gemachte Unterhaltsanspruch nicht besteht, kann der Unterhaltsberechtigte einen aus dem Verzug des Unterhaltspflichtigen mit der Auskunftserteilung erwachsenden Kostenerstattungsanspruch nämlich sowohl im Rahmen der nach § 243 FamFG auch nach erfolgter Antragsrücknahme zu treffenden prozessualen Kostenentscheidung als auch im Rahmen eines gesonderten gerichtlichen Verfahrens geltend machen. Solange er sich nicht dazu äußert, für welche der beiden Möglichkeiten er sich entscheidet, kann seine einseitige Erledigungserklärung daher weder als mit einem prozessualen Kostenantrag verbundene Antragsrücknahme noch als Umstellung des ursprünglichen Zahlungsbegehrens auf das Begehren der Feststellung der materiell-rechtlichen Kostentragungspflicht der Antragsgegnerseite ausgelegt werden. Dies gilt umso mehr, als die anwaltlich vertretene Antragstellerin der vom Amtsgericht vorgenommenen Auslegung ihrer Erledigungserklärung als bloßen Antrag auf Feststellung der Erledigung der Hauptsache nicht widersprochen hat und hieran auch im Beschwerdeverfahren festhält.

Die Entscheidung über die Kosten beider Rechtszüge beruht auf § 243 FamFG, welcher - wie dargestellt - in Unterhaltssachen die Vorschriften der Zivilprozessordnung über die Kostenverteilung verdrängt, weshalb es auch keiner entsprechenden Anwendung des § 269 Abs. 3 Satz 3 ZPO bedarf, der die Kostenentscheidung in das Ermessen des Gerichts stellt, wenn eine Klage zurückgenommen worden ist, weil der Anlass für die Einreichung der Klage noch vor deren Rechtshängigkeit weggefallen ist (vgl. zur entsprechenden Anwendbarkeit des § 269 Abs. 3 Satz 3 ZPO auf die Rücknahme von Stufenklagen nach Auskunftserteilung Zöller/Vollkommer, ZPO, 32. Aufl. 2018, § 91a, Rdnr. 58, Stichwort "Stufenklage"). Im Rahmen des vom Gericht auch nach § 243 Satz 1 FamFG auszuübenden billigenden Ermessens sind gemäß § 243 Satz 2 Nr. 1 und 2 FamFG insbesondere zu berücksichtigen das Verhältnis von Obsiegen und Unterliegen der Beteiligten sowie der Umstand, dass ein hierzu verpflichteter Beteiligter vor Beginn des Verfahrens einer Aufforderung des Gegners zur Erteilung der Auskunft und Vorlage von Belegen über das Einkommen nicht oder nicht vollständig nachgekommen ist.

Ausgehend hiervon hätte es im Falle einer Antragsrücknahme der Antragstellerin im Anschluss an die vom Antragsgegner erteilte Auskunft billigem Ermessen entsprochen, dem Antragsgegner die Kosten des ersten Rechtszugs in voller Höhe aufzuerlegen. Gerät ein dem Grunde nach zahlungspflichtiger Auskunftsschuldner mit der Erteilung einer geschuldeten Auskunft oder Belegvorlage in Verzug, ist der Auskunftsgläubiger zur Erhebung eines Stufenantrags berechtigt. Ihm entsteht - unabhängig vom Ergebnis der Auskunftserteilung bzw. Belegvorlage - gemäß §§ 280 Abs. 1 und 2, 286 BGB ein vom auskunftspflichtigen Beteiligten zu ersetzender Verzugsschaden in Höhe der für die Erhebung des Stufenantrags aufgewendeten Kosten (BGH, FamRZ 1995, 348).

Im vorliegenden Fall befand sich der nach §§ 1361 Abs. 4 Satz 4, 1605 BGB auskunftspflichtige Antragsgegner im Zeitpunkt der Antragseinreichung mit der Erteilung der geschuldeten Auskunft in Folge der im Schreiben vom 13.10.2016 enthaltenen Fristsetzung in Verzug. Unabhängig von der Frage, ob die nach erfolgter Antragseinreichung im Stadium der Verfahrenskostenhilfeprüfung erteilte Auskunft und Belegvorlage zum Erlöschen der diesbezüglichen Ansprüche der Antragstellerin führte, war im Zeitpunkt der Antragseinreichung gemäß § 9 Abs. 1 FamGKG bereits die Gerichtsgebühr nach Ziffer 1220 KV FamGKG fällig geworden. Die Anwaltsgebühr nach Ziffer 3100 VV RVG war zwar gemäß § 8 Abs. 1 RVG noch nicht fällig geworden, gemäß Vorbemerkung 3 Abs. 2 VV RVG aber bereits entstanden, weshalb der Antragstellerin bereits ein Verzugsschaden in entsprechender Höhe entstanden war, den sie im Hinblick auf Ziffer 1221 KV FamGKG und Ziffer 3101 VV RVG auch durch eine mit einem Kostenantrag verbundene Antragsrücknahme vor der Zustellung des Stufenantrags an den Antragsgegner nicht hätte mindern können.

Dennoch entspricht es billigem Ermessen, die Kosten des ersten Rechtszugs gegeneinander aufzuheben, weil die Antragstellerin ihren Antrag nach erfolgter Auskunftserteilung eben nicht zurückgenommen, sondern auf einen unbegründeten Antrag auf Feststellung der Erledigung umgestellt und damit sogar weitere Kosten ausgelöst hat, nämlich die auf beiden Seiten (allerdings aus einem nun niedrigeren Gegenstandswert) entstandene anwaltliche Terminsgebühr nach Ziffer 3104 Abs. 1 Nr. 1 VV RVG. Diese wäre im Falle einer Antragsrücknahme nicht entstanden.

Trotz des vollständigen Obsiegens des Antragsgegners mit seiner Beschwerde und dem vollständigen Unterliegen der Antragstellerin mit ihrer auch in der Beschwerdeinstanz aufrecht erhaltenen einseitigen Erledigungserklärung

entspricht es billigem Ermessen, auch die Kosten des zweiten Rechtszugs gegeneinander aufzuheben. Hierbei berücksichtigt der Senat, dass Ziel der von beiden Beteiligten abgegebenen prozessualen Erklärungen war, dass der Gegenseite die Kosten des ersten Rechtszugs in vollem Umfang auferlegt werden. Dieses Ziel hat - wie dargestellt - auch der Antragsgegner nicht erreicht, weshalb eine Kostenaufhebung auch für den zweiten Rechtszug billigem Ermessen entspricht.

Anmerkung:

Die Entscheidung ist überfällig. Im Hinblick auf § 243 FamFG mit seiner im Verhältnis zu den ZPO – Vorschriften flexibleren Möglichkeit der Kostenverteilung bedarf es im Unterhaltsrecht nicht mehr des Umweges über eine Erledigungserklärung, um der Kostentragungspflicht zu entgehen, wenn nach Auskunftserteilung das weitere Verfahren nicht mehr durchgeführt wird, weil es an der Leistungsfähigkeit fehlt. Daher kann die einseitige Erledigungserklärung nicht dahingehend ausgelegt werden, dass sich das Verfahren erledigt hat, weil der Antragsgegner über keine ausreichenden Einkünfte verfügt. Das folgt schon daraus, dass sich nur ein Verfahren, das von Anfang an zulässig und begründet war, erledigen kann. Die „analoge“ Anwendung, auf die man zurückgreifen musste, als es de § 243 FamFG noch nicht gab, benötigt man nicht mehr. Die Kostenregelung als Grundlage der Kostenerstattung für das Stufenverfahren, das die Gegenseite wegen ihrer Weigerung, außergerichtlich Auskunft zu erteilen, veranlasst hat, kann jetzt über die letztgenannte Vorschrift erfolgen.

Sinnvoll ist es daher, nach erfolgter Auskunftserteilung, die die fehlende Leistungsfähigkeit belegt, den weitergehenden Stufenantrag zurückzunehmen unter Verweis auf die Kostentragungspflicht der Gegenseite nach § 243 FamFG. Tut man dies nicht und beharrt auf einer Feststellung der Erledigung kann der Antrag zurückgewiesen werden mit der Folge, dass die Kosten den Verlierer treffen. Dies wird insbesondere dann der Fall sein, wenn das Gericht den Hinweis entsprechend der obigen Entscheidung erteilt hat.

Rückzahlung überzahlten Unterhaltes – Aufrechnung oder doch Verwirkung nach §§ 1381, 1579 BGB oder § 27 Versorgungsausgleichsgesetz ?

a) Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung

Bei allen Unterhaltstiteln ist eine rückwirkende Abänderung möglich. Damit entfällt für die Vergangenheit die bisherige Rechtsgrundlage der Zahlungen an den Unterhaltsberechtigten, was dem Zuvielleistenden einen Anspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 2 BGB⁷ gibt. Dabei ist die Voraussetzung für den Anspruch nach §§ 812 ff BGB, nämlich der Wegfall des Rechtsgrundes über die Abänderungsvorschriften der §§ 238 f. FamFG zu klären, da solange die Forderung tituliert ist, ein Rechtsgrund für die Zahlung besteht⁸. Dies gilt auch für eine Titulierung im Wege der einstweiligen Anordnung, da damit ein Vollstreckungstitel geschaffen wurde. Erst wenn dieser ggf. über § 54 FamFG oder durch eine anderweitige Entscheidung in der Hauptsache (§ 56 FamFG) geändert wurde, steht fest, dass Zahlungen ohne Rechtsgrund erbracht wurden.

Rechtsfolge des Anspruchs aus § 812 BGB ist die Herausgabe des Erlangten bzw. des Wertersatzes (§ 818 Abs. 2 BGB). Der Bereicherte kann nach § 818 Abs. 3 BGB einwenden, dass er nicht mehr bereichert ist. Sinn dieser Vorschrift ist es, den gutgläubigen Empfänger und Verbraucher von Leistungen zu schützen⁹. Wenn der Unterhaltsberechtigte die Beträge vollständig zu seinem Lebensunterhalt verbraucht hat, ist er entreichert und damit nicht mehr zur Rückzahlung verpflichtet, sofern keine Ausnahmen greifen.

Die Beweislast für den Wegfall der Bereicherung hat der Unterhaltsgläubiger, da es sich um eine rechtsvernichtende Einwendung handelt. Allerdings spricht bei unteren und mittleren Einkommen eine Vermutung dafür, dass der erhaltene Unterhalt zur Lebensführung verbraucht wurde¹⁰.

⁷ grundlegend BGH, FamRZ 1998, 951

⁸ BGH, FamRZ 1984, 767; OLG Karlsruhe, FamRZ 1991, 352; OLG Hamm, FamRZ 1997, 431, siehe auch BGH FamRZ 2018, 1415, Rdnr. 40ff

⁹ Grundsätzlich dazu BGH, FamRZ 1998, 951

¹⁰ so schon BGH, FamRZ 2000, 750

Eine Entreicherung kann allerdings dann nicht angenommen werden, wenn der Unterhaltsempfänger ohne die rechtsgrundlose Leistung anderweitige Mittel (z.B. Ersparnisse), die ihm zur Verfügung standen, ausgegeben hätte¹¹.

Der Unterhaltsgläubiger kann sich dann nicht mehr auf die Entreicherung berufen, wenn er verschärft nach §§ 818 Abs. 4, 819 BGB haftet. Die verschärfte Haftung tritt grundsätzlich ein ab Rechtshängigkeit des Antrags auf Herausgabe des Erlangten, § 812 BGB, d.h. bei Unterhaltsrückforderung spätestens mit dem Antrag auf Rückzahlung des Geldes.

Sie tritt aber wegen der verschärften Haftung des § 241 FamFG bei Unterhaltszahlungen schon ein mit Rechtshängigkeit des Abänderungsverfahrens.

Grundsätzlich ist die Rückforderung über § 812 BGB ausgeschlossen, wenn in Kenntnis der Nichtschuld gezahlt wird. Daher ist es sinnvoll, die Zahlung unter Vorbehalt zu leisten. Dies bewirkt, dass die Leistung nicht als Anerkenntnis der Zahlungspflicht angesehen wird und die Rückforderung nach § 814 BGB nicht ausgeschlossen ist.

b) Aufrechnung mit/gegen Unterhaltsansprüche

Grundsätzlich kann der Unterhaltsberechtigte jederzeit ohne Einschränkungen **mit** einer Unterhaltsforderung aufrechnen, da § 394 BGB lediglich seinem Schutz dient und er darauf verzichten kann¹².

§ 394 BGB schließt aber die Aufrechnung **gegen** eine Forderung, die unpfändbar ist, aus. Unterhaltsforderungen sind gemäß § 850 b ZPO grundsätzlich nicht pfändbar. Nur in Ausnahmefällen unterliegen sie der Pfändung, d.h., eine Pfändung kann vom Vollstreckungsgericht zugelassen werden, nämlich dann, wenn andere Vollstreckungsmaßnahmen keinen Erfolg versprechen und die Pfändung der Billigkeit entspricht. Da der laufende Unterhalt für die Bestreitung der Lebenshaltungskosten benötigt wird, kommt eine Zulassung der Pfändung und damit im Ergebnis eine Aufrechnung nur bei

¹¹ vgl. BGH, FamRZ 1981, 764, 765

¹² so schon BGH, FamRZ 1996, 1067; OLG Karlsruhe, FamRZ 2003, 695).

rückständigen Unterhaltsansprüchen in Betracht. Zusätzlich sind die Pfändungsgrenzen des Arbeitseinkommens zu berücksichtigen. Somit ist vor der Aufrechnung die Entscheidung des Vollstreckungsgerichts über die Pfändbarkeit herbeiführen.

c) Zuvielzahlung bzw. Vollstreckung als Verwirkungseinwand, z.B. bei § 1381 BGB

BGH - Beschluss vom 20.6.2018¹³

Leitsätze:

1. Mit der Anpassung von Eheverträgen unter dem Gesichtspunkt der Rechtsmissbrauchskontrolle (§ 242 BGB) sollen ehebedingte Nachteile ausgeglichen werden; sind solche Nachteile nicht vorhanden oder bereits vollständig kompensiert, dient die richterliche Ausübungskontrolle nicht dazu, dem durch den Ehevertrag belasteten Ehegatten zusätzlich entgangene ehebedingte Vorteile zu gewähren und ihn dadurch besser zu stellen, als hätte es die Ehe und die mit der ehelichen Rollenverteilung einhergehenden Dispositionen über Art und Umfang seiner Erwerbstätigkeit nicht gegeben (Fortführung von Senatsbeschlüssen vom 8. Oktober 2014, XII ZB 318/11, FamRZ 2014, 1978 und vom 27. Februar 2013, XII ZB 90/11, FamRZ 2013, 770).

2. Zur Anwendung von § 1381 Abs. 1 BGB bei Unterhaltsüberzahlungen.

Orientierungssatz dazu:

1. Nach § 1381 Abs. 1 BGB kann der Schuldner die Erfüllung der Ausgleichsforderung verweigern, soweit der Ausgleich des Zugewinns nach den Umständen des Falles grob unbillig wäre. Dem ausgleichsverpflichteten Ehegatten steht das Leistungsverweigerungsrecht aus § 1381 Abs. 1 BGB aber nur dann zu, wenn die Gewährung des Ausgleichsanspruchs in der vom Gesetz vorgesehenen Art und Weise dem Gerechtigkeitsempfinden in unerträglicher Weise widersprechen würde.

¹³ XII ZB 84/17 = FamRZ 2018, 1415

2. Eine Herabsetzung des Ausgleichsanspruchs unter dem Gesichtspunkt einer Unterhaltsüberzahlung kommt nicht in Betracht, wenn und soweit die Rechtskraft einer gerichtlichen Unterhaltsentscheidung der Rückforderung von Unterhalt entgegensteht und die Voraussetzungen einer Durchbrechung der Rechtskraft nach § 826 BGB wegen der vorsätzlichen sittenwidrigen Ausnützung eines als unrichtig erkannten Titels nicht vorliegen.

3. Kann der Ausgleichspflichtige wegen einer unerlaubten Handlung des Ausgleichsberechtigten trotz des Vorliegens einer rechtskräftigen Unterhaltsentscheidung ausnahmsweise Schadenersatz wegen des vom Gericht zu Unrecht festgesetzten Unterhalts verlangen, kann er diese Forderung beziffern und damit gegen den Zugewinnausgleichsanspruch aufrechnen.

Anmerkung:

Vor allem Randnummern 40 ff sind nochmals zur Lektüre zu empfehlen, denn sie behandeln die Bedeutung eines vollstreckungsfähigen Titels im Zusammenhang mit der Unterhaltsrückzahlung bei überzahltem Unterhalt bzw. der Treuwidrigkeit der Ausnutzung eines Unterhaltstitels.

Grundsätzlich berechtigt die Existenz des Titels zur Vollstreckung und zwar ungeachtet der Höhe der materiellen Forderung. Dass aus einem Titel, gegen den der Schuldner nicht vorgegangen ist, vollstreckt wird, ist nicht vorwerfbar, sondern berechtigt, selbst wenn der Gläubiger erkennen könnte, dass die Höhe nicht mehr gerechtfertigt ist. Dies folgt schon aus dem Grundsatz des materiellen Rechts, dass eine freiwillige Zuvielzahlung von Unterhalt möglich ist (§ 1360 b BGB). Nur dann, wenn noch weitere Elemente wie Schädigungsabsicht hinzutreten, kann die Vollstreckung vorwerfbar sein und Folgen i.S. der Verwirkung auslösen bzw. zum Schadensersatzanspruch nach § 826 BGB führen. Dies gilt nicht nur für § 1381 BGB, sondern ebenso für den Einwand der Verwirkung nach § 1579 BGB oder auch der Unbilligkeit nach § 27 Versorgungsausgleichsgesetz.

Aktuelles zur Verfahrenskostenhilfe

Beschluss des BGH vom 20.6.2018¹⁴

Leitsatz

Zur Anrechnung einer für nicht unbedingt notwendige Anschaffungen ausgegebenen Unterhaltsnachzahlung als fiktives Vermögen bei der Bedürftigkeitsprüfung im Rahmen der Verfahrenskostenhilfe.

Auszug aus den Gründen:

1. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist ein Rechtsmittelführer, der vor Ablauf der Rechtsmittelfrist die Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe beantragt hat, so lange als ohne sein Verschulden an der rechtzeitigen Vornahme einer Frist währenden Handlung - wie hier der Beschwerdeeinlegung - verhindert anzusehen, als er nach den gegebenen Umständen vernünftigerweise nicht mit der Ablehnung seines Antrags rechnen musste, weil er sich für bedürftig im Sinne der §§ 114 ff. ZPO halten durfte und aus seiner Sicht alles Erforderliche getan hatte, damit aufgrund der von ihm eingereichten Unterlagen ohne Verzögerung über sein Verfahrenskostenhilfegesuch entschieden werden konnte (Senatsbeschluss vom 25. Oktober 2017 - XII ZB 251/17 - FamRZ 2018, 120 Rn. 9 mwN). Das ist jedoch dann nicht der Fall, wenn der Beteiligte oder sein anwaltlicher Vertreter erkennen konnte, dass die wirtschaftlichen Voraussetzungen für die Gewährung von Prozesskostenhilfe nicht gegeben sind (Senatsbeschluss vom 25. März 2015 - XII ZB 96/14 - FamRZ 2015, 1103 Rn. 5).

2. Allerdings kann ein Rechtsmittelführer vor allem dann darauf vertrauen, die wirtschaftlichen Voraussetzungen für die Bewilligung von Prozesskostenhilfe dargetan zu haben, wenn ihm bereits in der Vorinstanz - aufgrund eines ordnungsgemäß und vollständig ausgefüllten Vordrucks - Verfahrenskostenhilfe gewährt worden war und sich die wirtschaftlichen Verhältnisse des Beteiligten zwischenzeitlich nicht in einer für die Gewährung von Verfahrenskostenhilfe

¹⁴ XII ZB 636/17 zitiert nach juris

erheblichen Weise geändert haben (vgl. Senatsbeschluss vom 3. Juli 2013 - XII ZB 106/10 - FamRZ 2013, 1650 Rn. 13 mwN).

Letzteres ist hier aber nicht der Fall. Die wirtschaftlichen Verhältnisse der Antragsgegnerin hatten sich zwischenzeitlich dadurch in erheblicher Weise geändert, dass sie während des laufenden erstinstanzlichen Verfahrens rückständigen Unterhalt in Höhe von 25.146,08 € erhalten hatte. Dieser Betrag musste, soweit er das durch §§ 115 Abs. 3 ZPO, 90 SGB XII iVm § 1 Nr. 1 der Verordnung zur Durchführung des § 90 Abs. 2 Nr. 9 SGB XII (BGBl. 2017 I S. 519) festgelegte Schonvermögen von (jetzt) 5.000 € an kleineren Barbeträgen oder sonstigen Geldwerten übersteigt, als zwischenzeitlich erworbenes Vermögen grundsätzlich zur Bestreitung der Kosten des Beschwerdeverfahrens, mit dem die Antragsgegnerin rechnen musste, zurückgelegt werden (vgl. Senatsbeschluss vom 25. November 1998 - XII ZB 117/98 - FamRZ 1999, 644).

3. Obgleich der eingennommene Betrag von 25.146,08 € nicht mehr vorhanden ist, muss ihn sich die Antragsgegnerin als fiktives Vermögen zurechnen lassen, soweit sie ihre Leistungsunfähigkeit durch Vermögen aufzehrende Ausgaben böswillig herbeigeführt hat.

a) Sind nämlich Rechtsverfolgungskosten absehbar, darf vorhandenes Vermögen nicht mehr leichtfertig für nicht unbedingt notwendige Zwecke ausgegeben werden. Geschieht dies gleichwohl, muss sich der Antragsteller nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die ausgegebene Summe als fiktives Vermögen anrechnen lassen und kann sich insoweit auch nicht mehr auf den Schonbetrag nach § 90 Abs. 2 Nr. 9 SGB XII berufen (vgl. bereits Senatsbeschlüsse vom 25. November 1998 - XII ZB 117/98 - FamRZ 1999, 644 und vom 30. September 2009 - XII ZB 135/07 - FamRZ 2009, 1994 Rn. 11; BGH Beschluss vom 21. September 2006 - IX ZB 305/05 - NJW-RR 2007, 628 Rn. 7).

Dies steht im Einklang mit dem sozialhilferechtlichen Grundsatz, dass zum Ersatz der Sozialhilfeleistungen verpflichtet ist, wer die Voraussetzungen für deren Gewährung durch vorsätzliches oder grobfahrlässiges Verhalten herbeigeführt hat (§ 103 Abs. 1 SGB XII; vgl. OLG Karlsruhe NJW-RR 1986, 799; MünchKommZPO/Wache 5. Aufl. § 115 Rn. 61). Nach dem Rechtsgedanken dieser Vorschrift ist Sozialwidrigkeit anzunehmen, wenn das maßgebliche Verhalten eine ersatzlose Gewährung von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts aus Steuermitteln als unbillig erscheinen lässt, weil dann die Solidargemeinschaft vorwerfbar entgegen geforderter

Eigenbemühungen in Anspruch genommen würde (BeckOK SozR/Adams [Stand: 1. März 2018] SGB XII § 103 Rn. 1).

Das betrifft hier jedenfalls die Aufwendungen für die Renovierung und Neueinrichtung der Wohnung im Umfang von mindestens 7.000 €. Es fehlt nämlich an Darlegungen, weshalb diese Aufwendungen noch vor Abschluss des Gerichtsverfahrens unabwendbar notwendig waren und nicht etwa - im Hinblick auf die Möglichkeit anfallender Verfahrenskosten für ein Beschwerdeverfahren - hätten unter Weiterbenutzung der vorhandenen Möbel und Elektrogeräte aufgeschoben werden können. Auch durfte die Antragsgegnerin im Hinblick auf die in Aussicht stehenden Verfahrenskosten nicht in den Monaten Juni 2016 bis Januar 2017 ihren Lebensunterhalt in geltend gemachter Höhe von monatlich weiteren 535,22 € unter Aufzehrung ihres Vermögens aufbessern, nachdem ihr für diesen Zeitraum bereits monatlich 1.284 € an Unterhaltszahlungen bedarfsgemäß zur Verfügung standen.

Unter Beachtung des Vorrangs der Ausgaben für die Verfahrensführung hätte die Antragsgegnerin aus der Unterhaltsnachzahlung mindestens diese 7.000 € an Anschaffungskosten und weitere (8 x 535,22 € =) 4.281,76 €, insgesamt also 11.281,76 € als von ihr geforderte Eigenbemühung zurückbehalten müssen. Abzüglich des Schonvermögens (seit 1. April 2017) von 5.000 € an kleineren Barbeträgen hätte die Antragsgegnerin somit ein fiktives Vermögen von 6.281,76 € für die Verfahrensführung einsetzen können. Dies übersteigt bei weitem den für die Führung des eigenen und die Abwehr des von der Gegenseite eingelegten Rechtsmittels erforderlichen Betrag.

b) Allerdings führt im Sozialhilferecht das vorsätzliche oder grobfahrlässige Herbeiführen der Leistungsvoraussetzungen nicht zur Versagung der Leistung, sondern nur zu einer Verpflichtung des späteren Ersatzes der Kosten der Sozialhilfe (§ 103 Abs. 1 SGB XII). Dies beruht indessen darauf, dass andernfalls das Existenzminimum des Leistungsempfängers gefährdet wäre. Bei der Verfahrenskostenhilfe handelt es sich demgegenüber nicht um einen existenzsichernden Bedarf, sondern - lediglich - um einen nicht lebensnotwendigen Teilhabeanspruch. Das Prozess- und Verfahrenskostenhilferecht enthält keine dem § 103 Abs. 1 SGB XII entsprechende Regelung über einen Kostenersatz bei vorsätzlicher oder grobfahrlässiger Herbeiführung, weil es in diesen Fällen von vornherein nicht von einem Anspruch auf Hilfestellung ausgeht.

c) Zwar hat das Bundesverfassungsgericht aus dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG) und dem allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG), später auch unter ausdrücklicher Berufung auf den Rechtsstaatsgrundsatz (Art. 20 Abs. 3 GG), die Forderung nach einer weitgehenden Angleichung der Situation von Bemittelten und Unbemittelten im Bereich des Rechtsschutzes abgeleitet. Danach darf Unbemittelten die Rechtsverfolgung und -verteidigung im Vergleich zu Bemittelten nicht unverhältnismäßig erschwert werden. Der Unbemittelte muss grundsätzlich ebenso wirksamen Rechtsschutz in Anspruch nehmen können wie ein Bemittelter (BVerfGE 122, 39 = FamRZ 2008, 2179 Rn. 30 ff. mwN).

Auf diesen Schutz kann sich hingegen nicht berufen, wer ursprünglich selbst über ausreichende Mittel verfügte, diese Mittel jedoch ohne Rücksicht auf die bevorstehenden Rechtsverfolgungskosten für andere, nicht unbedingt notwendige Zwecke ausgegeben hat. Denn er hat dann über den Einsatz seiner - an sich ausreichend vorhandenen - Mittel selbstbestimmt disponiert und sich dabei bewusst gegen deren Zurückbehaltung für Zwecke der anstehenden Rechtsverfolgung entschieden. Eine so getroffene Vermögensdisposition muss der Betreffende gegen sich gelten lassen. Er kann weder aus dem Sozialstaatsprinzip noch aus dem Rechtsstaatsgrundsatz fordern, die für andere Zwecke bereits ausgegebenen Mittel im Wege der Verfahrenskostenhilfe noch einmal aufgestockt und damit faktisch doppelt zur Verfügung zu erhalten. Denn andernfalls wäre der Betreffende bessergestellt als ein Bemittelter, der seine vorhandenen Mittel von vornherein nur für einen Zweck ausgeben kann, und der deshalb seine Interessen abwägen muss. Er wäre auch ungerechtfertigt besser gestellt gegenüber demjenigen, der seine nicht unbedingt notwendigen Anschaffungen zurückstellt, bis feststeht, ob die vorhandenen Mittel etwa für die Rechtsverfolgung benötigt werden.

Vor diesem Hintergrund musste die Antragsgegnerin von vornherein mit der Ablehnung ihres Verfahrenskostenhilfesuchs rechnen, weil sie sich nicht für bedürftig im Sinne der §§ 114 ff. ZPO halten durfte.

4. Soweit in Rechtsprechung und Literatur vertreten wird, Einmalzahlungen zur Erfüllung rückständigen Unterhalts müssten generell nicht als Vermögen im Sinne von § 115 Abs. 3 ZPO eingesetzt werden, weil sie in erster Linie zur Bestreitung des Lebensunterhalts dienten und daher als Einkommen im Sinne von § 115 Abs. 1 ZPO zu behandeln seien (vgl. OLG Karlsruhe FamRZ 2012, 385 f. mwN), führt dies jedenfalls im vorliegenden Fall zu keiner abweichenden

Beurteilung. Denn auch einen aus laufendem Einkommen angesparten Betrag hätte die Antragsgegnerin in der konkreten Situation, in der sie mit einem möglichen Beschwerdeverfahren rechnen musste, nicht für aufschiebbare Anschaffungen und eine bedarfsüberschreitende Lebensführung in den Monaten Juni 2016 bis Januar 2017 verwenden dürfen, sondern für die Verfahrensführung reservieren müssen.

Anmerkungen:

Der BGH setzt seine harte Linie zum Einsatz von Vermögenswerten bei der Verfahrenskostenhilfe – siehe die Entscheidungen zu den Lebensversicherungen – fort. Gerade dann, wenn Zuflüsse aus Güterrecht oder Unterhalt zu erwarten sind, ist daher Vorsicht geboten bei VKH – Anträgen. Ansonsten könnte Ärger mit der Mandantschaft drohen, wenn bei der Berechnung von „Abfindungen“ nicht berücksichtigt wird, dass eventuell vom Staat im Wege der Verfahrenskostenhilfe vorgelegte Beträge zurückgefordert werden, wenn die Abgeltungsregelungen bekannt werden.

Zur Erinnerung:

OLG Frankfurt Beschluss vom 28.12.2015 - 4 WF 174/15¹⁵

Orientierungssatz

1. Beiträge für eine Unfall-, eine Privathaftpflicht- und eine Rechtsschutzversicherung sind bei der Ermittlung des nach § 115 Abs. 2 ZPO einzusetzenden Einkommens bei Beziehern niedriger Einkommen regelmäßig als angemessene Versicherungsbeiträge im Sinne der §§ 115 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 ZPO, 82 Abs. 2 Nr. 3 SGB XII in Abzug zu bringen.

2. Beiträge für eine Kraftfahrzeughaftpflicht- und -kaskoversicherung sind hingegen regelmäßig nur dann als angemessene Versicherungsbeiträge in Abzug zu bringen, wenn das Kraftfahrzeug für die Erzielung des Einkommens benötigt wird.

¹⁵ Zitiert nach juris

3. Rundfunkgebühren sind bei der Bemessung der den Freibeträgen nach § 115 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 lit. b und Nr. 2 ZPO zu Grunde sozialhilferechtlichen Regelsätze nicht berücksichtigt worden. Sie sind bei der Ermittlung des einzusetzenden Einkommens daher als angemessene besondere Belastungen nach § 115 Abs. 1 Satz 3 Nr. 5 ZPO in Abzug zu bringen.

Auszug aus den Gründen

Die zulässige sofortige Beschwerde ist in der Sache teilweise begründet und führt zu der aus dem Tenor ersichtlichen Abänderung der angefochtenen Entscheidung. Im Übrigen ist sie unbegründet und daher zurückzuweisen.

Neben den vom Amtsgericht berücksichtigten Abzugsposten ist das Einkommen des Antragsgegners nach §§ 113 Abs. 1 FamFG, 115 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 ZPO, 82 Abs. 2 Nr. 3 SGB XII, auch um die geltend gemachten Versicherungsbeiträge für eine Unfall-, eine Haftpflicht- und eine Rechtsschutzversicherung zu bereinigen, weil es sich insoweit um dem Grund und der Höhe nach angemessene Versicherungsbeiträge handelt. Bei der Beurteilung der Angemessenheit ist zu berücksichtigen, dass Personen mit geringerem Einkommen selten in der Lage sind, durch Bildung finanzieller Rücklagen Risikovorsorge gegen die Wechselfälle des Lebens zu betreiben. Sie sind daher in besonderer Weise auf den Versicherungsschutz angewiesen (vgl. Motzer in Münchener Kommentar zur ZPO, 4. Aufl. 2013, § 115, Rdnr. 27). Ausgehend hiervon begegnet die Angemessenheit der vom Antragsgegner für die oben genannten Versicherungen geltend gemachten Beiträge von 50,97 Euro keinen Bedenken (vgl. zur Angemessenheit von privaten Unfall-, Haftpflicht- und Rechtsschutzversicherungen Reichling in BeckOK ZPO, Stand 8.9.2015, § 115, Rdnr. 25.1; Geimer in Zöller, ZPO, 31. Aufl. 2016, § 115, Rdnr. 23, jeweils mit Nachweisen aus der Rechtsprechung).

Entgegen der Auffassung des Amtsgerichts werden die genannten Versicherungsbeiträge auch nicht vom Grundfreibetrag nach § 115 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 a) ZPO erfasst. Dieser knüpft an den sozialhilferechtlichen Regelbedarf im Sinne des § 28 SGB XII an, der seinerseits wiederum auf das zum 1.1.2011 in Kraft getretene Regelbedarfs-Ermittlungsgesetz (RBEG) verweist. Versicherungsbeiträge sind in den in § 5 Abs. 1 RBEG genannten regelbedarfsrelevanten Verbrauchsausgaben nicht berücksichtigt.

Dort sind zwar auch die vom Antragsgegner geltend gemachten Beiträge für eine Kraftfahrzeughaftpflicht- und -teilkaskoversicherung nicht aufgeführt. Bei diesen handelt es sich nach Auffassung des Senats jedoch nicht um angemessene Versicherungsbeiträge, weil nicht ersichtlich ist, dass der Antragsgegner für die Erzielung seines Einkommens auf das Halten eines Kraftfahrzeugs angewiesen ist. Das Halten eines Kraftfahrzeugs, soweit es nicht für die Ausübung einer Erwerbstätigkeit benötigt wird, ist - wie sich aus § 5 Abs. 1 RBEG und der zu Grunde liegenden Einkommens- und Verbrauchsstichprobe 2008 ergibt - in den für die Beurteilung der Angemessenheit maßgeblichen einkommensschwachen Haushalten weiterhin nicht die Regel (vgl. Motzer in Münchener Kommentar zur ZPO, 4. Aufl. 2013, § 115, Rdnr. 27; Geimer in Zöller, ZPO, 31. Aufl. 2016, § 115, Rdnr. 23; Reichling in BeckOK ZPO, Stand 8.9.2015, § 115, Rdnr. 25.1; OLG Dresden, OLG R 2002, 55).

Vom Grundfreibetrag des § 115 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 ZPO erfasst und damit nicht gesondert abzugsfähig sind die vom Antragsgegner geltend gemachten Kontoführungs- und Telefonkosten. Bei beiden Positionen handelt es sich um Ausgaben, die bei der Bemessung des sozialhilferechtlichen Regelbedarfs und des daran anknüpfenden verfahrenskostenhilferechtlichen Grundfreibetrags berücksichtigt worden sind (vgl. die Begründung des Regierungsentwurfs des RBEG, BT-Drs. 17/3404, S. 60, 63).

Bei der Bemessung des sozialhilferechtlichen Regelbedarfs ausdrücklich nicht berücksichtigt worden sind hingegen die Rundfunk- und Fernsehgebühren, und zwar mit der Begründung, Leistungsberechtigte nach dem SGB II oder dem SGB XII seien von der Zahlung dieser Gebühren ohnehin befreit (BT-Drs. 17/3404, S. 62). Im Rahmen der Ermittlung des verfahrenskostenhilferechtlich einzusetzenden Einkommens ist es daher angezeigt, etwaige Rundfunk- und Fernsehgebühren als angemessene besondere Belastungen nach § 115 Abs. 1 S. 3 Nr. 5 ZPO in Abzug zu bringen. Das einzusetzende Einkommen des Antragsgegners mindert sich dadurch um weitere 17,50 Euro.

Zieht man die Rundfunk- und Fernsehgebühren von 17,50 Euro und die Versicherungsbeiträge von 50,97 Euro von dem vom Amtsgericht im Teilabhilfebeschluss im Übrigen zutreffend ermittelten einzusetzenden Einkommen von 142,41 Euro ab, verbleibt ein einzusetzendes Einkommen von 73,94 Euro und eine sich daraus nach § 115 Abs. 2 ZPO ergebende monatliche Rate von 36,- Euro.

Die Entscheidung über die Ermäßigung der für das Beschwerdeverfahren anfallenden Gerichtsgebühren folgt aus §§ 1, 3 Abs. 2 FamGKG in Verbindung mit Nr. 1912 des Kostenverzeichnisses (Anlage 1 zu § 3 Abs. 2 FamGKG). Sie entspricht im Hinblick auf das teilweise Obsiegen des Beschwerdeführers billigem Ermessen.

Anmerkung:

Die Entscheidung kann zur wiederholten Lektüre empfohlen werden. Sie enthält die Grundsätze der Berücksichtigung von Versicherungsleistungen, insbesondere auch der Kraftfahrzeugversicherung aber auch der Rundfunkgebühren. Nicht alle diese Kosten sind im Rahmen der Verfahrenskostenhilfe als gesonderte Abzugsposten zu berücksichtigen, sondern wie die KFZ – Versicherung nur dann, wenn eine im Rahmen der sozialhilferechtlichen Prüfung, die bei der Verfahrenskostenhilfe zur Ermittlung der wirtschaftlichen Voraussetzungen erforderlich ist, zum Ergebnis führt, dass die PKW – Nutzung zu berücksichtigen ist. Dies kann im Zusammenhang mit der Einkommenserzielung aber auch im Zusammenhang mit der Umgangsausübung gegeben sein. Für die Stromkosten gilt, dass diese regelmäßig in den Freibeträgen enthalten sind, es sei denn, sie entstehen zur Wärmeerzeugung.

Der Vergleich

a) Allgemeines zu Vergleichen:

Die Definition des Vergleiches findet sich in § 779 BGB, nämlich ein Vertrag durch den ein Streit oder eine Ungewissheit im Wege gegenseitigen Nachgebens beigelegt wird. Der Vergleich ist damit eine materielle Regelung.

Bei gerichtlichen sowie notariellen Vergleichen kommt noch eine weitere Komponente hinzu, nämlich die der Titelwirkung also die Vollstreckbarkeit der

materiellen Einigung. Damit haben diese Vergleiche eine sogenannte **Doppelnatur**. Dies ist Klassifizierung ist wichtig bei fehlerhaften Vergleichen.

Zunächst soll aber nochmals kurz die möglichen Vergleichsformen und der Inhalt eines Vergleiches erörtert werden. Grundsätzlich:

Sofort bindender Vergleich – des Richters liebster Vergleich

Widerrufsvergleich:

Dieser ist nicht sofort bindend, sondern die Vertragspartner behalten sich entweder beide oder nur einer die Möglichkeit vor, den Vertrag binnen einer bestimmten Frist, die von den Vertragspartnern zu vereinbaren ist, zu Fall zu bringen durch einen Widerruf.

Entscheidend ist hierbei, dass die Frist einen Teil des Vertrages darstellt und daher nicht vom Gericht, wohl aber von den Vertragsparteien verlängert werden kann. Daher nutzt ein Antrag auf Fristverlängerung an das Gericht nichts.

Inhalt des Vergleiches (Vertrages):

Den bestimmen alleine die Vertragspartner und das ist Verhandlungssache.

Wichtig ist, dass der Vergleich einen vollstreckungsfähigen Inhalt hat, sonst hilft er nicht wirklich weiter. Daher ist genau zu bezeichnen, wer was wann tun soll. Das spielt vor allem eine Rolle bei Auskunftsvergleichen, aber auch dann, wenn Gegenstände herauszugeben sind. Am einfachsten zu formulieren sind die Vergleiche, die nur eine einmalige Leistung enthalten.

Sofern es sich um Unterhalt handelt, also um wiederkehrende Leistungen, muss bedacht werden, dass die Verpflichtung abgeändert werden kann. Daher ist es sehr wichtig, dass die Vergleichsgrundlagen erkennbar werden. Denn die Voraussetzungen für die Abänderung ergeben sich aus § 239 FamFG i.V. mit § 313 BGB. Daher muss derjenige, der den Vergleich abändern will, darlegen, welche Grundlagen sich wie verändert haben. Nur dann kann festgestellt werden, ob die Veränderung so schwerwiegend ist, dass ein Festhalten an der Vereinbarung unzumutbar ist. Zudem kann nur so geprüft werden, inwieweit eine Präklusion vorliegt.

Mögliche und empfehlenswerte inhaltliche Regelungen

a) Verfallsklausel

Sobald eine Zahlung in Raten vereinbart wird, bedarf es einer Verfallsklausel für den Fall, dass der Ratenzahlung nicht nachgekommen wird. Wird eine solche Verfallsklausel nicht aufgenommen, greift die in einer Ratenzahlung immer enthaltene Stundung und es können nur die jeweils fälligen Teilbeträge vollstreckt werden. Sinnvoll ist auch eine strafbewehrte Verfallsklausel.

b) Strafregelung für den Fall, dass nicht freiwillig gezahlt wird

Vor allem wenn der Anspruchsteller im gerichtlichen Verfahren voraussichtlich obsiegen wird, ist ein Vergleich für ihn nur dann von Interesse, wenn die Zahlungen freiwillig erfolgen und nicht vollstreckt werden müssen. Daher kann man eine Regelung aufnehmen, wonach der Pflichtige weniger zu zahlen hat, wenn er freiwillig zahlt aber mehr zahlen muss, wenn doch vollstreckt werden muss, weil die freiwilligen Zahlungen ausbleiben. Dadurch wird ein Anreiz zur freiwilligen Zahlung geschaffen.

c) Ausschluss der Bindungswirkung und der Abänderbarkeit

Bei wiederkehrenden Leistungen kann zwar eine Abänderung erfolgen, aber die Bindung an die Vertragsgrundlagen bleiben grundsätzlich erhalten und die Änderung erfolgt nur in dem Umfang, der der Veränderung der Verhältnisse geschuldet ist. Diese Bindungswirkung kann aber im Vertrag ausgeschlossen werden.

Grundsätzlich kann auch die Abänderbarkeit eines Vergleiches ausgeschlossen werden. Hier begrenzen die gesetzlichen Regelungen, wie das Verbot auf Unterhaltsverzicht für die Zukunft beim Kindesunterhalt und beim Trennungsehegattenunterhalt, die inhaltlichen Regelungen. Auch das Verbot des Vertrages zu Lasten Dritter fällt hierunter. Ein Vertrag zu Gunsten Dritter ist natürlich möglich.

d) Funktion des Richters

Beim Vergleichsabschluss fungiert der Richter lediglich als Urkundsperson. Das bedeutet, dass er alles zu beurkunden hat, was nicht gesetzwidrig ist. Auf Unklarheiten muss er hinweisen und eventuell auch belehren, wenn er den Eindruck hat, dass der Vertragsinhalt nicht von den Vertragspartnern verstanden wird. Das wird in Streitsachen mit ihrem Anwaltszwang selten der Fall sein, aber z.B. in Nichtstreitsachen wie Haushaltsgegenständeteilung oder Wohnungsregelungen ohne Anwaltsbeteiligung oder auch in Kindschaftssachen eher erforderlich. Leider ist der Richter haftungsrechtlich auch nicht geschützt beim Vergleichsabschluss. Ihm fehlt hier das Spruchrichterprivileg des §839 BGB.

Fehlerhafte Protokollierung:

Bei gerichtlichen Vergleichen bedarf es für die Vollstreckbarkeit anders als bei notariellen Urkunden keiner Zwangsvollstreckungsunterwerfungsklausel. Aber da es sich um eine Beurkundung handelt, bedarf es des Vorlesens oder Vorspielens des Vergleichstextes. Wenn dies nicht erfolgt, ist der Vergleich nicht als Vollstreckungstitel geeignet. Dann fehlt es an der Urkundsfunktion.

Was ist zu tun:

- a) Der Vergleich wurde vorgespielt und genehmigt, aber es ergibt sich nicht aus dem Protokoll
⇒ Protokollberichtigung

- b) Der Vergleich wurde nicht vorgespielt und genehmigt, weil alle darauf verzichtet haben
⇒ Der Vergleich ist kein Titel, weil es an der Beurkundung fehlt. Die Beurkundung muss nachgeholt werden. Falls einer jetzt nicht mehr zustimmt, muss das Verfahren fortgesetzt werden. Allerdings muss dann bei der Antragstellung beachtet werden, dass der materielle Vergleich natürlich wirksam ist. Man kann also nicht zu seinem alten Antrag zurückkehren.

- ⇒ Wer auch den materiellen Teil des Vergleiches beseitigen will muss ihn anfechten. Dies gilt auch bei einem Vergleich, der ordnungsgemäß beurkundet ist und an den man sich nicht halten will. Auch hier hilft die Anfechtung. Dann allerdings wird das alte gerichtliche Verfahren fortgesetzt, also kein neues Verfahren eingeleitet¹⁶.

b) Wirkung von Vergleichen bei Forderungsübergängen

In der Praxis findet sich dieses Problem in 2 Varianten häufig wieder:

1. Der Forderungsübergang hat stattgefunden

Es wird in einem Verfahren, vom dem der Forderungsinhaber nichts weiß, zwischen den ursprünglichen Gläubiger und dem Schuldner ein nicht nur in die Zukunft wirkender Vergleich geschlossen, sondern auch für vergangene Zeiträume, die dem Forderungsübergang unterliegen, eine Vereinbarung, z.B. ein Verzicht, getroffen. Welche Wirkung hat dies gegenüber dem neuen Forderungsinhaber, also dem öffentlichen Leistungsträger?

Keine! Der Vergleich wirkt nur zwischen den Vergleichsbeteiligten und da der Leistungsempfänger bei übergegangenen Ansprüchen nicht mehr Berechtigter bezüglich der Forderung ist, kann er keine wirksame Regelung darüber treffen, sofern nicht eine Rückübertragung vorliegt.

2. Die Forderung ist noch nicht übergegangen

Der Unterhaltsberechtigte erhält öffentliche Leistungen. In einem Verfahren über Unterhalt wird ein Vergleich über zukünftige Unterhaltsansprüche geschlossen, also über Ansprüche, die bei Vergleichsschluss noch nicht vom Forderungsübergang erfasst wurden. Die Ansprüche, zu denen sich der Pflichtige vergleichsweise verpflichtet, sind niedriger als geschuldet. Der

¹⁶ OLG Nürnberg Beschluss vom 9.8.2017, 7 UF 1276/16 zitiert nach juris

Leistungsträger muss auch zukünftig zahlen. Welche Auswirkung hat der Vergleich, begrenzt er den Forderungsübergang?

Nicht zwingend! Zwar wirkt der Vergleich wie eine Entscheidung – siehe § 325 ZPO - auch für und gegen den Rechtsnachfolger, aber er ist eventuell nichtig wegen unzulässigen Unterhaltsverzichts, z.B. beim Kindesunterhalt oder Trennungsunterhalt oder weil es sich um einen Vertrag zu Lasten Dritter handelt.

c) Beschränkung der Regelungsmöglichkeiten über den Unterhalt

Beschränkungen durch das materielle Recht

§§ 1361 Abs. 4, 1614 BGB regeln, dass weder auf zukünftigen Ehegattenunterhalt noch auf zukünftigen Verwandtenunterhalt verzichtet werden kann. Da ein solcher Verzicht gegen das Gesetz verstößt, wird eine Einigung unwirksam (§ 134 BGB), was bei umfassenden Einigungen zur Unwirksamkeit der gesamten Regelung führen kann (Teilnichtigkeit § 139 BGB).

Daher ist die Abgrenzung zwischen zulässigem Nachgeben im Rahmen eines Vergleichsschlusses (§ 779 BGB) und dem unwirksamen Verzicht sehr wesentlich.

Der BGH zieht mit den Oberlandesgerichten die Grenze bei 20 % (vgl. BGH Beschluss vom 30.9.2015, XII ZB 1/ 15 FamRZ 2015, 2131).

Beschränkungen durch das öffentliche Leistungsrecht

Unterhaltsregelungen müssen sich immer auch am öffentlichen Leistungsrecht messen lassen, sofern nicht von vorne herein feststeht, dass während der Dauer der unterhaltsrechtlichen Beziehungen keine öffentlichen Leistungen beansprucht werden.

Sofern dies aber nicht der Fall ist, ist zu bedenken, wie sich Unterhaltsvereinbarungen auf den öffentlichen Leistungsbezug auswirken, bzw.

inwieweit Unterhaltsregelungen durch den öffentlichen Leistungsträger verändert werden können.

Bei allen Einigungen zum Kindesunterhalt ist zu berücksichtigen, dass Freistellungserklärungen zwischen den Eltern zum Verlust des Anspruches auf Unterhaltsvorschussleistungen führen.

Zudem ist in jedem Unterhaltsverhältnis zu berücksichtigen, dass Unterhaltsvereinbarungen, die entweder einen Verzicht auf Unterhalt enthalten oder nach Auffassung des Leistungsträgers niedriger sind als der tatsächliche Anspruch, von diesem sowohl nach § 138 BGB wegen Sittenwidrigkeit als auch als unzulässiger Vertrag zu Lasten Dritter geprüft werden und auch über § 239 FamFG i.V. m. § 313 BGB abgeändert werden können.

Beschränkungen durch die Rechtsprechung

Die Rechtsprechung des BGH und der Oberlandesgerichte zur Wirksamkeit von Eheverträgen schränkt die Regelungsfreiheit weiter ein. Unterhalt gehört dabei zum Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts, sodass die Reduzierung oder gar der Verzicht auf nachehelichen Unterhalt ohne Kompensation kaum der Vertragskontrolle standhält. Und selbst wenn einzelne Teile eines Vertrages für sich genommen noch akzeptabel sind, kann sich aus der Gesamtschau die Unwirksamkeit der Regelungen ergeben. Eine sehr gute Darstellung enthalten die Entscheidungen des BGH vom 15.3.2017 (XII ZB 109/16 – FamRZ 2017, 884) und aktuell vom 20.6.2018 (XII ZB 84/17 = FamRZ 2018, 1415).

Verfahrensrecht:

1. Besonderheiten in Familienstreitsachen

A: Allgemeines

Maßgeblich sind die Verfahrensgrundsätze der ZPO, insbesondere der Beibringungsgrundsatz. Nicht das Gericht ermittelt, sondern die Beteiligten haben die Tatsachen vorzutragen, auf deren Grundlage das Gericht entscheidet.

Es gilt der Richterausspruch:

Gebt mir die Tatsachen, ich gebe euch das Recht.

Das Gericht ermittelt nicht und kann nur über § 139 ZPO Hinweise erteilen. Die Beteiligten selbst müssen die Tatsachen vortragen. Gelingt dies nicht, werden sie verlieren.

Wenn eine Tatsache nicht ausreichend substantiiert vorgetragen oder nicht wirksam bestritten wird, verliert man auch!

Im Übrigen ist das Gericht nur an **unstreitige Tatsachen** gebunden, nicht an Rechtsansichten, wie z. B. die Berechnung vom unterhaltsrechtlich zu berücksichtigendem Einkommen.

Sachanträge

In Familienstreitsachen gelten gem. § 113 Abs. 1 FamFG die allgemeinen Vorschriften der ZPO und die Vorschriften der ZPO über das Verfahren vor den Landgerichten entsprechend. Damit gelten die Vorgaben des § 253 ZPO und des § 308 ZPO. Die Sachanträge müssen also den **Anforderungen des § 253 ZPO entsprechen**, insbesondere so bestimmt sein, dass der Umfang der Rechtshängigkeit und später der Rechtskraft ermittelt werden kann. Überdies ist ein präziser Sachantrag für die **Vollstreckung** von entscheidender Bedeutung. **In einem Unterhaltsverfahren** ist daher in der Antragsschrift der laufende Unterhalt aus Gründen der Klarheit von den **Rückständen** zu trennen. Die Rückstände, also die vor Anhängigkeit des Antrags bereits fällig gewesenen **Monatsbeträge**, werden addiert und als Gesamtbetrag gesondert verlangt¹⁷. Für die Streitwertberechnung stellt dieser zusammengefasste Betrag jedoch nicht einen Rückstand i.S.d. § 51 Abs. 2 FamGKG dar, da für die Wertbemessung insoweit nur die bei Einreichung des Antrags fälligen Beträge hinzugerechnet werden.

Beim **Ehegattenunterhalt** ist im Antrag der **Elementarunterhalt** vom **Kranken- und Altersvorsorgeunterhalt** – am besten sogar durch gesonderte Ziffern – getrennt aufzuführen. Das Gericht hat diese Unterhaltsteile auch **gesondert zu tenorieren**¹⁸.

¹⁷ Vgl. OLG Naumburg FamRZ 2003, 402

¹⁸ So schon BGH FamRZ 1981, 442 und FamRZ 1982, 1187

Gestellt werden die Sachanträge in der mündlichen Verhandlung. Vorher handelt es sich nur um angekündigte Anträge.

In Familienstreitsachen kann daher bis zum Schluss der **letzten mündlichen Verhandlung** der Antragsteller seine in der Antragschrift angekündigten Anträge umstellen. Dies gilt grundsätzlich auch für die letzte mündliche Verhandlung vor dem Oberlandesgericht, da es sich bei der 2. Instanz um eine Tatsacheninstanz handelt. Besondere Bedeutung bekommt das Erfordernis der Antragsumstellung in der 2. Instanz für die Fälle des Forderungsüberganges.

Allerdings gelten die vorstehenden Ausführungen nur, wenn nicht das schriftliche Verfahren angeordnet wurde – etwa in der 2. Instanz nach § 117 i.V. mit § 68 FamFG auch ohne Zustimmung der Beteiligten oder mit Zustimmung nach § 113 FamFG i.V. mit § 128 ZPO. Hier ist maßgeblicher Zeitpunkt der Schriftsatzendtermin.

2. Besonderheiten in Nichtstreitsachen

In Nichtstreitsachen besteht grundsätzlich kein Anwaltszwang und es gibt nur sehr wenige echte Antragsverfahren, z. B. Abstammungsverfahren, Wohnungszuweisungsverfahren und in Kindschaftssachen §§ 1671, 1628 BGB. Die weitaus größte Zahl der Verfahren in Kindschaftssachen sind Verfahren, die auf Anregungen beruhen, dazu gehören auch die Umgangsverfahren, denn diese können wie die Verfahren nach § 1666 BGB von Amts wegen eröffnet werden.

Die oft formulierten Anträge, „den Umgang wie folgt zu regeln...“ sind nur Anregungen an das Familiengericht und entfalten anders als in Familienstreitsachen keine Bindungswirkung.¹⁹ Das Familiengericht ist daher frei, diejenige Regelung zu wählen, die dem Kindeswohl am ehesten entspricht.

Als weitere Folge besteht in den Amtsverfahren in der Regel auch keine Möglichkeit, einen „Antrag“ der Eltern oder eines Elternteils auf Umgangsregelung einfach zurückzuweisen. Vielmehr bedarf es regelmäßig einer **Sachentscheidung**, die das Familiengericht zu treffen hat, denn eine

¹⁹ In Familienstreitsachen kommt über die Verweisung des § 113 FamFG § 308 ZPO.

Zurückweisung des Begehrens auf Regelung des Umgangs ist mit dem Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 GG nicht vereinbar.²⁰

Diese Vorgaben finden keine Anwendung, wenn nicht die Eltern bzw. ein Elternteil das Umgangsrecht begehren/ begehrt, sondern Dritte, z.B. die Großeltern.

In seiner Entscheidung vom 12.07.2017 hat der BGH klargestellt, dass in solchen Fällen eine Zurückweisung möglich ist²¹.

Leitsatz 4:

Das Familiengericht kann einen „Antrag“ der –Großeltern auf Umgang bei fehlender Kindeswohldienlichkeit schlicht zurückweisen, weil es – anders als beim Umgangsrecht der Eltern – nicht um die Ausgestaltung eines bestehenden Umgangsrechts geht, sondern bereits die Voraussetzungen für ein Umgangsrecht fehlen.

Die sehr lesenswerten entscheidenden Passagen der Entscheidung lauten:

Schließlich ist auch nichts dagegen zu erinnern, dass das Oberlandesgericht die schlichte Zurückweisung des Umgangsrechtsantrags durch das Amtsgericht gebilligt hat.

aa) Allerdings ist streitig, ob im Rahmen des [§ 1685 BGB](#) die Zurückweisung eines Umgangsrechtsantrags der Großeltern genügt, oder ob das Umgangsrecht im Falle einer negativen Entscheidung (gegebenenfalls für einen bestimmten Zeitraum) auszuschließen ist. Nach einer Auffassung ist der Antrag der Großeltern nicht zurückzuweisen, sondern deren Umgangsrecht in dem hierfür von [§ 1684 Abs. 4 Satz 1 und 2 BGB](#) vorgegebenen Rahmen konkret auszuschließen ([OLG Saarbrücken Beschluss vom 21. April 2017 - 6 UF 20/17 - juris Rn. 14 mwN](#); [OLG Frankfurt Beschluss vom 19. März 2013 - 4 UF 261/12 - juris Rn. 9](#); BeckOGK BGB/Altrogge [Stand: 1. April 2017] § 1685 Rn. 167). Demgegenüber lässt die Gegenmeinung eine bloße Zurückweisung des Antrags ausreichen, weil es – anders als beim Umgangsrecht der Eltern – nicht um die Ausgestaltung eines bestehenden Umgangsrechts gehe ([OLG Celle NJW-RR 2011, 1512, 1513](#); MünchKommBGB/Hennemann 7. Aufl. § 1685 Rn. 15).

²⁰ BVerfG FamRZ 2006, 1005; 2005, 1815

²¹ XII ZB 350/16 = FamRZ 2017, 1668 ff insoweit gegen die anderslautende Auffassung des OLG Frankfurt 4 UF 261/12

bb) Die letztgenannte Auffassung ist zutreffend. Zwischen dem Umgangsrecht der Eltern und der Großeltern bestehen Unterschiede von solchem Gewicht, dass eine unterschiedliche Tenorierung gerechtfertigt ist.

Eine bloße Zurückweisung des Umgangsrechtsantrags eines Elternteils lässt sich nicht mit dem Elternrecht aus [Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG](#) vereinbaren ([BVerfG FamRZ 2006, 1005](#), 1006; 2005, 1815, 1816). Denn durch die Zurückweisung des Antrags auf gerichtliche Regelung des Umgangsrechts tritt ein Zustand ein, der dem besonderen verfassungsrechtlichen Schutz nicht gerecht wird, unter dem das Umgangsrecht des jeweiligen Elternteils steht. Eine Entscheidung, durch die das Umgangsrecht weder versagt noch in irgendeiner Weise eingeschränkt wird, die aber eine gerichtliche Hilfe zur tatsächlichen Ausgestaltung verweigert, lässt das Umgangsrecht nur scheinbar unberührt. Der grundsätzlich umgangsberechtigte Elternteil weiß dann nämlich nicht, in welcher Weise er das Recht tatsächlich wahrnehmen darf und in welchem zeitlichen Abstand er einen neuen Antrag auf gerichtliche Regelung zu stellen berechtigt ist. Demgemäß hat das zur Umgangsregelung angerufene Familiengericht entweder Umfang und Ausübung der Umgangsbefugnis konkret zu regeln oder, wenn dies zum Wohl des Kindes erforderlich ist, die Umgangsbefugnis ebenso konkret einzuschränken oder auszuschließen; es darf sich aber jedenfalls im Regelfall nicht auf die Ablehnung einer gerichtlichen Regelung beschränken (Senatsbeschluss vom 13. April 2016 - [XII ZB 238/15](#) - [FamRZ 2016, 1058 Rn. 17](#) mwN).

Etwas anderes gilt indes beim Umgangsrecht der Großeltern. Dieses folgt nicht unmittelbar aus einer eigenen Grundrechtsposition. Es wurde mit dem im Jahr 1998 in Kraft getretenen Kindschaftsrechtsreformgesetz eingeführt. Der Gesetzgeber wollte damit der Tatsache Rechnung tragen, dass Kinder nicht selten auch von anderen Personen, namentlich ihren Großeltern, betreut werden und hierbei Bindungen entwickeln, weshalb ein plötzlicher Wegfall aller Kontakte für das Kind schädlich sein könnte (BT-Drucks. 13/4899 S. 46 f.). Dabei stand für den Gesetzgeber im Vordergrund, dass andere Personen als die Eltern nur dann ein Recht auf Umgang mit dem Kind haben sollen, wenn dieser dem Wohl des Kindes dient (BT-Drucks. 13/4899 S. 68). Zu Recht verweist das Oberlandesgericht Celle ([NJW-RR 2011, 1512, 1513](#)) deshalb darauf, dass die Großeltern gemäß [§ 1685 Abs. 1 BGB](#) ein Umgangsrecht nur dann haben, wenn ein Umgang dem Wohl des Kindes dient. Während beim Umgangsrecht der Eltern nach [§ 1684 BGB](#) grundsätzlich nur die konkrete Ausgestaltung des Umgangs zu regeln ist und lediglich bei einer sonst konkret drohenden

Kindeswohlgefährdung ein Umgangausschluss in Betracht kommt, ist Voraussetzung für die gerichtliche Anordnung eines Umgangs mit den Großeltern, dass positiv die Kindeswohldienlichkeit festgestellt wird. Im letzteren Fall ist es daher auch nicht erforderlich, förmlich einen ausdrücklichen Umgangausschluss auszusprechen. Denn auch die Zurückweisung des Umgangsrechtsantrags stellt entgegen der Auffassung des Oberlandesgerichts Frankfurt (Beschluss vom 19. März 2013 - [4 UF 261/12](#) - juris [Rn. 9](#)) eine Sachentscheidung mit dem Inhalt dar, dass der Antragstellende (derzeit) kein Recht auf Umgang hat. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass es sich beim Umgangsrechtsverfahren – sei es nach [§ 1684 BGB](#) oder nach [§ 1685 BGB](#) – um ein Amtsverfahren handelt, der "Antrag" also lediglich eine Anregung iSd [§ 24 Abs. 1 FamFG](#) darstellt. Denn Aufgabe des Tenors ist es, das materielle Recht zu konkretisieren. Besteht indes kein Umgangsrecht, bedarf es insoweit auch keines Ausschlusses.

Durch die Entscheidung ist klargestellt, dass in den Fällen, in denen ein subjektives Recht nicht gegeben ist, eine Sachentscheidung schon in der Zurückweisung liegen kann. Dies gilt nicht nur beim Umgangsrecht Dritter, sondern z.B. in den Fällen, in denen ein Verwandter oder auch die Pflegeeltern einen Antrag stellen, sie als Vormund einzusetzen. Auch hier besteht kein subjektives Recht, sodass der „Antrag“ auch zurückgewiesen werden kann, wenn man der Auffassung des BGH folgt.

In den **Amtsverfahren** besteht auch nicht die Möglichkeit, das **Verfahren für erledigt zu erklären** im Sinne des § 91 a ZPO mit der Folge, dass der Streit in der Hauptsache der Entscheidung des Gerichts entzogen ist. Auch hier muss das Gericht eine Entscheidung in der Sache treffen, die aber darin bestehen kann, festzustellen, dass es einer Sachentscheidung nicht mehr bedarf, z.B. weil sich die Beteiligten geeinigt haben.

Umfang und Grenzen der Amtsermittlung

In Nichtstreitsachen findet der Beibringungsgrundsatz des Zivilverfahrens keine Anwendung. Vielmehr gilt der Untersuchungsgrundsatz, also **die Pflicht zur Amtsermittlung** gemäß § 26 FamFG. Das Gericht hat somit alle

entscheidungserheblichen Tatsachen zu ermitteln. Die Amtsermittlung bezieht sich auch auf die Verfahrensvoraussetzungen.²²

Allerdings besteht auch im Rahmen der Amtsermittlung eine **Mitwirkungspflicht** der Beteiligten²³. Dies ergibt sich schon zwangsläufig daraus, dass dem Gericht Informationen gegeben werden müssen, damit dieses überhaupt in die Amtsermittlung eintreten kann.

Besondere Bedeutung hat die Mitwirkungspflicht im Rahmen der **Umgangsverfahren** und hier für die Suche nach einem **umgangsbereiten Dritten**.

Dies hat der **4. Senat für Familiensachen des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main** in seiner Entscheidung vom 17.5.2013²⁴ explizit ausgeführt.

Leitsatz 2:

Erachtet das Familiengericht eine Umgangsbegleitung für notwendig, hat es die Person eines mitwirkungsbereiten und fachlich geeigneten Dritten von Amts wegen zu ermitteln, wobei die Beteiligten eine Mitwirkungsobliegenheit trifft. Diese geht soweit, einen solchen Dritten selbst zu finanzieren oder aber gegenüber dem Jugendamt durch Verfolgung des Anspruchs aus [§ 18 Abs. 3 Satz 3 SGB VIII](#) einen Dritten benannt zu erhalten. Erhält das Familiengericht auch dadurch keine Kenntnis von einem solchen Dritten, hat es eine andere Sachentscheidung anhand der objektiven Feststellungslast zu treffen.

Dem ist auch das Schleswig - Holsteinige Oberlandesgericht gefolgt, das seinerseits noch ergänzend darauf verweist, dass das Familiengericht bis zu einer Entscheidung des Verwaltungsgerichts sein Verfahren gemäß § 21 FamFG auszusetzen hat.²⁵

Letzteres hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 29.7.2015, die sich mit der Anordnungscompetenz des Familiengerichts gegenüber dem Jugendamt befasst, jedenfalls insoweit bestätigt, als es eine Aussetzung für möglich erachtet²⁶.

²² Wegen der Einzelheiten vgl. z.B. Feskorn in Zöller, Kommentar zur ZPO, 32. Auflage Rdnr. 1ff zu § 26 FamFG

²³ Vgl. dazu auch § 27 FamFG, der die Mitwirkungspflicht der Beteiligten enthält

²⁴ FamRZ 2013, 1824

²⁵ 10 UF 6/15, Beschluss vom 23.3.2015 = FamRZ 2015, 1040. Dies entspricht auch der Auffassung des

²⁶ Nichtannahmebeschluss vom 29.7.2015, 1 BvR 1468/15 = FamRZ 2015, 1686

Bestätigt hat das Bundesverfassungsgericht auch die Einschränkung der Amtsermittlung und die Mitwirkungspflicht der Beteiligten in dem Nichtannahmebeschluss vom 8.6.2017.²⁷

Die **objektive Feststellungslast**,²⁸ auch materielle Beweislast genannt, kommt darüber hinaus auch häufig in Gewaltschutzverfahren zum Tragen. Wenn die Ermittlungsmöglichkeiten ausgeschöpft sind, dann verliert der Beteiligte, der die Feststellungslast trägt. Im Regelfall ist dies der Antragsteller.

Überprüfungsumfang und Verschlechterungsverbot

In Nichtstreitsachen und hier insbesondere im Bereich der Kindschaftssachen gilt im Hinblick darauf, dass es keine formalen Anträge gibt und damit auch keine Bindung des Gerichts an Anträge der Beteiligten Besonderheiten. Dies wirkt sich vor allem in zweitinstanzlichen Verfahren aus. Die Gerichte sind nicht an einen bestimmten Prüfungsumfang gebunden. Dies wirkt sich auch im erstinstanzlichen Verfahren aus. Wenn z.B. seitens des Jugendamtes angeregt wird, den Eltern den Teilbereich der elterlichen Sorge Aufenthaltsbestimmungsrecht zu entziehen, ist das Gericht nicht gehindert, weitere Teil oder gar die gesamte elterliche Sorge zu entziehen. Das gleiche gilt auch beim Umgangsrecht. Wenn ein Elternteil die Regelung des Ferienumgangs wünscht, sich aber im Verfahren ergibt, dass sich die Eltern auch nicht über die sonstigen Umgänge einigen können, kann das Gericht eine Gesamtregelung im Interesse des Kindes treffen und ist nicht auf die Ferienregelung beschränkt.

Diese Regelungen gelten auch für das zweitinstanzliche Verfahren. Auch hier ist das Oberlandesgericht nicht an die Anträge gebunden bzw. auf die Überprüfung der explizit angegriffenen Punkte der Entscheidung beschränkt, sondern hat unter dem Gesichtspunkt des Kindeswohls alles zu prüfen. Dies folgt schon verfahrensrechtlich daraus, dass es keinen Begründungszwang in Nichtstreitsachen gibt und daher das Oberlandesgericht auch ohne Begründung des Rechtsmittels zur vollständigen Prüfung der angefochtenen Entscheidung verpflichtet ist.

²⁷ 1 BvR 1054/17 zitiert nach juris

²⁸ Siehe dazu die Darstellung von Feskorn in Zöller, Kommentar zur ZPO, 32. Auflage 2018 Rdnr. 9 zu § 37 FamFG

Letztlich gilt auch nicht das Verbot der reformatio in peius, also das Verschlechterungsverbot, mit der Folge, dass sich in Nichtstreitsachen im zweitinstanzlichen Verfahren die Entscheidung zu Ungunsten des Beschwerdeführers verändern kann²⁹, was in Familienstreitsachen ohne eine Anschlussbeschwerde nicht möglich ist. Die Verschlechterung seiner Position kann der Beschwerdeführer daher nur dann verhindern, wenn er sein Rechtsmittel rechtzeitig zurücknimmt.

Einstweilige Anordnungen in Nichtstreitsachen und in Familienstreitsachen

Die Grundsätze für den Erlass von einstweiligen Anordnungen finden sich in §§ 49 ff FamFG, wobei § 49 FamFG die Regelung zu dem besonderen Rechtsschutzbedürfnis für eine Entscheidung im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes enthält.

Voraussetzung ist, dass ein dringendes Bedürfnis für ein sofortiges Tätigwerden besteht. Das Vorliegen dieser Voraussetzung muss vom demjenigen, der eine Entscheidung im Wege des Eilverfahrens erstrebt, dargelegt werden und zwar auch in den Verfahren mit Amtsermittlung, also in den Nichtstreitsachen, da es sich um eine Zulässigkeitsvoraussetzung handelt.

Dies ist insbesondere in den Verfahren, die unter dem Beschleunigungs – und Vorranggebot des § 155 FamFG stehen, wichtig, denn hier ist nicht offensichtlich, wieso nicht der Monatstermin abgewartet werden kann. Dies ist vor allem auch im Rahmen eines VKH – Antrages von Bedeutung, da nicht in jedem Fall sowohl für die Hauptsache als auch für den EA - Antrag Verfahrenskostenhilfe bewilligt werden kann.

Eine Ausnahme von der Verpflichtung zur Darlegung des Eilbedürfnisses findet sich in § 246 FamFG, der diese Voraussetzung bei einstweiligen Anordnungen auf Unterhalt und Verfahrenskostenvorschuss vermutet.

²⁹ Brandenburgischen OLG, Beschluss vom 22.6.2018, 10 UF 109/15 Rnr. 77f zitiert nach juris sowie schon BeckRS 2011, 26641; [OLG Frankfurt, Beschluss vom 11.5.2009 - 3 UF 402/07](#), BeckRS 2013, 22833; BeckOK FamFG/Obermann, 26. Ed. 2.4.2018, FamFG § 69 Rn. 44

Zuständigkeit

Von besonderer Bedeutung sind die Zuständigkeitsregelungen in § 50 FamFG. Das EA – Verfahren ist ein von der Hauptsache unabhängiges Verfahren, wie sich auch aus § 51 Abs. 3 FamFG ergibt. Da bei gleichzeitiger Anhängigkeit von EA und Hauptsache 2 Verfahren und 2 Akten geführt werden, ist im Gesetz geregelt, dass für die EA das Gericht zuständig ist, bei dem sich die Hauptsache befindet. Dies bedeutet konkret, dass dann, wenn sich die Hauptsache beim Oberlandesgericht in der Beschwerde befindet, nur das Oberlandesgericht für die Beantragung von einstweiligen Anordnungen zum gleichen Verfahrensgegenstand zuständig ist.

Wie bereits oben dargestellt gibt es in Nichtstreitsachen wie Umgang oder elterlicher Sorge keine teilbaren Streitgegenstände. Wenn ein Hauptsacheverfahren mit diesem Regelungsgegenstand in der zweiten Instanz anhängig ist, dann ist das OLG für alle EA – Verfahren, die diesen Regelungsgegenstand betreffen zuständig. Es ist dann z. B. nicht möglich, dass das Amtsgericht während der Beschwerde, die die elterliche Sorge – auch in Teilbereichen- betrifft, eine einstweilige Anordnung über das Aufenthaltsbestimmungsrecht oder die Gesundheitsorge erlässt.

Einzige Ausnahme ist der Fall, dass die Notzuständigkeit des Amtsgerichts eingreift, was aber eher selten sein dürfte.

Rechtsmittel in EA – Verfahren

Hier ist § 57 FamFG zu beachten, der die Verfahrensgegenstände benennt, bei denen ein Rechtsmittel, nämlich die Beschwerde gegeben ist.

Zwei in der Praxis wichtige Verfahrensgegenstände fehlen in der Aufzählung, nämlich **Umgang und Unterhalt**. In einstweiligen Anordnungsverfahren betreffend Umgang und Unterhalt ist eine Beschwerde nicht gegeben. Hier ist lediglich der Antrag auf Änderung der Entscheidung nach § 54 FamFG möglich.

Keine Beschwerdemöglichkeit gibt es zudem dann, wenn die Entscheidung ohne mündliche Verhandlung ergangen ist.

Dann ist nur der Antrag auf mündliche Verhandlung möglich.

Wenn in der Sache selbst ein Rechtsmittel nicht gegeben ist, dann trifft dies auch auf die Nebenentscheidungen zu und zwar ungeachtet der Regelung, dass in Nichtstreitsachen die Kostenentscheidung isoliert anfechtbar ist.

Da ein Rechtsmittel im einstweiligen Anordnungsverfahren nur bei einer Sachentscheidung gegeben ist kann die Kostenentscheidung allein nicht angegriffen werden. **Dies folgt aus letztlich daraus, dass es sich bei § 57 FamFG, der sich allein auf die Sachentscheidung bezieht, die Ausnahme von der Regel der Nichtanfechtbarkeit der einstweiligen Anordnungsentscheidung enthält.**

Abänderung von EA – Entscheidungen

Eine EA kann durch eine EA geändert werden. Die Abänderungsvorschriften der §§ 238, 239 FamFG bezüglich Unterhaltsentscheidungen regeln nicht die Abänderung von EA, da sie sich ausdrücklich nach ihrem Text auf die Änderung von Hauptsacheentscheidungen beziehen.

Allerdings kann ein Antrag nach § 239 FamFG ggfs. umgedeutet werden in einen Antrag nach § 54 FamFG. Dies hat der BGH in seiner Entscheidung vom 20.6.2018³⁰ klargestellt.

Der **Leitsatz** lautet:

Ein zunächst nach [§ 239 FamFG](#) gestellter Abänderungsantrag kann entsprechend [§ 140 BGB](#) in einen solchen nach [§ 54 FamFG](#) auf Abänderung eines im Verfahren der einstweiligen Anordnung geschlossenen Vergleichs umgedeutet werden. Ein hiermit verbundener Wechsel von einem Hauptsacheverfahren in ein Verfahren der einstweiligen Anordnung steht der Antragsumdeutung nicht entgegen.

Auszug aus den Gründen:

aa) Richtig ist allerdings, dass ein vom Ehemann gestellter Abänderungsantrag nach [§ 239 FamFG](#) nicht erfolgsversprechend gewesen wäre, weil der abzuändernde Vergleich den Trennungsunterhalt nicht endgültig regeln sollte

³⁰ XII ZB 573/17 zitiert nach juris

(vgl. [OLG Jena FamRZ 2012, 54 f.](#); [OLG Köln FamRZ 2015, 598, 599](#); [Langheim FamRZ 2014, 1413, 1419](#)). Es steht zwischen den Beteiligten außer Streit, dass der abzuändernde Vergleich bloß eine vorläufige Regelung des Trennungsunterhalts darstellen sollte. In einem solchen Fall hat der Antragstellende die Wahl, ob er entweder gemäß [§ 54 FamFG](#) auf Abänderung anträgt oder einen negativen Feststellungsantrag stellt ([OLG Jena FamRZ 2012, 54, 55](#); Giers *Einstweiliger Rechtsschutz in der familienrechtlichen Praxis* 2. Aufl. Rn. 269; Keidel/Giers 19. Aufl. § 54 Rn. 2).

bb) Es kann dahinstehen, ob der Antrag vom 22. September 2016 trotz des abweichenden Wortlauts bereits als Antrag nach [§ 54 FamFG](#) auszulegen ist. Jedenfalls ist er analog [§ 140 BGB](#) in einen solchen Antrag umzudeuten.

(1) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kommt die Umdeutung einer fehlerhaften Verfahrenshandlung in Betracht, wenn sie wegen ihrer Eindeutigkeit und Klarheit einer berichtigenden Auslegung nicht zugänglich ist, aber den Voraussetzungen einer anderen, den gleichen Zwecken dienenden entspricht, die verfahrensrechtlich zulässig ist; die Umdeutung darf erfolgen, wenn ein entsprechender Beteiligtenwille genügend deutlich erkennbar ist und kein schutzwürdiges Interesse des Gegners entgegensteht. Denn das Zivilverfahren hat die Verwirklichung des materiellen Rechts zum Ziel; die hierfür geltenden Vorschriften sind nicht Selbstzweck, sondern Zweckmäßigkeitsnormen, die auf eine sachliche Entscheidung des Rechtsstreits im Wege eines zweckmäßigen und schnellen Verfahrens gerichtet sind. Wenn irgend vertretbar, müssen die Verfahrensvorschriften daher so verstanden und angewendet werden, dass sie eine Entscheidung über die materielle Rechtslage nicht verhindern, sondern ermöglichen (vgl. Senatsurteil vom 6. November 1991 - [XII ZR 240/90](#) - [FamRZ 1992, 298, 299](#) mwN zur Umdeutung einer Leistungsklage in eine Abänderungsklage). Dabei stehen einer solchen Umdeutung regelmäßig dann keine schutzwürdigen Interessen entgegen, wenn nicht ersichtlich ist, dass sich die Gegenseite anders verteidigt hätte, wenn von vornherein der zutreffende Antrag gestellt worden wäre (vgl. Senatsurteil vom 20. November 1996 - [XII ZR 70/95](#) - [FamRZ 1997, 281, 282](#)). Eine Umdeutung ist auch möglich, wenn dies den Wechsel in eine andere Verfahrensart bedeutet (Senatsurteile [BGHZ 165, 223](#) = [FamRZ 2006, 261, 262](#) zur Umdeutung einer Abänderungsklage in eine prozessuale Gestaltungs-klage analog [§ 767 ZPO](#); [BGHZ 146, 114](#) = [FamRZ 2001, 282](#) und [BGHZ 163, 187](#) = [FamRZ 2005, 1479, 1481](#) zur Umdeutung einer Vollstreckungsabwehrklage in eine Abänderungsklage).

Eine vom Tatrichter unterbliebene Umdeutung kann der erkennende Senat als Rechtsbeschwerdegericht selbst vornehmen (vgl. Senatsbeschluss vom 27. Oktober 2010 - [XII ZB 136/09](#) - [FamRZ 2011, 31 Rn. 18](#) mwN zur Auslegung von Berufungsanträgen).

(2) Gemessen hieran ist der Antrag des Ehemanns – wovon auch die Rechtsbeschwerde ausgeht – in einen Antrag nach [§ 54 FamFG](#) umzudeuten.

(a) [§ 239 FamFG](#) umfasst – abgesehen vom Vorliegen eines Eilverfahrens – zumindest alle Tatbestandsmerkmale, die auch [§ 54 FamFG](#) für eine Abänderung erfordert. Nach den vorliegend getroffenen Feststellungen ist offensichtlich, dass der Ehemann die Abänderung des im Verfahren der einstweiligen Anordnung geschlossenen Vergleichs begehrt hat. Wie sich nicht zuletzt aus der Antragsrüge der Ehefrau und der sich sogleich anschließenden Antragsänderung seitens des Ehemanns ergibt, war der Umstand, dass es sich bei dem abzuändernden Vergleich um keine endgültige, sondern lediglich um eine vorläufige Regelung des Trennungsunterhalts handelte, außer Streit. Dies ergibt sich im Übrigen auch aus der in Ziffer 4 des Vergleichs getroffenen Regelung. Danach hat sich die Ehefrau zur Rückzahlung des zu viel gezahlten Betrages verpflichtet, "sollte sich im Hauptsacheverfahren eine geringere Trennungsunterhaltsverpflichtung" des Ehemanns ergeben. Damit war für die Ehefrau auch erkennbar, was ihr Ehemann mit seinem Antrag erreichen wollte, zumal die Hauptsache bereits gesondert anhängig war. Kern des Verteidigungsvorbringens der Ehefrau war – abgesehen von dem Hinweis auf den unstatthaften Antrag – demgemäß das Bestreiten der Änderung der wirtschaftlichen Verhältnisse.

Zu Recht weist die Rechtsbeschwerde schließlich darauf hin, dass auch im Übrigen keine schutzwürdigen Interessen der Ehefrau gegen eine Umdeutung sprechen. Denn über den Abänderungsantrag ihres Ehemanns wäre – folgte man der Auffassung des Oberlandesgerichts – ohnehin nochmals zu entscheiden, wobei die unterschiedlichen Rechtsauffassungen der Beteiligten hierzu bereits ausgetauscht sind. Daher bliebe der Ehefrau allein ihr Kosteninteresse wegen des ursprünglich (umsonst) eingeleiteten Hauptsacheverfahrens. Bei einem ordnungsgemäß geführten Verfahren hätte indes erst gar kein Hauptsacheverfahren eingeleitet werden dürfen, so dass Gerichtsgebühren schon wegen unrichtiger Sachbehandlung gemäß [§ 20 FamGKG](#) nicht erhoben werden dürften. Der gebotenen Umdeutung des Antrags stehen auch keine Gebührenforderungen des Rechtsanwalts der Ehefrau entgegen. Denn die

Gebühren folgen der Angelegenheit und nicht die Angelegenheit der Gebührenanforderung.

Anders als die Rechtsbeschwerdeerwiderung meint, spricht der Umstand, dass der Ehemann – nachdem er von der Gegenseite auf das Versehen hingewiesen worden war – seinen Antrag geändert hat, nicht gegen eine Umdeutung. Denn die Umdeutung setzt gerade voraus, dass der ursprüngliche Antrag nicht korrekt gestellt worden ist. Wenn ein Antragsteller deshalb seinen Antrag später korrigiert, bedeutet das nicht, dass er mit dem ursprünglich Beantragten etwas anderes verfolgt hat.

Schließlich steht der Umdeutung des Antrages auch nicht der Wechsel von einem Hauptsacheverfahren in ein Verfahren der einstweiligen Anordnung entgegen (im Ergebnis ebenso [OLG Jena FamRZ 2012, 54](#); entsprechend zur Antrags- bzw. Klageänderung Musielak/Voit/Foerste ZPO 15. Aufl. § 263 Rn. 5; [Zöller/Vollkommer ZPO 32. Aufl. § 920 Rn. 14](#); einschränkend OLG Köln [FamRZ 2015, 598, 599](#)).

Die Tatsache, dass der Ehemann seinen Abänderungsantrag später (mit Schriftsatz vom 28. November 2016) gemäß [§ 113 Abs. 1 Satz 1 FamFG](#) iVm [§ 264 Nr. 2 ZPO](#) erweitert hat, ist für die Umdeutung des früheren Antrags ohne Belang.

(b) Wegen der hier vorzunehmenden Umdeutung des Antrags wird das zunächst eingetragene Hauptsacheverfahren gegenstandslos. Eine Rücknahme des ursprünglichen Antrags und eine damit einhergehende Kostenregelung nach [§ 113 Abs. 1 Satz 1](#) iVm [§ 269 ZPO](#) scheidet damit aus.

Anmerkung:

Die Entscheidung fasst sehr gut die Voraussetzungen für eine Umdeutung zusammen. Der BGH erweist sich hier als durchaus bürger- und sogar anwaltsfreundlich.

Vorsicht ist geboten bei einem Vergleich der vorstehenden Entscheidung mit der BGH – Entscheidung zur Umdeutung eines Antrages auf Herausgabe des Hauses nach § 985 BGB auf einen Antrag auf Zuweisung der Ehewohnung nach § 1361 b BGB.³¹

³¹ BGH FamRZ 2017, 22 ff

Die beiden Fallkonstellationen sind nicht miteinander vergleichbar. In Randziffer 28 hat der BGH klargestellt, warum eine Umdeutung in dem Fall des unzulässigen Herausgabeverlangens nach § 985 BGB nicht möglich ist. Hier sieht er die schutzwürdigen Interessen des anderen Ehegatten als einer Umdeutung entgegenstehend an, denn die Umdeutung wechselt nicht nur die Anspruchsgrundlagen aus, sondern führt auch in eine andere Verfahrensordnung und den dort geltenden Verfahrensgrundsätzen, nämlich ein Wechsel hin vom Beibringungsgrundsatz des ZPO – Verfahrens hin in den Amtsermittlungsgrundsatz der Nichtstreitsachen.

Im Falle eines Wechsels von der Hauptsache in ein einstweiliges Anordnungsverfahren mit gleichem Streitgegenstand bleiben die Verfahrensgrundsätze identisch. Daher ist die Umdeutung hier eher möglich.

Ein Vollstreckungsgegenantrag ist gegen eine einstweilige Anordnung auf Unterhalt möglich mit dem Einwand der Erfüllung³²

**Vielen Dank für Ihre
Aufmerksamkeit!!!!**

³² Herget in Zöllner, Kommentar zur ZPO, 32. Auflage 2018, Randnummer 6 und 7