

Dr. Peter Finger

Herbst 2019

Verbreitete anwaltliche Fehler im familienrechtlichen Mandat

–

Haftungsfragen/Schadensersatz

Limburger Anwaltsverein

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung	1
II. Ehescheidung	4
1. Vorzeitiger Scheidungsantrag, steuerliche Folgen (Schaden: Kosten); VKH (Antragstellung bedingt oder unbedingt); Auswirkungen für den Zugewinn und den Versorgungsausgleich	4
2. Eigener Scheidungsantrag	12
3. Trennungsunterhalt im Verfahrensverbund	15
4. Stufenantrag	16
5. § 137 FamFG	16
6. Güterrecht und Verbund	18
7. Zuweisung der Ehewohnung für die Dauer des Getrenntlebens und für die Zeit nach Rechtskraft des Scheidungsbeschlusses	20
8. Auslandsbezug, VO Nr. 2201/2003; VO Nr. 1259/2010	23
Beispiel: Iran, Morgengabe	25
III. Elterliche Sorge, Umgang	27
1. Allgemeines	27
2. § 1628 BGB	27
3. Wechselmodell	28
4. Elterliche Befugnisse des nichtehelichen Vaters	29
5. Umgangsverweigerung	29
6. Kindesunterhalt	33
a. Sonder- und Mehrbedarf	33
b. Konkreter Lebensbedarf	36
7. Internationale Kindesentführung	38
IV. Unterhalt	39

1. Elementarunterhalt, Vorsorgeunterhalt nach § 1578 Abs. 2 BGB, Vorsorgeunterhalt nach § 1578 Abs. 3 BGB	39
2. Berechnungsgrundlagen	40
3. Sättigungsgrenze, konkreter Lebensbedarf	41
4. Lange Dauer der Ehe, ehebedingte Nachteile, und: § 1578 b BGB	43
5. Trennungsunterhalt, Verzicht - Bedarfsbestimmung	46
6. Trennungsunterhalt – Unterhalt für die Zeit nach Rechtskraft des Scheidungsbeschlusses, Reihenfolge	49
7. Nichteheleiche Mutter	51
8. Unterhaltsregress, insbesondere: des Scheinvaters	53
9. Abfindung	55
V. Güterrecht; Nebengüterrecht	57
1. Nutzungsentschädigung, Gesamtschuldnerausgleich – eheliches Güterrecht	57
2. Nutzungsentschädigung, Wohnwert, Unterhalt	58
3. Anfangsvermögen, Ermittlung, Auskunftspflichten	60
4. Indexierung der Forderung	62
5. § 1365 BGB – Teilungsversteigerung einer Immobilie	63
6. Güterstandsschaukel, Schenkungssteuer/Pflichtteilsansprüche	66
7. Verfahrensführung im Ausland	67
8. Vermögensteilung zwischen den Eheleuten vor Zustellung des Scheidungsantrages	70
9. Rücknahme des Scheidungsantrages	71
10. Vereinbarung der Gütertrennung für die Zukunft; Verzicht auf Ausgleichsansprüche aus Zugewinn	72
11. Vorzeitiger Zugewinnausgleich	72
12. Steuerliche Folgen	73
VI. Verfahren	75
1. Beschwerde	75
2. Abänderungsverfahren; Verfahren zur negativen Feststellung	79

	4
3. Einstweilige Anordnung, insbesondere zum Unterhalt	80
4. Rechtsmittel	81
5. Abänderung; inhaltliche Neuregelung	82
6. Entscheidung ohne mündliche Verhandlung	85
7. Insbesondere: Wohnungszuweisung	85
8. Verfahrenskostenvorschuss	86
VII. Internationales Privatrecht	88
Abschlussbeispiel	90

I. Einleitung

Familienrechtl. Mandate beginnen häufig schon schwierig und verlaufen auch weiterhin belastend. Wir erleben den eigenen Mandanten in einer für ihn äußerst schwierigen Lebenssituation, Scheidung, drohender Verlust der elterlichen Sorge, Entführung eines Kindes/Umzug mit dem Kind, Inobhutnahme durch das Jugendamt. Häufig ist er kaum in der Lage, sich mit den Folgen wirklich auseinanderzusetzen und für sich Lösungen zu entwickeln, die für ihn passend sein könnten, einmal abgesehen davon, dass er die Position der Gegenseite ohnehin häufig falsch einschätzt. Meist will er erst einmal durch seinen Anwalt bestätigt werden, ohne wirklich übersehen zu können, was dieser ihm empfiehlt. Zorn und Wut auf den anderen, der aus seiner Sicht an allem schuld ist, Enttäuschung, Verbitterung, dann aber auch Kummer und Trauer sind bestimmend, ohne dass sich im Verlauf wesentliche Veränderungen ergeben (das ist nur selten anders). Dabei können die Verletzungen so groß sein, dass der einzige Ausweg aus seiner Sicht zu sein scheint, nun gegen den anderen mit besonderer Heftigkeit vorzugehen, um ihn „zur Räson“ zu bringen. Durchgängig bleibt sein Verhalten jedenfalls zwiespältig. Widerstand des Partners, der seine Position vertritt, löst oft noch weiteren Kummer und Verärgerung aus. Rechtliche Unkenntnis ist zudem immer noch verbreitet. Oft tragen Hinweise „guter Freunde“ oder „guter Freundinnen“ (unser Anwalt ist so toll) und falsch verstandene Informationen aus dem Internet dazu ihren Anteil bei. Für die **Kosten** familienrechtlicher Rechtsstreitigkeiten treten nur selten und lediglich bei ausdrücklicher Vereinbarung Rechtsschutzversicherungen ein. Meist ist lediglich ein **familienrechtliches Erstgespräch** versichert, 190 Euro + 36,10 Euro = 226,10 Euro, Selbstbehalt durchgängig 150 Euro. Das enttäuscht. Beim anschließenden Haftungsprozess gegen den (eigenen) Anwalt ist **entsprechender Rechtsschutz** dagegen viel häufiger, denn die Rechtsschutzversicherung übernimmt die dabei anfallenden Kosten (und die Rechtsverfolgung wird gar nicht so selten nicht unbedingt aussichtslos sein). Das erleichtert die Entscheidung, in dieser Form nun auch vorzugehen und den Anwalt in Anspruch zu nehmen. Denn die Ergebnisse, die

er für seinen Mandanten erzielt hat, sind oft aus dessen Sicht enttäuschend. Gespräche und Korrespondenz mit der Gegenseite verlaufen aus seiner Sicht eher schleppend, ausgesprochen schwierig und sind nicht immer erfolgreich, ganz im Gegenteil. Vieles ist zudem (rechtlich) unübersichtlich, weil – etwa - mit Auswirkungen in anderen Zusammenhängen verbunden, also etwa **Unterhalt** für die Dauer des **Getrenntlebens** mit Berechnung der Ausgaben für die Immobilie, die bei der Berechnung angesetzt werden, **Nutzungsentschädigung**, **Gesamtschuldnerausgleich** jeweils für den Zugewinn und für den Unterhalt, denn Vorteile, die so entstehen, können wieder ausgeglichen werden bzw. fallen letztlich dann eben doch nicht ins Gewicht, weil sie beim güterrechtlichen Ausgleich (und beim Unterhalt) zur Verrechnung gelangen (können).

Beispiel: Herr A. hat sich von seiner Frau getrennt, die mit der gemeinsamen Tochter in der Ehewohnung geblieben ist, die im gemeinsamen Eigentum steht, Wert zur Zustellung des Scheidungsantrages vielleicht 400.000 Euro. Der monatliche Abtrag macht 1.400 Euro aus. Die Wohnung hat 110 Quadratmeter. Frau A. arbeitet nicht. Herr A.

- ist zum Unterhalt verpflichtet, wobei er die Hausbelastungen zur Anrechnung bringen kann.
- Verwendet er sie in dieser Form, kann er sie nicht noch einmal einsetzen und selbständig geltend machen, **Gesamtschuldnerausgleich**.
- Frau A. muss sich allerdings den Wohnwert der Wohnung zurechnen lassen, vielleicht 800 Euro (im ersten Jahr weniger, in der Zeit nach dem Trennungsjahr den objektiven Wert).
- Für den Teil, den Frau A. bewohnt, obwohl sie nicht Eigentümerin ist, denn der Wohnwert erfasst nur die eigene Hälfte, müsste sie Nutzungsentschädigung zahlen, ebenfalls gemessen an der Trennungszeit (subjektiv und objektiv). Nimmt Herr A. sie nun auf Gesamtschuldnerausgleich und Nutzungsentschädigung in Anspruch, hat er entsprechende Zuflüsse, die beim Unterhalt einzusetzen sind. Ob er bei der Ehefrau abgezogen werden kann, ist eher unsicher. Beim Gesamtschuldnerausgleich ist das der Fall, bei der Nutzungsentschädigung spricht vieles gegen eine entsprechende Verrechnung (Mietausgaben könnte sie ja auch nicht abziehen). Wartet er ab und verlangt beides später und in Zusammenhang mit dem güterrechtlichen Ausgleich, sind seine Forderungen (auf Rückstände) beim Zugewinn anzusetzen, bei ihm bis zum maßgeblichen Stichtag als Zuwachs in Form eines **Anspruchs**, bei der Ehefrau als Verlust in Form einer **Verbindlichkeit**. Verlangt sie Trennungunterhalt und zahlt Herr A. Rückstände erst später (in einem Betrag), muss sie sich Frau A. beim Zugewinn als Vermögensposition anrechnen lassen, wenn sie dann noch vorhanden sind. Hätte ihr Mann rechtzeitig gezahlt, wäre sein Vermögen, so ist die Überlegung, ebenfalls geringer, und sie hätte weitere Vermögenswerte, die in die Abrechnung eingestellt werden müssen.

Informationen erfolgen häufig unwillig, zu spät oder in unübersichtlicher Form, verteilt auf mehrere Briefe, verbunden mit vielen weiteren Hinweisen, die man meist nicht braucht, u.ä. Viele Anwälte haben sich angewöhnt, beim Unterhalt und beim Zugewinn nicht sinnvoll nach den jeweiligen Werten bei der anderen Seite zu fragen, sondern Muster zu verwenden, die eingebürgert sind, aber das führt dann dazu, dass 80 bis 90 Prozent der Angaben, die geliefert werden sollen, von vornherein nicht zutreffen. Aber man will ja sicher gehen. Handelt man selbst anders und fragt nur nach den Einkünften (etwa), die nach den Angaben des eigenen Mandanten für seine Frau anzusetzen sein könnten, ist der eigene Mandant unzufrieden, wenn er eine Liste mit 29 Positionen erhält, zu denen er Auskunft geben soll und fühlt sich unter Druck gesetzt (und manchmal nicht wie ihm notwendig zu sein scheint unterstützt).

Meine Übersicht umfasst

1. die **Ehescheidung**, insbesondere den Antrag, der zu früh gestellt ist, und den eigenen Antrag, der trotz Antrages der Gegenseite ins Verfahren eingeführt werden sollte,
2. den **Unterhalt**, der – für die **Trennungszeit** – immer noch nicht ganz selten im Verbund geltend gemacht wird und für den häufig die Berechnungsgrundlagen unklar bleiben bzw. die Unterscheidung zwischen Elementarunterhalt, Vorsorgeunterhalt für die Krankenversicherung und Vorsorgeunterhalt für die ausreichende Altersvorsorge nicht in der vorgesehenen Weise erfolgt,
3. güterrechtliche Einzelheiten mit der grundsätzlichen Frage, ob Ansprüche im Verbund oder außerhalb geltend gemacht werden sollten,
4. die **Zuweisung** der **Ehewohnung** für die Dauer des Getrenntlebens bzw. für die Zeit nach Rechtskraft des Scheidungsbeschlusses, wobei insbesondere dabei Vorteile der gesetzlichen Neuregelung immer noch viel zu wenig genutzt werden,
5. die **elterliche Sorge** und **Umgangsbefugnisse** (dabei ist allerdings die Schadensberechnung häufig schwierig),
6. **verfahrensrechtliche Abläufe**, etwa der Beschwerde mit falscher

Rechtsbehelfsbelehrung und der Verfahrensführung in VKH insbesondere in der Beschwerdeinstanz, bzw. die einstweilige Anordnung und ihr Verhältnis zur Hauptsache (und den Auswirkungen, wenn eine Entscheidung in der Hauptsache ergeht), die für den Mandanten unübersichtlich bleiben, einschließlich der Rechtsbehelfe.

7. Abschließen möchte ich mit einem Beispiel zu einem Verfahren mit **Auslandsbezug**, denn hier ist vieles besonders unübersichtlich geregelt und daher besonders fehleranfällig. Andererseits fällt die Schadensberechnung häufig schwer, weil der Vergleichsmaßstab fehlt.

8. Bei Gelegenheit – Erörterung eines eigenen Beispiels.

II. Ehescheidung

1. Vorzeitiger Scheidungsantrag, steuerliche Folgen (Schaden: Kosten); VKH (Antragstellung bedingt oder unbedingt); Auswirkungen für den Zugewinn und den Versorgungsausgleich

a. §§ 1565 Abs. 1, 1566 Abs. 1 BGB

Nach §§ 1565 Abs. 1, 1566 Abs. 1 BGB kann eine Ehe erst geschieden werden, wenn beide Beteiligte (mindestens) **ein Jahr** voneinander getrennt gelebt haben¹ und der Antragsgegner/die Antragsgegnerin dem Scheidungsantrag zustimmt. Fehlt diese Erklärung, muss der Teil, der das Verfahren betreibt, die **Zerrüttung** der Ehe in anderer Form als durch Zeitablauf beweisen, § 1565 Abs. 1 BGB (Scheidung aus dem allgem. Grundtatbestand), oder drei Jahre verstreichen lassen, § 1566 Abs. 2 BGB. **Vorzeitige Ehescheidung** ist nur unter den strengen Voraussetzungen aus § 1565 Abs. 2 BGB vorgesehen, **unzumutbare Härte**. Dabei muss sich die Bewertung, die der Antragsteller vornimmt und auf § 1565 Abs. 2 BGB bezieht, nicht aus dem **Verhalten** oder Fehlverhalten des anderen Gatten ergeben, auch wenn beides tatsächliche Voraussetzung sein mag,² sondern gerade mit den Auswirkungen auf die Ehe bewertet

¹ Allenfalls ist ein geringer zeitlicher Vorlauf möglich (vielleicht einige Wochen), wenn der Antragsteller über seinen Verfahrensbevollmächtigten seinen Scheidungsantrag bei Gericht einreichen und anhängig machen und Zustellung verlangen will, nachdem er die eingeforderten Vorschüsse gezahlt hat (bringt auch noch einmal eine gewisse Zeit).

² Die Oberlandesgerichte halten in ihrer alltäglichen Anwendungspraxis diese Unterscheidung nicht immer durch. Bei besonders üblen Über-

werden, also auf deren tatsächlichen und vor allem **rechtlichen** Fortbestand „**dem Bande nach**“.

Getrenntleben innerhalb der Ehewohnung ist schwer zu beweisen. Einzelheiten muss der Anwalt schon in der Antragschrift vortragen, das empfiehlt sich, und er muss auch die notwendigen Beweismittel angeben. Die Trennung muss dabei nach objektiven Kriterien nach außen hin deutlich werden. Daran fehlt es, wenn die Eheleute bis zum Auszug der Ehefrau durchgängig das Schlafzimmer gemeinsam genutzt oder zusammen gegessen haben, wenn vielleicht auch nicht immer und einer, meist die Ehefrau, weiterhin die Wäsche für beide Partner erledigt oder sonstige Besorgungen für die Familie vorgenommen hat, OLG Brandenburg, FuR 2017, 214. Gefragt wird häufig auch nach sonstigen Einzelheiten, vgl. die übliche Kommentarliteratur: Wer hat die Einkäufe erledigt? Wie sind die Lebensmittel im Eisschrank verteilt? Gibt es getrennte Fächer? Was unternimmt die Familie am Wochenende? Zeugen stehen durchweg nicht zur Verfügung, allenfalls die – dann meist volljährigen – Kinder, wobei manche Eheleute aber auch darauf bestehen, minderjährige Kinder einzubeziehen und bei Gericht vernehmen zu lassen. Wird der Antrag des Ast. zurückgewiesen, ist **Beschwerde** grundsätzlich statthaft. Obsiegt der Beschwerdeführer beim OLG, weil, so sehen das die meisten Gerichte immer noch, das Trennungsjahr nun abgelaufen ist, muss er notwendig die Kosten der Beschwerdeinstanz neben den Kosten der ersten Instanz tragen, denn dort hat er ja „verloren“, weil sein Scheidungsantrag zurückgewiesen worden ist, im Übrigen **§ 97 Abs. 2 ZPO**. Wird die Sache zurückverwiesen, werden sie allerdings in der üblichen Form gegeneinander aufgehoben (beim AG, aber nicht für die zweite Instanz, § 97 Abs. 2 ZPO, die im Übrigen abgeschlossen ist).

griffen oder Nachstellungen nehmen sie vielmehr, nachdem sie den Ausgangssatz (die Fortsetzung der Ehe dem Bande nach muss für den Antragsteller unzumutbar sein) vorangestellt haben, ohne Weiteres an, dass die weiteren Voraussetzungen erfüllt sind, weil bei tätlichen Übergriffen und nachhaltigen Bedrohungen auch die Ehe selbst betroffen sei, Übersicht über die Rspr. (schon vorlängerer Zeit, geändert hat sich wenig) bei Finger, FuR 2008, 119 und ders., FuR 2008, 229; zum vorzeitigen Scheidungsantrag und den Folgen für Unterhalt, Zugewinn und Versorgungsausgleich Finger, FuR 2011, 431.

Ist Scheidungsantrag gestellt und bleibt der **genaue Trennungzeitpunkt** unklar, hat das Gericht auf weiteren Sachvortrag zu drängen. Keineswegs sollte die Sache einfach fortgeführt werden. Schon gar nicht sollte das Gericht Auskünfte zum Versorgungsausgleich einholen, denn so verstreicht weitere Zeit. Vorteile für den Ast. sind notwendig mit Nachteilen für den Ag. verbunden, der so Schäden erleiden kann. Deshalb kann er sich zur Wehr setzen und muss das auch tun (bzw. sein Anwalt). Dann ist möglichst umgehend zu terminieren. Stellt sich heraus, dass das Trennungsjahr nicht abgelaufen ist und die Voraussetzungen für eine vorzeitige Ehescheidung nicht vorliegen, ist der Scheidungsantrag kostenpflichtig abzuweisen. Ob die Beschwerde überhaupt statthaft ist, erscheint allerdings eher fraglich, denn in der Beschwerdeinstanz sind nur noch **rechtliche Einzelheiten** zu überprüfen, dazu OLG Brandenburg, FuR 2017, 213. Deshalb sollte eine Partei, die so vorgehen will, ausführlich zu § 1565 Abs. 2 BGB vortragen, wobei die Gegenseite ohnehin einwenden wird, die Voraussetzungen aus dieser Bestimmung seien nicht erfüllt. Damit sind die Chancen größer, in der Beschwerdeinstanz

- Fehler des Gerichts bei der Auslegung von **§ 1565 Abs. 2 BGB** zu rügen und
- so die Sache nochmals zur Überprüfung bringen zu können.

Selbst dann muss der Beschwerdeführer die Kosten für das Beschwerdeverfahren tragen, **§ 97 Abs. 2 ZPO** in entsprechender Anwendung, wenn er erfolgreich ist, denn er hat neue „Angriffs- und Verteidigungsmittel“ genutzt, zur Zurückverweisung der Sache, wenn das Trennungsjahr in der Beschwerdeinstanz abläuft, OLG Köln, NZFam 2015, 232. Wichtig kann dies alles

- für den **Unterhalt** werden, denn bei kurzer Dauer der Ehe sind keine weiteren Zahlungen geschuldet (anders für die Trennungszeit), § 1579 Nr. 1 BGB, die im Allgemeinen ungefähr mit 36 Monaten von der Eheschließung bis zur Zustellung des Scheidungsantrages bemessen wird, aber insoweit sind ohnehin Billigkeitserwägungen anzustellen,
- für den **Zugewinnausgleich**, der auf den Tag der **Zustellung** des

Scheidungsantrages bezogen wird und

- den **Versorgungsausgleich**, festgelegt mit dem letzten Tag des Monats, der der Zustellung des Scheidungsantrages vorausgeht. Sind wesentliche Veränderungen zu erwarten, kann für einen der Beteiligten aus seiner Sicht „wichtig“ werden, den Scheidungsantrag möglichst umgehend zu stellen, aber der Anwalt muss sich mit allen Einzelheiten auseinandersetzen und passend beraten. Andererseits kann sich im weiteren Verlauf aber auch ergeben, dass die Antragstellung zu dieser Zeit doch eher unzweckmäßig gewesen ist. Antragsrücknahme? Schaden in den möglichen Konstellationen? jedenfalls die **Verfahrenskosten**.

Begrenzen lässt sich allenfalls das Kostenrisiko, wobei, das muss man sehen, mit dieser Vorgehensweise auch keine weiteren Vorteile in der Sache verbunden sind. Der Ast, der selbst vielleicht Zweifel hat, ob sein Vortrag zur Trennungszeit ausreichend ist, kann

- einen Entwurf eines Scheidungsantrages einreichen und
- Verfahrenskostenhilfe beantragen, wenn für sie die Voraussetzungen vorliegen.

So ist aber wenig gewonnen. Maßgeblich für die Sache selbst ist nämlich der **Betrieb des Scheidungsverfahrens**, wobei Anträge auf Bewilligung von **VKH** keine weiteren Auswirkungen haben. Nur wenn der Scheidungsantrag „unbedingt“ eingereicht wird, sind die Abrechnungsdaten für

- Unterhalt
- Zugewinn und
- Versorgungsausgleich festgelegt. Dann entstehen aber auch die üblichen Kosten, wenn VKH verweigert und der Antrag abgewiesen wird, weil die Antragstellung zunächst nicht von der vorherigen Bewilligung von VKH abhängig gewesen ist.

Hat der Anwalt des Antragsgegners/der Antragsgegner nicht darauf gedrängt, dass Termin anberaumt wird, damit der Scheidungsantrag abgewiesen werden kann, oder hat er nicht wenigstens versucht, die Abrechnungsdaten nach den tatsächlichen Begebenheiten festzulegen, kann er **haftpflichtig** sein. Allerdings ist die Rspr. in diesem Zusammenhang

(**Neuberechnung**) besonders streng, vgl. Kraus, FamRZ 2002, 1386; Johannsen/Henrich/Büttner, § 1579 BGB Rz. 4, Rechtsgedanke § 162 BGB, Borth, 1. Kapitel Rz. 60, der für den Versorgungsausgleich den letzten Tag des Monats zugrunde legen will, der der abschließenden Verhandlung vor dem OLG vorausgeht, um ein „eindeutiges Bestimmungsmerkmal zu haben, aufgrund dessen das Scheitern der Ehe bindend festgestellt wird“. Werden die Daten „manipuliert“, bleibt der Ast. erfolgreich, ohne dass sich die andere Seite

- im Verfahren und
- dann auch nachträglich wehren kann. Hat das Gericht die Ehe geschieden, obwohl die Voraussetzungen dafür ursprünglich nicht vorgelegen haben, und den Zugewinnausgleich auf ein falsches Datum bezogen hat, lässt sich kaum mit einem „richtigen Datum“ ein Schadensersatz begründen oder der Schaden auch nur ausrechnen. Deshalb muss der Ag. bzw. dessen Anwalt unbedingt im Verfahren dafür sorgen, dass möglichst rechtzeitig terminiert und die Sache geklärt wird.

Trennung der Eheleute in der Ehemwohnung ist (auch rechtlich) möglich, § 1567 BGB. Dann müssen aber im Wesentlichen die ehelichen Gemeinsamkeiten beendet sein. **Versöhnungsversuche** sind unschädlich, wenn sie „kurzfristig“ bleiben, meist vertreten: drei Monate. Sonst ist schon während der Trennungszeit ein Wechsel der Steuerklasse zum 1.1. des folgenden Jahres notwendig, ein Punkt, der von den Eheleuten sehr großzügig behandelt wird, ohne auf die Folgen zu achten, die auch strafrechtlicher/steuerstrafrechtlicher Natur sein können. Keinesfalls darf deshalb der Anwalt raten, wenn offensichtlich ist, dass die Trennung der Eheleute – etwa – im November des Vorjahres erfolgt ist, sie doch auf den Januar oder Februar des Folgejahres zu verschieben, damit die gemeinsame steuerliche Veranlagung noch möglich bleibt. Denn er kann sich Schadensersatzpflichtig machen, wenn die Versuche, die steuerliche Belastung möglichst passend einzurichten, fehlschlagen (und auch wenn sie erfolgreich sind), einmal abgesehen von den strafrechtlichen Folgen, die meist nicht in der gebotenen Form berücksichtigt werden.

Beispiel: Für ihre Ehe haben die Eheleute vereinbart, sich aus Steuerklasse V bzw. für den besser verdienenden Teil aus Steuerklasse III veranla-

gen zu lassen. Herr A. verlangt Mitwirkung an der gemeinsamen steuerlichen Veranlagung für 2015, die seine Frau verweigert. In diesem Jahr haben die Eheleute noch in ehelicher Lebensgemeinschaft zusammengelebt, dazu OLG Koblenz, FamRZ 2018, 1493. Dann ergibt sich für die Ehefrau aus § 1353 Abs. 1 BGB die Verpflichtung, die finanziellen Belastungen des anderen Teils möglichst gering zu halten, soweit dies ohne Verletzung eigener Interessen möglich ist, dazu auch BGH, FamRZ 2007, 1229. Insgesamt haben die Eheleute damit für ihre Gemeinschaft höhere Mittel zur Verfügung als bei einer getrennten Veranlagung jeweils bereitstehen könnten. Jedenfalls haben sie bewusst in Kauf genommen, dass das höhere Einkommen des Antragstellers relativ gering und das niedrigere Einkommen der Antragsgegnerin vergleichsweise hoch besteuert werden. Eine nachträgliche, einseitige und rückwirkende Änderung dieser Vereinbarung kommt nicht in Betracht. Auch Ersatzansprüche des höher besteuerten Ehegatten sind ausgeschlossen. Insoweit besteht keine Rechtsgrundlage. Beantragt er gleichwohl beim Finanzamt die Aufteilung der Steuerschuld, kann der andere

- Freistellung beantragen bzw.
- Zahlung der Differenz zwischen der Steuerlast, die er aus der schlechteren Steuerklasse nun zahlen muss, und der Steuerklasse, die er eigentlich hätte in Anspruch nehmen können. Für die Rechtsverfolgung dabei ist ihm VKH zu bewilligen. Rät der Anwalt zu etwas anderem, macht er sich Schadensersatzpflichtig (je nachdem jedenfalls in Höhe der Verfahrenskosten oder vielleicht sogar des Betrages, den sein Mandant als Schadensersatz erstatten muss).
- Ohnehin und vorrangig kann ein Ehegatte Klage auf Zustimmung zur gemeinsamen steuerlichen Veranlagung erheben, die inzwischen bei den Familiengerichten zu verfolgen ist. Dies ist auch dann noch möglich, wenn das Steuerverfahren für einen der Beteiligten abgeschlossen ist, für den anderen aber nicht (und bei zunächst abgeschlossenen Verfahren steht ohnehin ja nicht der Anspruch bereit).

Streiten die Eheleute über den Trennungszeitpunkt, sind die Voraussetzungen im Einzelnen im Veranlagungsverfahren zu prüfen, wenn nicht völlig zweifelsfrei ist, dass eine gemeinsame Veranlagung nicht in Betracht kommt, dazu BGH, FamRZ 2005, 182 mit Anm. Meyer und OLG Stuttgart, FamRZ 2018, 1493. Dabei geht das OLG Stuttgart davon aus, dass entsprechende Verpflichtungen der Eheleute untereinander aus § 1353 Abs. 1 BGB für ihr Zusammenleben herzuleiten sind. Angaben im Scheidungsverfahren sind lediglich „Indiz“ für die steuerliche Behandlung, aber die Steuerpflichtigen sind nicht an die dortigen Erklärungen gebunden (die ja auch eine ganz andere Zielsetzung haben). Folglich wird entscheidend, ob die eheliche Lebensgemeinschaft der Beteiligten im Jahre 2014 (darum ging es) zu keinem Zeitpunkt mehr Bestand hatte und damit eine gemeinsame Veranlagung für 2015 zweifelsfrei nicht in Betracht gekommen ist, dazu OLG Stuttgart, FamRZ 2018, 1493 (1495). Mit der gemeinsamen steuerlichen Veranlagung werden beide Eheleute Gesamtschuldner für Verpflichtungen zur Nachzahlung, § 44 AO, aber der Ehegatte, der weniger verdient hat und solche Nachzahlungen fürchtet, kann nach § 268 AO einen Antrag auf Beschränkung seiner Haftung stellen, BGH, FamRZ 2005, 282.

Sonst wird ein steuerlicher Erstattungsanspruch unter den Ehegatten un-

ter entsprechender Heranziehung von § 270 AO auf Grundlage einer fiktiven getrennten Veranlagung verteilt, dazu BGH, NJW 2006, 2623.

Dann kann der Berater Ersatzverpflichtungen (gegen sich) auslösen, weil ihm Fehler unterlaufen sind (häufige Aufteilung wird immer noch durchgängig empfohlen!). Vorauszahlungen können mit einer ausdrücklichen Bestimmung auf die persönliche Steuerschuld versehen werden. Im Übrigen kann jeder Ehegatte **Aufteilungsanträge** stellen, insbesondere dann, wenn nach einer Trennung kein Unterhalt gezahlt wird und die ungünstigere Steuerklassenwahl für einen von ihnen gegenüber seinem Partner zu einem Erstattungsanspruch führt, dazu Hb.

FANw.Fam./Kuckenburg, 13 Kap. Rz. 417. Wird Ehegattenunterhalt gezahlt, stehen nach den gesetzlichen Bestimmungen zwei Möglichkeiten bereit, die der Unterhaltsschuldner wählen kann (sie schließen sich gegenseitig aus):

- Bis zu einem Grenzbetrag von 13.805 Euro können die Eheleute das begrenzte steuerliche Realsplitting wählen, das für Veranlagungszeiträume zur Verfügung steht, in denen die Ehegatten keine gemeinsame steuerliche Veranlagung mehr beantragen können, wobei im Trennungsjahr noch steuerrechtliche Wahlmöglichkeiten bestehen, § 26 Abs. 1 EStG.
- Der Unterhaltsempfänger ist zur Zustimmung verpflichtet, wenn der andere Teil erklärt, sämtliche Nachteile auszugleichen, die durch die Steuerpflichtigkeit der Unterhaltszahlungen entstehen können. Dazu zählen nicht nur die Steuerbelastung selbst, sondern auch Kosten für den Steuerberater und vor allem Beiträge zur Krankenversicherung, weil insoweit (bei Steuerpflichtigkeit) die Zuwendungen als „Einkommen“ des Empfängers gelten.
- Im Übrigen steht **§ 33 a Abs. 1 EStG** zur Verfügung, wobei allerdings weitere Voraussetzungen erfüllt sein müssen, Hb. FANw.Fam./Kuckenburg, 13 Kap. Rz. 419 f. Dieser Weg steht auch dann offen, wenn der für das Realsplitting maßgebliche gesetzliche Höchstbetrag überschritten ist, wobei der Empfänger die Unterhaltsrente nicht einmal als sonstige Einkünfte nach § 22 Nr. 1 a EStG versteuern muss, fehlendes Korrelationsprinzip. Unerheblich ist, ob der Zahlende laufende oder einmalige Leistungen erbringt oder Nachzahlungen oder Vorauszahlungen bereitstellt.
- Auch „tatsächliche Leistungen“ können dabei eine Rolle spielen; so kann ein Ehegatte mit den Kindern im gemeinsamen Haus wohnen bleiben bei Kostenübernahme durch den anderen, und der Aufwand kann als „Unterhalt“ zur Anrechnung gebracht werden.

Weiteres Beispiel: Peter R., inzwischen 67 Jahre alt, ist über den Verlauf seiner Ehe enttäuscht und über das Verhalten seiner Ehefrau verbittert. Immer wieder streitet er mit ihr, und seit Jahr und Tag droht er ihr dabei in heftigen Auseinandersetzungen an, er wolle sich von ihr trennen und sich scheiden lassen. Im November 2018 stellt er bei Gericht entsprechende Anträge. Sein Anwalt gibt an, die Eheleute würden schon seit September 2009 voneinander getrennt leben. Dabei

- bezieht er sich nicht auf Beteiligtenvernehmung und
- schildert auch keine weiteren Einzelheiten etwa zur Trennung in der ehelichen Wohnung, zur Auflösung der ehelichen Lebensgemeinschaft, zu den ernsthaften Absichten jedes Ehegatten, die Ehe nicht

fortsetzen zu wollen u.ä.

- Im Januar 2019 findet Termin beim Amtsgericht in H. statt. Dort werden Zeugen, auf die sich der Ast. nach einem Wechsel seiner anwaltlichen Vertretung bezogen hat, vernommen, insbesondere die Kinder aus der gemeinsamen Ehe (beide volljährig). Sie bestätigen den Streit und die ständigen Auseinandersetzungen, die Zerwürfnisse, die Unzufriedenheit beider Eheleute, aber keineswegs die Trennung, ganz im Gegenteil. Tatsächlich ist die Ehefrau im Juni 2018 ausgezogen. Nach der Beweisaufnahme macht die Richterin klar, dass sie den Scheidungsantrag zurückweisen wird. Vorschlag der Gegenseite:
- Der Ast. übernimmt sämtliche Kosten des Verfahrens, auch die Anwaltskosten seiner Ehefrau.
- Dann müssten die Folgesachen geklärt werden, aber das Verfahren selbst soll weiter den Rahmen bilden, insbesondere, weil, so stellt sich im Verlauf heraus, die Ehefrau (Ag.) in der Zwischenzeit auf eigene Vermögenswerte erheblichen Abtrag für Immobilien geleistet hat, der, wenn die Zustellung des früheren Scheidungsantrags maßgeblich geblieben wäre, natürlich geringer ausfällt.
- In der Antragschrift ist der Gegenstandswert mit 13.000 Euro angegeben, aber tatsächlich liegt er wohl wesentlich höher (Grundbesitz auf beiden Seiten, der nicht berücksichtigt worden ist).
- Was kann der Anwalt von Herr R. empfehlen? Zwei Wege stehen offen:
- Herr R. nimmt hin, dass sein Scheidungsantrag abgewiesen wird.
- Gegen die Entscheidung kann er Beschwerde einlegen, wobei nicht völlig sicher ist, ob dieser Rechtsbehelf überhaupt zulässig ist (keine falsche Entscheidung zu einer Rechtsfrage). Zumindest in der Beschwerdeinstanz muss er dann die Kosten tragen, § 97 Abs. 2 ZPO.
- Da Folgesachen bisher nicht angesprochen sind, aber geführt werden müssen, wird die Sache in erster Instanz fortgesetzt. Dann gilt, wenn das Verfahren dort abgeschlossen wird, die übliche Kostenregelung.
- Herr R. kann aber auch die Entscheidung des Gerichts hinnehmen und dann selbst neuen Scheidungsantrag stellen. Empfehlenswert ist vielleicht doch diese Vorgehensweise, wenn Frau R. in der Zwischenzeit weitere Vermögenswerte geschaffen haben sollte, etwa nur durch Abtrag von Verbindlichkeiten auf eine Eigentumswohnung, die sie während der Ehezeit gekauft hat.
- Welche Rolle spielen mögliche Ersatzansprüche gegen den Anwalt, der zunächst für Herrn R. tätig geworden ist? Letztlich muss dieser nur für Schäden eintreten, die Herrn R. bei „vernünftiger Verfahrensführung“ entstanden wären. Gehört dazu auch der Aufwand für die Beschwerde beim OLG? Kann der „erste“ Anwalt, der nicht ausreichend vorgetragen hat, einwenden, sein früherer Mandant habe den Schaden, der entstanden ist, nicht gemindert, § 254 BGB? Denn seine Beschwerde wäre aussichtsreich und erfolgversprechend gewesen, also: kein Schaden, bis auf § 97 Abs. 2 ZPO? Inzwischen hat das AG in Höchst entschieden – kein Schadensersatz, denn der Mandant habe seinen Anwalt nicht ausreichend informiert (habe auf der anderen Seite aber immer wieder betont, er lebe schon seit 2009 mit seiner Frau in heftigem Streit und habe sich von ihr „getrennt“, ohne dass maßgeblich geworden wäre, wie ungenau diese Schilderungen sind).

Hätte der Anwalt zurückfragen müssen?

2. Eigener Scheidungsantrag

a. Rücknahme des Scheidungsantrages

Rücknahme des Scheidungsantrages kann sich empfehlen, selbst wenn die Antragstellung zulässig gewesen ist, sich in der Zwischenzeit aber Folgen für Zugewinn und Versorgungsausgleich ergeben haben, die der Antragsteller so nicht vorhersehen konnte und die sich für ihn nun nachteilig auswirken. Darauf sollte aber auch der Antragsgegner achten und eigenen Scheidungsantrag stellen. Unterscheiden sich die Daten, die die Berechnung von Zugewinn und Versorgungsausgleich festlegen, dabei, bleibt bei Rücknahme des ersten Scheidungsantrages stets die Berechnung in der bisherigen Form maßgeblich. Rücknahme kann allerdings nur erfolgen, wenn sie verfahrensrechtlich zulässig ist.

Nimmt der Ast. den Antrag zurück, treten auch die sonstigen materiellen Folgen „außer Kraft“. Auf die „alten“ Daten kann er dann später nicht mehr zurückzugreifen, wobei die Rechtsprechung allerdings Ausnahmen zulässt, wenn sich die Eheleute wieder versöhnt, ihre Ehe so fortgeführt haben, wie das vorher war, aber wirtschaftlich nicht weiter miteinander verbunden sind (und eine gewisse Zeit abgelaufen ist – so wird im Allgemeinen nach „neuen Daten“ abgerechnet werden müssen). Sonst entscheiden die neuen Daten.

Auf diese Einzelheiten muss der Anwalt bei der Beratung und beim Betrieb des Scheidungsantrags achten. Unterlaufen ihm Fehler, kann er schadensersatzpflichtig sein.

b. Vor allem: Erbrechtliche Folgen

Mit dem Antrag auf Ehescheidung werden die **erbrechtlichen Folgen** des späteren Scheidungsausspruches vorweggenommen, vgl. dazu § 2077 Abs. 1 S. 1 BGB und S. 2 BGB, entsprechende Regelungen für die gesetzliche Erbfolge bzw. für den Erbvertrag und das gemeinsame Testament. Dabei sind die Wirkungen streng **relativ**. Hat der Ehemann M. Scheidungsantrag gestellt, ist damit, falls die sonstigen sachlichen/rechtlichen Voraussetzungen für die Ehescheidung für ihn erfüllt sind, die weitere erbrechtliche Nachfolge für die Ehefrau F. ausgeschlossen, wobei vor allem das Trennungsjahr abgelaufen sein bzw., wenn das

nicht der Fall ist, ein **Härtefall** für eine vorzeitige Ehescheidung vorliegen muss, § 1565 Abs. 2 BGB. Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, hätte der Scheidungsantrag noch nicht angebracht werden können (aus materieller Sicht), so dass die Ehe auch nicht hätte geschieden werden können (die Ehefrau bleibt weiterhin erbberechtigt). Deshalb kann F. gezwungen sein, ebenfalls Scheidungsantrag zu stellen, denn nur so kann sie M. nun ihrerseits von der Erbfolge ausschließen. Dieses Ergebnis wird teilweise als fragwürdig bezeichnet, insbesondere vor dem Hintergrund von **Art. 6 Abs. 1 GG**, denn sie möchte ja an der Ehe festhalten und sie fortführen. **Zustimmung** zum Scheidungsantrag der anderen Seite reicht nicht immer aus, weil notwendig wird, dass zum maßgeblichen Zeitpunkt (Eingang des Schriftsatzes bei Gericht) der Scheidungsantrag noch anhängig ist, aber er kann gerade zurückgenommen sein, ohne dass sich dies schon aus den Gerichtsakten ergibt (selbst wenn der Anwalt nachsieht). Dann ist der Rechtsanwalt haftpflichtig, der den sicheren Weg (Rücknahme des Scheidungsantrags) hätte wählen müssen.

- **Beispiel für andere erbrechtliche Folgen und § 2077 Abs. 1 BGB:** Frau F. ist seit vielen Jahren mit Herrn M. verheiratet. Zunächst lebten beide in Deutschland, dann in Spanien, zuletzt in Liechtenstein. Dort stellt Herr M. Scheidungsantrag. Seine Frau unternimmt nichts. Bevor die Ehe geschieden wird, stirbt M.. F. behauptet nun,
 - die Voraussetzungen für die Ehescheidung hätten niemals vorgelegen (unterstellt, dass dt. Recht anwendbar ist),
 - und im Übrigen hätten sich die Eheleute wieder **versöhnt**. Beweispflichtigkeit? Sie liegt bei dem, der die Wirksamkeit des Testaments für sich in Anspruch nimmt, also beim überlebenden Ehegatten.
- Sind Anordnungen in einem gemeinschaftlichen Testament für den Fall der Scheidung getroffen, ist nicht notwendig der Fall der Wiederheirat (zwischen diesen Eheleuten) miteinbezogen, weil die Interessensituation anders ist, so dass es auf die tatsächliche Willensbekundung der Beteiligten ankommt, dazu OLG Hamm, NZFam 2015, 190. Also hat der Rechtsanwalt auf die genaue Fassung zu achten.
- Die Bestimmung von Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testament, ihre Verfügungen sollten auch für den Fall der Ehescheidung gelten, lässt nicht den Schluss zu, dass so auch die **Wiederheirat** eines von ihnen ohne Weiteres erfasst ist, weil wiederum im Einzelnen zu prüfen ist, was die Eheleute gewollt haben könnten, OLG Hamm, NZFam 2015, 190.
- Im Übrigen müssen sich Eheleute beim gemeinschaftlichen Testament überlegen, ob sie nicht ausdrücklich eine **Wiederverheiratungsklausel** aufnehmen und wie diese im Einzelnen ausgestaltet sein soll, insbesondere im Hinblick auf die erbrechtlichen Befugnisse

des überlebenden Ehegatten, der eine neue Ehe eingeht (und die Auswirkungen dabei auf die Erbquote der Kinder aus der ersten Ehe),
Stichwort im Übrigen: **Güterstandsschaukel**.

Beispiel: M. ist mit F. verheiratet. Seit längerer Zeit hofft er auf ein Erbe nach einer reichen Tante. Sie allerdings macht seine Nachfolge davon abhängig, dass aus der Ehe mit F. „ein Kind“ hervorgeht. Weitere Anstrengungen der Gatten bleiben erfolglos. Deshalb beschließen F. und M., einen Arbeitskollegen – ohne dessen Wissen von den tatsächlichen Hintergründen – einzuschalten, von dem F. dann auch schwanger wird und in der Folgezeit ein Kind zur Welt bringt. Erbt M. nun? Wie steht es mit sonstigen erbrechtlichen Klauseln, die den jeweiligen Erwerb von einem bestimmten Verhalten (oder einem missbilligten Verhalten) abhängig machen oder andere Entscheidungen des vorgesehenen Erben mit entsprechenden Verlusten belegen?

Beispiel: Frau F. ist mit Herrn M. verheiratet. Sie stellt Scheidungsantrag. M. möchte die Ehe eigentlich erhalten. Im Ehevertrag hat M. im Übrigen finanzielle Folgen ausgehandelt, die für ihn umso günstiger sind, je länger die Ehe dauert. Im Verlauf wird F. klar, dass sie in erheblichem Umfang beim Versorgungsausgleich Anrechte übertragen muss. Dazu zählt auch eine von ihr privat abgeschlossene Rentenversicherung, in der ein Kapitalwahlrecht vereinbart ist. Vertraglich haben die Eheleute (zudem) festgelegt, dass, bis auf einzelne definierte Leistungen, Zugewinnausgleich nicht geschuldet werden soll und entsprechende Forderungen ausgeschlossen sind. M. wäre bereit gewesen, auf den Versorgungsausgleich für die privat abgeschlossenen Rentenversicherungen zu verzichten. Doch hat F. erwartet, dass er insgesamt keine entsprechenden Ansprüche geltend macht und mit ihr insoweit Verabredungen trifft, also auch auf die Anwartschaften bei der gesetzlichen Rentenversicherung verzichtet und, vor allem, bei ihrem Arbeitgeber, die ihr beträchtliche Leistungen zugesagt hat (in unterschiedlicher Form). Dazu war M. allerdings nicht bereit. Deshalb hat F. den Scheidungsantrag zurückgenommen, und das konnte sie, weil

- bisher noch nicht verhandelt war und
- M. keinen eigenen Scheidungsantrag gestellt hat.

Was kann M. tun? Was hätte er tun können? Gegen die Rücknahme des Antrags durch seine Frau kann er nichts unternehmen, wenn diese aus prozessualen Gründen zulässig ist. Allerdings hätte er selbst rechtzeitig Scheidungsantrag stellen können. F. kann nun erneut das Scheidungsverfahren betreiben (und M. auch). Abgerechnet wird dann zu den jetzigen Stichtagen, also jeweils festgelegt durch den Antrag, den F. oder M. gestellt haben (das erste Verfahren bleibt insoweit ohne Auswirkungen). F. hat die von ihr abgeschlossene Rentenversicherung mit Kapitalwahlrecht in eine Kapitallebensversicherung umgewandelt, für die sie nach dem Ehevertrag keinen Ausgleich schuldet. Beim Versorgungsausgleich sind die Anwartschaften nicht mehr zu berücksichtigen, und der Zugewinn ist vertraglich ausgeschlossen. M. hat auf der anderen Seite, wiederum nach dem Ehevertrag, erhebliche Forderungen gegen sie, weil sich seine Entschädigungsansprüche nach der Dauer der Ehezeit richten (und von 50.000 Euro bis zu drei Jahren Ehezeit auf 100.000 Euro bis zu fünf Jahren Ehezeit gestiegen sind).

Alle Einzelheiten muss der Anwalt rechtzeitig mit seinem Mandanten besprechen. Auf mögliche Folgen einer Antragsrücknahme muss er ebenso hinweisen wie auf die Möglichkeit, eigenen Scheidungsantrag zu stellen (und die Folgen dabei), vor allem auf

- die erbrechtlichen Zusammenhänge,
- die strenge Einseitigkeit der Regeln in § 2077 Abs. 1 S. 2 BGB,
- und die Verbindung mit den ehevertraglichen Vereinbarungen. Hat M. rechtzeitig Scheidungsantrag angebracht, löst die Rücknahme des Antrages durch F. keine weiteren Folgen aus, denn die Abrechnungsdaten sind festgelegt. Will M. nun bessere Ergebnisse erzielen, muss er seinen Antrag zurücknehmen, wenn er einen Antrag gestellt hat, weil er nur so erreicht, dass andere Abrechnungsdaten ins Spiel kommen, aber die Rücknahme muss nun ihrerseits prozessual zulässig sein. Welche Variante besser ist, hängt von den jeweiligen Umständen ab. Dabei kann sich der Anwalt auch schadensersatzpflichtig machen.

3. Trennungsunterhalt im Verfahrensverbund

Immer noch machen viele Beteiligte (mit ihren Anwälten) **Trennungsunterhalt im Entscheidungsverbund** geltend, teilweise ausdrücklich (Überschrift: Trennungsunterhalt im Entscheidungsverbund), teilweise unter Bezugnahme auf das Aktenzeichen des Scheidungsverfahrens, teilweise ohne Weiteres und mit dem Scheidungsantrag zusammen, schließlich aber auch in eigentümlicher Form als Stufenantrag, wobei der Unterhalt nach der Scheidung bezogen wird auf den Trennungszeitpunkt (... Unterhalt zu zahlen vom Zeitpunkt der Trennung an, Mai 2018, also nicht, wie das eigentlich notwendig wäre, ab Rechtskraft des Scheidungsbeschlusses). Trennungsunterhalt und Unterhalt nach der Scheidung betreffen dabei unterschiedliche Streitgegenstände. Jedenfalls können die Auswirkungen erheblich sein, in einem von mir betreuten Fall über drei Jahre, weil das Gericht

- einmal angedeutet hat, dass Trennungsunterhalt nicht im Scheidungsverfahren verlangt werden kann, und das tun manche Richter in der Zwischenzeit,
- ohne dass dies Folgen für die Antragstellung gehabt hätte und
- ich die Sache dann wesentlich später übernommen habe,
- wobei der frühere Verfahrensbevollmächtigte nicht einmal in diesem Zusammenhang seinen Fehler erkennen wollte und Ersatzpflichtig-

keiten nachdrücklich bestritten hat.

- Schwierig ist allerdings die Schadensberechnung, denn sie muss berücksichtigen, in welcher Höhe sich der Anspruchsteller tatsächlich durchgesetzt hätte und welche Nachteile er durch den Verfahrensbetrieb im Verbund erlitten hat.
- Hat der Anwalt außergerichtlich rechtzeitig zur Zahlung von Trennungsunterhalt aufgefordert, mag das ausreichen, aber **Verwirkung** kann entgegenstehen, wenn lange Zeit sonst nichts geschehen ist.

4. Stufenantrag

Auskunftsanträge für sich wiederum können im Entscheidungsverbund mit der Ehescheidung nicht geltend gemacht werden. Notwendig ist vielmehr **Stufenantrag**, sowohl für den Unterhalt als auch für das Güterrecht (je nachdem, was gewünscht ist). **Auskunftsanträge** wären für sich jedenfalls unzulässig. Sie wären als **isolierte Familiensache** zu führen. Ob dabei Schadensfolgen entstehen können, ist schwer zu übersehen. Im Allgemeinen wird ohnehin ein Hinweis des Gerichts folgen. **Verwirkung** ist fernliegend.

Nicht so selten ist im Übrigen, dass die Klageanträge überschrieben werden mit „Stufenantrag“, dann aber in der zweiten Stufe nur beantragt wird, die Richtigkeit und Vollständigkeit der bisher erklärten **Auskünfte** auf besonderen Antrag an Eides statt zu versichern, aber der eigentliche **Zahlungsantrag** fehlt. Was ist dann? Entweder liegt ein unvollständiger Stufenantrag vor, wobei nun wegen der Überschrift die zweite Stufe (stillschweigend) „hinzugefügt“ wird (halte ich für unzulässig), oder ein **unzulässiger Auskunftsantrag**, der im Verbund nicht geführt werden darf (und dazu würde ich tendieren, denn das Gericht kann nicht einen Antrag ersetzen, der nicht gestellt ist). Wiederum ist die Schadensberechnung schwierig, und sie bezieht sich im Wesentlichen auf unnötig aufgewandte Kosten.

5. § 137 FamFG

Nach § 137 Abs. 2 S. 1 FamFG sind Folgeanträge, bezogen auf Versorgungsausgleichssachen (von Amts wegen zu führen). Unterhaltssachen, Nr. 2, Ehewohnungs- und Haushaltssachen, Nr.3, und Güterrechtssachen, Nr. 4, müssen spätestens **zwei Wochen** vor der mündlichen Verhandlung

im ersten Rechtszug in der Scheidungssache von einem Ehegatten anhängig gemacht werden, wenn eine Entscheidung für den Fall der Scheidung zu treffen ist. Voraussetzung ist dabei, dass die Angelegenheit im Übrigen (zur Ehescheidung) entscheidungsreif ist. Nicht jede erste Verhandlung reicht deshalb. Vielmehr ist maßgeblich, ob ohne die Folgesache die Scheidung hätte ausgesprochen werden können. Die Frist ist besonders zu berechnen, **Rückwärtsfrist**, so dass der Ausgangszeitpunkt, auf den der Ablauf fiele, nicht mit einzubeziehen ist. Tatsächlich müssen also **15 Tage** eingehalten sein, nicht 14 Tage (was ist, wenn der Tag auf den die Berechnung abzielt, ein Samstag oder ein Sonntag ist? Sind dann 16 Tage einzuhalten? oder 17 Tage?). Im Übrigen ist § 137 Abs. 2 S. 1 FamFG auch sonst in den Voraussetzungen unübersichtlich und in den Folgen fragwürdig, weil

- **Vergleichsverhandlungen** eher behindert werden und
- die „**Umgehung**“ leicht fällt, etwa mit Verlegungsanträgen (wegen Krankheit, wegen Unerreichbarkeit des Mandanten u.ä.).
- Selbst wenn die Frist verstrichen ist, sollte der Vertreter des Antragstellers aber für das jeweilige Verfahren entspr. Folgesachen noch vor der Verhandlung bei Gericht oder spätestens zu diesem Zeitpunkt anbringen, die damit anhängig werden und so (etwa) **Zuständigkeiten** festlegen, selbst wenn sie als isolierte Familiensachen zu führen sind, weil sonst insgesamt ein Wechsel eintreten kann. Darauf sollte er jedenfalls achten. Denn die Frist verhindert nicht die „Rechtshängigkeit“ der Antragstellung, sondern nur die Behandlung im Verbund.

Werden Folgesachen nicht rechtzeitig betrieben, können weitere Auswirkungen entstehen, die zur Verantwortlichkeit des Anwalts führen können.

Beispiel: Frau A. hat Unterhalt für die Trennungszeit durch Urteil oder durch einstweilige Anordnung in Höhe von 1.250 Euro beschränkt auf die Trennungszeit erstritten. Ihr Anwalt versäumt, weitere (nacheheliche) Unterhaltsforderungen im Verbund für sie geltend zu machen, weil er übersieht, dass die Regelung für die Trennungszeit nicht weiter fortgilt, inzwischen im Gegensatz zur früheren Rechtslage nahezu unumstritten, siehe dazu den Exkurs. Nun wird die Ehe geschieden. Ihr Ehemann zahlt keinen Unterhalt mehr. Deshalb muss sie ein eigenes Verfahren einleiten, entweder durch einstweilige Anordnung oder durch Hauptsacheklage. So entstehen für sie weitere Kosten, denn ob sie VKH erhält, ist fraglich. Manche Gerichte verweigern ihre Bewilligung, weil die Verfahrensfüh-

rung im Verbund kostengünstiger gewesen wäre (dann müsste man allerdings die Kosten im Verbund mit den Kosten für das Folgeverfahren vergleichen). Sonst können in der Sache Versorgungslücken entstehen, weil einige Zeit verstreicht, bis Frau A. die Zusammenhänge überhaupt erkennt (und sich ihr neuer Anwalt um die Angelegenheit kümmert). Ihr bisheriger Verfahrensbevollmächtigter kann dann für die Ausfälle verantwortlich sein und für die zusätzlichen Kosten; zur „Notwendigkeit“ bei Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen außerhalb des Verbundes (und Verwirkung) OLG Brandenburg, NZFam 2019, 838 (entgegen einer weitverbreiteten Auffassung, die die Bewilligung von VKH in diesem Zusammenhang ausschließt).

Exkurs: Nach den gesetzlichen Vorschriften vor 2009 behielt eine einstweilige Anordnung, die zum Unterhalt ergangen war, auch für den Fall der Scheidung ihre Wirksamkeit, wenn sie nicht ausdrücklich auf die Zeit bis dahin beschränkt oder ihren Verfahrensgegenstand selbst als „für die Trennungszeit“ bezeichnete. Das ist nun anders. Deshalb sollte der Anwalt wohl wie folgt vorgehen und

- Unterhalt mit einstweiliger Anordnung für die Trennungszeit geltend machen
- und dabei darauf achten, dass auch für die Zeit nach der Ehescheidung weitergehende, eigene Unterhaltsforderungen gesondert tituliert sind.
- Geschieht dies nicht, ist dann wiederum ein eigenes einstweiliges Anordnungsverfahren zulässig, aber mit den gerade genannten Einschränkungen für die VKH.
- Auch nach der Ehescheidung steht die einstweilige Anordnung zum Unterhalt noch zur Verfügung, wenn nun erstmals ein besonderes Regelungsbedürfnis auftritt (der Ehemann hat etwa Leistungen zugesagt, aber er hält sich nicht mehr an seine Versprechen).
- Dann ist VKH zu bewilligen (oder ein Verfahrenskostenvorschuss).

6. Güterrecht und Verbund

Beispiel: Cecilia B., 64 Jahre, betreibt beim Amtsgericht in C. das Scheidungsverfahren gegen ihren Mann Hugo, 63 Jahre. Aus der Ehe sind keine gemeinsamen Kinder hervorgegangen. Beide Partner haben allerdings jeweils Söhne aus vorangegangenen Verbindungen. Hugo hat einen der Söhne seiner Frau adoptiert, die anderen aber nicht. Über die Scheidung sind sie sich – im Wesentlichen – einig, auch wenn sie lautstark über die "jeweilige Schuld" für ihr Scheitern streiten und dem anderen die wesentlichen Anteile zuweisen wollen. Dagegen gelingt ihnen keine Verständigung über den güterrechtlichen Ausgleich, den Hugo leisten muss (obwohl er weiß, dass er nicht unbeträchtliche Beträge jedenfalls aufzubringen haben wird). Aber er streitet mit Cecilia über die Höhe im Einzelnen (und ist nicht bereit, auch nur teilweise ein Anerkenntnis abzugeben). Sie scheut eine längere Auseinandersetzung zumindest über die Scheidung. Deshalb und wegen der Zinsvorteile bzw. der Verfahrenskosten will sie so schnell wie möglich Scheidungsbeschluss erreichen. Hugo will das verhindern.

Neben dem Verbund kann Cecilia, dazu § 137 Abs. 2 S. 1 FamFG, für

ihren güterrechtlichen Ausgleichsanspruch kein selbständiges Verfahren einleiten und betreiben. Sie könnte isoliert Auskunft verlangen, aber ein solches Verfahren kann sie nicht im Verbund führen, sondern nur als isolierte Familiensache (das bringt ihr also nicht viel). Auch deshalb ist manchmal zweckmäßig, Verfahren dieser Art (eben bezogen auf die Trennungszeit) bereits vor der Scheidung einzuleiten, denn das ist möglich, während Auskunftserteilung zum Anfangsvermögen und zum Endvermögen die Anhängigkeit des Scheidungsverfahrens gerade voraussetzt. Im Übrigen könnte sie einen Antrag, den sie einmal rechtzeitig gestellt hat, im Verlauf wieder zurücknehmen, und die Sache so von der Scheidung lösen (wenig empfehlenswert wegen der Kosten; im Übrigen könnte sich der Ag. wehren wie er das auch sonst tun kann, vgl. gleich im Folgenden). Im Übrigen kann sie, wenn Termin anberaumt ist, in dem voraussichtlich die Ehe geschieden wird, die vorgesehene Frist aus **§ 137 Abs. 2 S. 2 FamFG** für sich verstreichen lassen, um güterrechtliche Ansprüche danach und isoliert geltend zu machen, wenn der Güterstand mit Hugo durch Scheidungsbeschluss aufgelöst ist. Hugo kann seinerseits **Stufenanträge** zum Zugewinnausgleich stellen, wobei er § 137 Abs. 2 S. 1 FamFG ebenso wie Cecilia beachten muss. Nach **Auskunftserteilung** durch Cecilia muss er seine Forderungen beziffern. Dazu muss er seine Vermögensverhältnisse erläutern, auch wenn er keine Auskunft erteilen muss, um so die Grundlage für eine abschließende Berechnung zu liefern, wobei er Zahlung verlangen kann, wenn die Vermögensverhältnisse auf beiden Seiten so sind. Ergibt sich aus den Auskünften, dass er keine Ansprüche hat, kann er seine Klage erweitern. Cecilia kann – und wird – sich zumindest im zweiten oder dritten Anlauf nicht darauf beschränken (können), Abweisung der Anträge von Hugo zu verlangen, weil seine Angaben tatsächlich falsch und unvollständig seien, sondern wird – und muss – ihre Ansprüche nun aktiv betreiben. Damit „zwingt“ Hugo seine Frau in den Verfahrensverbund. Bleibt sie untätig und nimmt die Dinge nicht selbst in die Hand, gibt sie Hugo die Möglichkeit, **negative Feststellungsklage** zu erheben, wobei er seine Anträge den Auskünften entsprechend fassen muss, die er vorher von C. erhalten hat (und bezogen auf seine Angaben, die er bei Gericht vorlegt). Sein Anwalt muss auf

diese Zusammenhänge eingehen. Dabei muss er über die Abläufe im Einzelnen informieren. Insbesondere muss er verhindern oder zu verhindern versuchen, dass Cecilia außerhalb des Verbundes tätig wird. Auch der Lauf der **Verjährungsfristen** ist zu beachten. Cecilia und ihr Anwalt werden sehen müssen, wie sie sonst für sie günstige Folgen erzielen können. Ihr Ziel muss jedenfalls sein die güterrechtliche Auseinandersetzung soweit wie möglich außerhalb des Verbundes führen. Wiederum: Verjährung ist zu beachten! Dabei ist nämlich die **Kostenentscheidung** für sie günstiger (darauf sollte man achten). Wesentlich sind aber vor allem die **Zinsvorteile**. Denn sonst und im Verbund werden Forderungen, die Cecilia erstreitet, erst vom Zeitpunkt der **Rechtskraft** des **Scheidungsbeschlusses** an verzinst, während mit einem „frühen“ Scheidungsbeschluss die Zugewinngemeinschaft zwischen den Eheleuten bereits beendet ist (der Sache nach, Abrechnung mit der Zustellung des Scheidungsantrages). Läuft das Verfahren bereits, kommt allerdings auch die **Abtrennung** der Auseinandersetzung zum Zugewinnausgleich in Betracht.

Nach dreijähriger Trennungszeit hätte Cecilia im Übrigen Anträge auf vorzeitigen Zugewinn stellen können und stellen müssen, um zu erreichen, dass der Güterstand so beendet wird, § 1386 BGB, unabhängig von einer Auseinandersetzung im Scheidungsverfahren. Selbst wenn die Sache bereits im Verbund betrieben gewesen wäre, wäre im Wege der Klageänderung immer noch eine Antragsänderung zulässig, dazu BGH, FamRB 2019, 380. Ob das aus ihrer Sicht zweckmäßig wäre, wäre allerdings zu überprüfen. So würde sie auch ihrem Ehemann gegenüber die Möglichkeit eröffnen, die Teilungsversteigerung zu betreiben. Im Übrigen würde sie den Schutz aus § 1365 BGB verlieren. Für den Ehemann wäre der Antrag auf vorzeitige Beendigung der Zugewinngemeinschaft insgesamt wenig empfehlenswert, denn damit würde er nur seiner Frau helfen, Zinsvorteile zu erlangen. Der Ast. muss im Verfahren nach § 1386 BGB kein zusätzliches Interesse geltend machen. Auf § 1365 BGB muss er achten. Sonst könnte er immer noch, wenn die Voraussetzungen dafür vorliegen, bei Gefährdung seiner Ansprüche im Wege des **Arrests** vorgehen, BGH, NZFam 2019, 375, zum Arrest wegen des bevorstehenden EU-Austritts Großbritanniens (erleichterter Arrestgrund, § 917 ZPO), OLG Frankfurt, NJW-RR 2019, 1021. Wird die Zugewinngemeinschaft aufgehoben, ist ein bisher im Verbund geltend gemachter Ausgleichsanspruch herauszulösen und als isolierte Familiensache fortzusetzen, Bumüller/Harders/Schwamb, § 127 FamFG Rz. 12.

7. Zuweisung der Ehwohnung für die Dauer des Getrenntlebens und für die Zeit nach Rechtskraft des Scheidungsbeschlusses

a) Kündigung des Mietverhältnisses durch den alleinigen Mieter

Grundlagen für die **Zuweisung** der Ehewohnung für die Dauer des Getrenntlebens ist § **1361 b BGB**. Voraussetzung ist, S. 1, dass die Eheleute getrennt leben oder einer von ihnen die Trennung erreichen will, soweit sie für ihn notwendig ist, um eine **unbillige Härte** zu vermeiden. Dabei sind die Maßstäbe streng. Eine solche Härte kann auch gegeben sein, wenn das **Wohl** von im Haushalt lebenden Kindern beeinträchtigt ist, S. 2. Insoweit ist die Grenze deutlich niedriger. Selbst eine Aufteilung der Räumlichkeiten kommt in Betracht, wobei sogar eigene Nutzungszeiten für einzelne Räume und Nutzungsbefugnisse (Küche, Bad) gerichtlich festgelegt werden können. Ist nach der Trennung einer von ihnen aus der Ehewohnung ausgezogen und hat er binnen **sechs Monaten** nach seinem Auszug eine **ernstliche Rückkehrabsicht** dem anderen gegenüber nicht bekundet, wird unwiderleglich vermutet, dass er dem in der Ehewohnung verbliebenen Ehegatten das alleinige Nutzungsrecht überlassen hat, § 1361 b Abs. 4 BGB. Diese Bestimmung wird häufig übersehen. Dabei gilt die Regelung auch dann, wenn eine polizeiliche Maßnahme (**Platzverweis**) ergangen ist. **Schriftliche Mitteilung** ist nicht notwendig. Auch mündliche Zusagen oder Erklärungen reichen aus. **Beweispflichtig** ist allerdings der Ehegatte, der nun in die Wohnung zurückkehren will. Die Frist beginnt mit dem Auszug nach Trennung, einschränkend allerdings OLG Hamburg, FamRB 2003, 277 (sie beginnt mit der Erklärung, zurückkehren zu wollen). Schlüssige Erklärungen reichen. Der Gatte, der wieder einziehen will, muss eindeutig, klar und nachweisbar seine Vorstellungen dem anderen gegenüber äußern, wobei

- einfacher Brief nicht ausreicht (wie bei der Zustellung sonst eben auch), weil der Zugang zu leicht zu bestreiten ist und nicht nachgewiesen werden kann,
- Einschreiben/Einwurf ebenfalls durchgängig nicht weiterhilft, weil so nur der Nachweis erfolgt, dass ein Brief eingeworfen ist, aber der Inhalt unklar bleibt,
- und Einschreiben/Rückschein ebenfalls wenig hilft, denn die eingeworfene Benachrichtigung stellt keinen Ersatz für das Schriftstück selbst dar, wenn der Empfänger die Entgegennahme verweigert.

Also bleibt nur die Zustellung durch den **Gerichtsvollzieher** oder in anderer nachweisbarer Form, etwa durch persönlichen Einwurf mit Fotos, wobei dieses Foto auch den Briefinhalt zeigen sollte und den Vorgang, wie dieser Brief dann in den Briefumschlag und in den Kasten eingeworfen worden ist. – Diese Regeln gelten auch, wenn ein Ehegatte etwa nach einem polizeilichen Platzverweis nicht in die Ehwohnung zurückgekehrt ist, obwohl er das hätte tun können. Lässt er die Frist von sechs Monaten verstreichen, löst er die üblichen Nachteile gegen sich aus.

Für die Zeit nach Rechtskraft des Scheidungsbeschlusses sind Grundlage für die Wohnungszuweisung unter den Eheleuten **§§ 1568 a ff. BGB**. Ein Gatte kann danach vom anderen verlangen, dass dieser ihm die bisherige Ehwohnung überlässt, wenn er auf deren Nutzung unter Berücksichtigung des Wohls der im Haushalt lebenden Kinder und der beiderseitigen Lebensverhältnisse in stärkerem Maße angewiesen ist als der andere oder die Überlassung aus sonstigen Gründen der Billigkeit entspricht, § 1568 a BGB. Die Absprachen untereinander verpflichten den Vermieter dann, das Mietverhältnis in entsprechend veränderter Form hinzunehmen, Abs. 3, wobei allenfalls eine Kündigung aus den besonderen Gründen nach Abs. 5 in Frage kommen kann. Der Ehegatte, dem die Wohnung überlassen wird, tritt jedenfalls zum Zeitpunkt des Zugangs der Mitteilung der Ehegatten über die Überlassung an den Vermieter oder mit Rechtskraft der Endentscheidung (des Gerichts) im Wohnungszuweisungsverfahren anstelle des anderen Teils in ein von diesem eingegangenes Mietverhältnis ein oder setzt das Mietverhältnis fort, wenn nicht vorher Kündigung erfolgt ist, vgl. im Übrigen Wever, FF 2015, 137 (141); Lenz, NZFam 2014, 823 (824) und dies. NJW-spezial 2018, 452 (Wohnungszuweisung und Teilungsversteigerung) nach BGH, NJW 2017, 260 und OLG Hamburg, NZFam 2018, 32, zu weiteren Einzelheiten unten VI. 8. Dem Vermieter bleibt keine Möglichkeit, die vertraglichen Bedingungen für sich zu „verbessern“, obwohl das manchmal versucht wird, insbesondere durch das Angebot eines „neuen Mietvertrages“. Schadensberechnung? Differenz zwischen der bisherigen Miete und der Miete, die in der neuen Wohnung gezahlt werden muss.

b) Kündigung des Mietverhältnisses durch den Ehegatten, der nicht

alleiniger Mieter ist

Beispiel: Eva, seit 7 Jahren mit Klaus verheiratet, lebt weiterhin mit den beiden aus der Ehe hervorgegangenen Kindern (7 und 9 Jahre alt) in der Ehwohnung. Alleiniger Mieter ist Klaus. Eva will erreichen, dass ihr die Nutzungsbefugnisse dort wenigstens bis zum Abschluss des Scheidungsverfahrens erhalten bleiben und stellt entsprechende Zuweisungsanträge nach § 1361 b BGB. Kann das Gericht Klaus verbieten, das Mietverhältnis zu kündigen? Welche Außenwirkungen hat dieses „Verbot“? Jedenfalls ist die Kündigung nicht „rechtsmissbräuchlich“, dazu Münch Komm/Roth, § 1353 BGB Rz. 36, und sie ist auch nicht sittenwidrig, so aber LG Bamberg, FamRZ 1957, 258, etwas eingeschränkter LG Hamburg, BeckRS 2001, 331155388 (Kenntnis des Vermieters von den Absichten des Ehepartners, der in der Wohnung bleiben will, ohne sonstige, eigene Interessen an der Übernahme), zum Ganzen Lenz, NZFam 2014, 823 (824), sodass allenfalls Schadensersatzansprüche bereitstehen können (des einen Ehegatten gegen den anderen). Ganz fern liegt eine Analogie zu § 1369 BGB, hergeleitet aus den Bestimmungen des dt.-frz. Wahlgüterstands, vgl. auch 1515 BGB, dazu aber Jacobs, FamRZ 2014, 1750; vgl. auch OLG München, NZFam 2016, 859 (familiengerichtliche Zuweisung begründet für sich allein kein Mietverhältnis oder ein Verhältnis, das einen Schutz analog § 566 BGB bietet; auch umfasst die Wohnungszuweisung – § 1361 b BGB – zur alleinigen Nutzung kein Veräußerungsverbot für die Dauer des Getrenntlebens. Insgesamt ist die Rechtslage (wohl) eindeutig. Gleichwohl muss der Anwalt versuchen, für seinen Mandanten zu erreichen, was er erreichen kann. Umgekehrt muss er ihn über die Risiken entsprechender Verfahrensanträge informieren, da er sich sonst schadensersatzpflichtig machen kann, insbesondere wegen weiterer Kosten. Seine Mitteilungen sollte er auf jeden Fall dokumentieren (wie sonst auch).

8. Auslandsbezug, VO Nr. 2201/2003; VO Nr. 1259/2010

Für die internationale Zuständigkeit der Gerichte in Ehesachen bzw. zur elterlichen Verantwortung gelten die Regeln der VO Nr. 2201/2003, aus unserer Sicht auch gegenüber Staatsangehörigen solcher Staaten, die an der europäischen Gesetzgebung nicht teilnehmen, universelle Geltung, insbesondere **Art. 3** (für Ehesachen) und **Art. 8** (für Angelegenheiten der elterlichen Verantwortung). Für das Kollisionsrecht der **Ehescheidung** sind seit 2016 die Regeln der VO Nr. 1259/2010 maßgeblich, **Rom III**, festgelegt im Wege der verstärkten Zusammenarbeit, an der Deutschland teilnimmt. Wiederum wenden wir die Vorschriften auch für Staatsangehörige und Staaten an, die selbst nicht eingebunden sind (und für sich anders entscheiden würden). Weitgehend eigenständig geregelt ist das Rechtsverhältnis zum Iran, auch in der VO Nr. 1259/2010 und in der europ. Güterrechtsverordnung für Eheleute. Im Übrigen haben wir unsere

IPR-Vorschriften geändert, Art. 14 EGBGB bis Art. 17 b EGBGB mit Übergangsregeln in Art. 226 EGBGB und Art. 229 § 47 EGBGB (insbesondere für güterrechtliche Ansprüche, die europäische Güterrechtsverordnung und deren Geltung für gleichgeschlechtliche Ehen). Sonst ist das **dt.-iran. Niederlassungsabkommen** 1929 vorrangig, wenn die Beteiligten nur iran. oder nur dt. Staatsangehörige sind. Haben sie daneben eine weitere Staatsangehörigkeit, etwa die des jeweils anderen Landes (oder die dt.), gelten inzwischen dagegen die allgemeinen Anknüpfungsregeln, vgl. Beispiel am Ende. Vieles ist dabei unübersichtlich und besonders fehleranfällig. Gleichwohl muss der Anwalt sich mit Einzelheiten beschäftigen, sich sachkundig machen und auf die Folgen hinweisen und seinen Mandanten entsprechend informieren. Kann oder will er das nicht, muss er die Übernahme der Sache ablehnen oder vorschlagen, einen anderen Anwalt hinzuzuziehen.

Ab Januar 2019 gelten für uns die europäischen GüterrechtsVOen (für Eheleute und für registrierte Lebenspartner bzw. gleichgeschlechtliche Gatten). Dabei werden güterrechtliche Verpflichtungen sehr weit gefasst, so dass auch die **Morgengabe** einbezogen ist, dazu gleich das Beispiel und Koch, FF 2018, 351. Vorrangig ist die **Rechtswahl** der Beteiligten, und nachrangig wird das Recht des Staates, in dem beide – Eheleute und Lebenspartner - erstmals nach ihrer Heirat ihren ersten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt genommen haben. Häufig wird also dt. Recht zur Anwendung gelangen. Allerdings gelten die Sonderregeln nur für Ehen oder registrierte Lebenspartnerschaften, die nach dem 29.1.2019 eingegangen sind. Deshalb wird weiterhin **Art. 15 EGBGB** mit seinen anderen Maßstäben für lange Übergangszeiten erhalten bleiben, Art. 229 EGBGB § 44. Das ist wohl bei der Neuregelung übersehen worden, die Bestimmung, Art. 15 EGBGB, schon ab Januar 2019 außer Kraft zu setzen. Abreden zur **Morgengabe** sind aus unserer Sicht nicht unwirksam (keine **Scheingeschäfte**, keine Geschäfte mit fehlender Ernsthaftigkeit, aber vielleicht **§ 138 Abs. 1 BGB**, das muss der Anwalt im Einzelnen mit seinem Mandanten erörtern und die richtigen rechtlichen Schlüsse ziehen), wobei allerdings das OLG Frankfurt inzwischen die Zusage einer „Morgengabe“ bei Anwendbarkeit dt. Rechts für die Zusage einer „nicht

einklagbaren Naturalobligation“ hält, dazu OLG Frankfurt, 8 UF 192/17 (auch zur notariellen Form, die nach den Vorstellungen des OLG Frankfurt einzuhalten ist, wenn dt. Recht Grundlage wird). Dabei wird in der Zwischenzeit häufig dt. Recht Grundlage werden, weil Art. 15 EGBGB zwar aufgehoben ist, aber weiterhin die Grundlage bildet, und auf Art. 14 Abs. 1 EGBGB verweist, dabei nicht auf die Staatsangehörigkeit oder die letzte gemeinsame Staatsangehörigkeit, sondern auf den gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthaltsort – Statutenwechsel erfolgt also relativ häufig. Früher hat der BGH die Morgengabe über Art. 14 EGBGB a. F. angeknüpft, FamRZ 2010, 533, gerade wegen der „flexiblen Ergebnisse“, die sich so erreichen ließen, weil Veränderungen in den Lebensverhältnissen der Beteiligten aufzunehmen waren (das wäre bei einer unterhaltsrechtlichen oder einer güterrechtlichen Behandlung anders gewesen), aber Art. 14 EGBGB ist neu gefasst. Nach Art. 15 EGBGB a. F. konnten die Eheleute ihre güterrechtlichen Wirkungen allerdings immer schon weitgehend wählen. Für den **Versorgungsausgleich** war und ist **besondere Antragstellung** notwendig, wenn die Verfahrensbeteiligten eine gemeinsame Staatsangehörigkeit oder jeweils Staatsangehörigkeiten zu einem Staat haben, der den Versorgungsausgleich als Rechtseinrichtung nicht kennt, weil ihnen keine fremden Ergebnisse aufgezwungen werden sollten, vgl. **Art. 17 Abs. 4 EGBGB n. F.** gibt jedem Ehegatten aber dann die Möglichkeit, Ausgleich der Versorgungsanswartschaften in der üblichen Form zu erreichen, die während der Ehezeit begründet worden sind.

Beispiel: Iran, Morgengabe

Beispiel: Simine, bei der Heirat Iranerin, heiratet Mehdi, der zu dieser Zeit iran. Staatsangehöriger und Deutscher ist. Großzügig sagt er ihr eine Morgengabe zu, der ihrem islamischen Geburtsdatum entspricht und sich auf Münzen bezieht, die im Iran besonders beliebt sind (Goldwert etwa 360 bis 400 Euro). Tatsächlich arbeitet er in Deutschland als Postbeamter (Briefzusteller). Simine folgt ihm hierher. Zehn Jahre später zerbricht die Ehe. Mehdi stellt Scheidungsantrag. Simine erreicht

- dt. Versorgungsausgleich, der sich auf die Eheschließung bezieht,
- weil das dt.-iran. Niederlassungsabk. nicht vorrangig ist, denn beide Beteiligten sind nicht ausschließlich Staatsangehörige eines der vertragsschließenden Staaten (Iran und Deutschland),
- dt. Unterhalt, wiederum weil das Abk. 1929 nicht eingreift,
- und auch dt. güterrechtliche Forderungen, die sie nach dt. Recht abrechnet,

- allerdings zusätzlich auch die Morgengabe. Anpassung? Wegfall der Geschäftsgrundlage? Interne Abstimmung? § 313 BGB? dazu Finger, FuR 2017, 182. Ist die Zusage unwirksam, weil sie „finanziell ruinös“ ist, Maßstab Art. 6 Abs. 1 GG? Simine war von Rechtsanwältin T. vertreten. Sie hat für den Zugewinnausgleich eine für sich diskutabile Lösung erzielen können (Vergleich). Auch Ansprüche zum Versorgungsausgleich hat sie durchgesetzt. Bei der Morgengabe hat sie Simine erklärt, „so etwas“ könne man in Deutschland nicht einklagen, denn sie, die Zuwendung, sei dem dt. Recht „unbekannt“. Zunächst wendet sich Simine selbst an die Haftpflichtversicherung ihrer Anwältin, die recht lapidar antwortet, in Deutschland könne keine Morgengabe eingefordert werden und damit die Auffassung von Frau T. bestätigt. Hat Frau T. aber aus anderen Gründen vielleicht doch richtig gehandelt? **§ 138 Abs. 1 BGB?**

Nach den gesetzlichen Änderungen wird für die Morgengabe häufig dt. Recht maßgeblich werden. Passt sie in den dt. Zugewinnausgleich? Anfangsvermögen? § 1380 BGB? Endvermögen? Ist sie **formbedürftig**, notariell beurkundungspflichtig? Wie ist es im Verhältnis zur Türkei? Sie kennt die Morgengabe nicht, aber sie wertet sie als Schenkung, die keine Form braucht, vgl. zum Ganzen Koch, FF 2018, 351. Sind die Eheleute bei der Heirat nur iranische Staatsangehörige, gilt für sie güterrechtlich das Recht des Irans, **Gütertrennung**. Haben sie schon damals zusätzlich eine andere Staatsangehörigkeit, werten wir wie sonst nach Art. 15 EGBGG mit seinem Verweis auf Art. 14 EGBGG. Dabei reicht auch „dt. Personalstatut“ in anderer Form aus, etwa als anerkannter Flüchtling oder Asylberechtigter. Haben beide später gewechselt, bleibt es bei iranischem Güterrecht, diesmal nicht über das dt.-iran. Niederlassungsabk., sondern über Art. 15 EGBGG in der üblichen Form, denn die Bestimmung stellt auf das Recht ab, das die persönlichen Ehwirkungen der Beteiligten geprägt hat, als sie geheiratet haben.

Klaus M., leitender Mitarbeiter im Jugendamt, heiratet Soheila, Iranerin, allerdings nicht beim Standesbeamten, sondern „beim türkischen Kulturverein in Mainz“. Handschriftlich versichert er ihr zu, bei der Trennung einen (genau festgelegten, hohen) Geldbetrag als Morgengabe zu zahlen. Wirksam?

Weiteres Beispiel: Chantal, frz. Staatsangehörige, ist seit 17 Jahren mit Klaus, Deutscher, verheiratet. Geheiratet haben beide in Frankreich. Dort haben sie auch einen Ehevertrag abgeschlossen (frz.) und Gütertrennung (séparation des biens) vereinbart. In Frankreich haben sie allerdings nie gelebt, sondern zunächst in Basel, später dann und lange Zeit in Deutschland in D. Klaus ist selbständiger Fotograf und verdient schlecht. Chantal ist leitende Mitarbeiterin in einem Museum. Während der Ehe hat im Wesentlichen sie Vermögen erworben, weil sie gut verdient hat.

Die Ehe scheitert. Klaus stellt sich auf den Standpunkt, die Regelung im frz. Ehevertrag sei unwirksam. Chantal meint, „Gütertrennung“ sei doch ohne Weiteres verständlich. Sprachliche Defizite bei Klaus räumt sie ein. Lösung? Im Vertrag selbst findet sich keine Rechtswahl, etwa für dt.

Recht, und im Übrigen wäre zweckmäßig gewesen und auch rechtlich aus unserer Sicht zumindest notwendig, einen Dolmetscher hinzuzuziehen und eine dt. Fassung zu erstellen. Letztlich kommt wohl nur

- dt. Recht der Zugewinngemeinschaft oder

- frz. Recht der Errungenschaftsgemeinschaft für den güterrechtlichen Ausgleich in Betracht (nach meiner Ansicht: eher dt. Recht, denn der frz. Ehevertrag bleibt mangels Rechtswahl für dt. Recht ohne Bedeutung, so dass insgesamt objektiv anzuknüpfen ist, Art. 15 Abs. 1 EGBGB, für Chantal ein hässliches Ergebnis, das mit ihren ursprünglichen Absichten bei der Eheschließung nicht in Einklang zu bringen ist). Wen kann sie verantwortlich machen? Den Notar in Frankreich? Kaum. In Deutschland hat sie sich nicht beraten lassen. Wäre der Anwalt verantwortlich? Was hätte er ihr raten müssen?

Nochmaliges Beispiel: Irina, weißrussische Staatsangehörige, ist mit Pawel, ebenfalls Weißrusse, verheiratet. In Deutschland will sie sich scheiden lassen. Kann sie das? Nach welchen Regeln? Welchen Vorschriften folgt die Ehescheidung? dazu Art. 8 VO Nr. 1259/2010, wenn sich die Beteiligten nicht auf ein anderes Recht verständigen, etwa des Recht von Weißrussland, Art. 5 VO Nr. 1259/2010, das keine Trennungszeiten kennt. Nun will sie güterrechtliche Ansprüche geltend machen. Anwalt A. kümmert sich um Einzelheiten. Seine Mandantin erklärt ihm, sie gehe davon aus, dass sie in „Gütertrennung“ lebe. Als A. nachfragt, sagt Irina ihm, bei der Eheschließung würden die Güter, „zusammengefasst“ sind, eben getrennt. Mit diesen Auskünften begnügt sich A. Was hat er missverstanden? Irina hat ihm den weißrussischen Güterstand der Errungenschaftsgemeinschaft beschrieben – die Güter, die in Errungenschaftsgemeinschaft gehalten werden, werden gemeinschaftlich, beide Ehegatten sind an ihnen beteiligt, und bei der Ehescheidung werden sie entsprechend aufgeteilt, wobei es eigene Verteilungsregeln gibt. Unternimmt Rechtsanwalt A. nichts, wird er schadensersatzpflichtig, wobei allerdings die Berechnung des Schadens schwierig sein wird. Zu vergleichen wären die Befugnisse, die Irina nach dt. Recht hat mit den Befugnissen, die ihr nach weißrussischem Recht zugestanden hätten. Schließlich haben sie weißrussisches Recht vereinbart.

III. Elterliche Sorge, Umgang

1. Allgemeines

In sorgerechtlichen Angelegenheiten und Auseinandersetzungen über Umgangsbefugnisse eines Elternteils gelten Grundsätze der Amtsermittlung. Schon deshalb wirken sich anwaltliche Fehler nicht unmittelbar aus (zumindest ist die Beweisführung schwierig). Ohnehin ist fast durchgängig spätere Neuregelung zulässig; Entscheidungen wirken nur für den gegenwärtigen Zeitpunkt und erlangen keine Rechtskraft (im eigentlichen Sinne), vgl. auch § 1696 b BGB.

2. § 1628 BGB

Können sich Eltern über einzelne Angelegenheiten der **elterlichen Sorge** nicht verständigen, können sie Anträge nach § 1628 BGB stellen. Dann hat das FamG einem von ihnen die Entscheidungsbefugnis zu übertragen, etwa beim Umzug, wobei die Auswirkungen auf das Kind entscheidend

sind, die Entfernung, die Gründe, die der Elternteil anführt, der umzieht oder umziehen will, vor allem aber auch die Möglichkeiten des anderen, für eine ausreichende Versorgung des Kindes einzustehen (Besuche wird er nicht mehr so wahrnehmen können wie früher; im Übrigen fallen erhebliche Kosten an).

Beispiel: Frau A. ist mit Herrn B. verheiratet. Aus der Ehe sind die beiden Kinder Michael, 7 Jahre alt, und Stefan, 9, hervorgegangen. Nun möchte sich Frau A. trennen. Sie will von Rodgau, 25 km südöstlich von Frankfurt, nach Kronberg, 20 km nordwestlich, umziehen, Entfernung also 45 km. § 1628 BGB? Wie wird das Gericht entscheiden? Was ist, wenn der Anwalt seiner Mandantin rät, sie könne ohne Weiteres tätig werden und müsse niemanden fragen. Schadensersatz? Kaum, allenfalls für die Kosten eines Verfahrens, das der Ehemann betreibt, aber sie sind sicherlich eher überschaubar, Gegenstandswert: 1.500 Euro oder 3.000 Euro. Vorgehensweise? Gesetzliche Grundlage? Antrag auf Zuweisung der elterlichen Sorge oder des Aufenthaltsbestimmungsrechts? Hilfsweise Reihenfolge oder nur § 1628 BGB?

3. Wechselmodell

Wechselmodelle sind immer wieder im Gespräch. Nach der Rspr. des BVerfG ist der Gesetzgeber trotz allem gegenwärtig (jedenfalls noch) nicht verpflichtet, ein Wechselmodell als „Regelfall“ einzuführen. Im Übrigen können auch bei wechselnder Betreuung der Kinder Unterhaltspflichten bestehen. Das wird häufig übersehen. Ansprüche des Kindes werden aus dem zusammengerechneten Einkommen der Eltern entnommen. Dann wird für jeden Elternteil ein Freibetrag von 1.300 Euro angesetzt, und der Unterhalt, der dem Kind zu zahlen ist, wird im Verhältnis der verbleibenden Einkünfte beider Elternteile zueinander ermittelt. Gibt ein Anwalt einen anderen Rat, macht er sich schadensersatzpflichtig, im Wesentlichen für die **Kosten** eines unnötig aufgewandten **Verfahrens. Kindergeld** wird

- zur Hälfte verteilt wie sonst,
- während die andere Hälfte wiederum aufgeteilt wird und so behandelt wie der Unterhalt zwischen den Eltern überhaupt. Auch insoweit können Schadensersatzpflichtungen drohen.
- Die Folgen sind im Allgemeinen aber überschaubar. Besonders misslich wäre allerdings, wenn sich – etwa der Vater weigern würde, Unterhalt zu zahlen, obwohl er das müsste, die Mutter aber darüber so verärgert ist, dass sie das Wechselmodell aufkündigt.

Sonderlich einleuchtend ist das alles nicht. Werden Betreuungszeiten zwischen den Eltern anders geregelt, etwa in einem bestimmten prozentualen Verhältnis, wird über eine „prozentuale Verteilung“ nachgedacht, aber eben nicht das Einkommen beider Eltern zunächst einmal zusammengerechnet, das dann zum Ausgangspunkt genommen wird.

4. Elterliche Befugnisse des nichtehelichen Vaters

Inzwischen ist auch der nichteheliche Vater unter den Voraussetzungen aus §§ 1626 a ff. BGB an der elterlichen Sorge beteiligt. Kann er sich nicht durchsetzen und die Mutter überzeugen und zur Abgabe einer Sorgeerklärung bewegen, muss er ein gerichtliches Verfahren führen, das er aber durchgängig erfolgreich abschließen wird, wenn nicht die Verhältnisse zum anderen Elternteil in ganz beträchtlichem Maße gestört sind, fehlende Kooperations- und Konfliktbereitschaft (bzw. –fähigkeit).

Beispiel: In der Regel wird sich der nichteheliche Vater mit Anträgen bei Gericht durchsetzen. Grenzen, ihn weiterhin auszuschließen sind hoch, negative Kindeswohlverträglichkeit. Falsche Ratschläge sind nicht ganz selten, aber die Schadensersatzpflichten sind überschaubar. Auf die gesetzlichen Möglichkeiten muss der Anwalt hinweisen, insbesondere die Mutter, und ihr klarmachen, dass bei unberechtigter Verweigerungshaltung – Kosten in familienrechtlichen Auseinandersetzungen werden in aller Regel gegeneinander aufgehoben – ausnahmsweise vielleicht doch bei besonderer Uneinsichtigkeit eine andere Entscheidung ergehen kann. Bei Fehlern haftet er, zumindest für die **Kosten** einer gerichtlichen Auseinandersetzung, selbst wenn in aller Regel die Kosten insgesamt und unabhängig vom Verfahrensausgang gegeneinander aufgehoben werden.

5. Umgangsverweigerung

Umgangsverweigerung (oder: Umgangsboykott) ist nicht selten. Eltern sollten sehen, ihre eigenen Konflikte nicht über das Kind auszutragen, aber offensichtlich fällt das schwer. Vor- oder unbewusste, oft unterschwellige Vorwürfe des Elternteils, bei dem das Kind lebt, jeweils gegen den anderen, wirken sich aus. Reaktionen des Kindes werden häufig ganz falsch eingeschätzt. So fühlt sich das Kind verantwortlich und sagt lieber Kontakte zum anderen ab (oder spricht sich gerade für ihn aus, insbesondere bei Wechselmodellen ist das gar nicht selten). Dann kann der betroffene Elternteil

- zunächst gerichtliche Entscheidung erwirken,
- aus der er vollstrecken kann,

- etwa über Zwangs- oder Ordnungsgelder, aber Gewalt gegen das Kind darf nicht ausgeübt werden, um Besuchsbefugnisse durchzusetzen, etwa durch Wegnahme durch den Gerichtsvollzieher.
- Ordnungshaft ist eine weitere, allerdings wohl eher selten praktikable Variante, ebenso wie der **Sorgerechtswechsel**, vgl. BVerfG, Streit 2012, 131, Maßstab aus § 1666 BGB, denn wenn ein Elternteil in einem Zusammenhang versagt, ist das noch kein sicherer Hinweis darauf, dass er insgesamt nicht in der Lage ist, die besseren Möglichkeiten für das Kind zu bieten.
- Auch Verpflichtungen des Umgangsberechtigten dem Kind gegenüber können bestehen, aber nicht zwangsweise durchgesetzt werden, weil, so das BVerfG, NJW 2008, 1287, **verfassungskonforme Einschränkungen** notwendig sind, Gesichtspunkte der **Verhältnismäßigkeit**. Erzwungene Besuche für das Kind seien letztlich nicht förderlich, zum Umgangsausschluss wegen struktureller und dauerhafter Gefährdungssituation als Folge des Ausstiegs der Mutter aus der rechtsextremistischen Szene OLG Dresden NZFam 2014, 650. § 1685 BGB sieht für andere, dem Kind nahestehende Beteiligte ebenfalls Umgangsbefugnisse vor, zu den Umgangskosten vgl. Viefhues, FamRB 2014, 478:
- Durchgängig muss der **Umgangsberechtigte** für die **Kosten** aufkommen. Dabei muss er das Kind **abholen** und **zurückbringen**, aber so selbstverständlich ist das alles nicht, **Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkte** und **Verantwortlichkeit** der Eltern für das **Wohlergehen** des Kindes auch nach der Ehescheidung. Zumindest im Verhandlungswege sollte der Anwalt daher versuchen, bessere Ergebnisse für seinen Mandanten zu erreichen. Zumindest in Grenzen ist das auch durchsetzbar, insbesondere dann, wenn der andere Elternteil selbst umgezogen ist und höhere Umgangskosten ausgelöst hat. Falscher Rat kann auch hier zu (zugegeben: eher beschränkten) Ersatzverpflichtungen führen. Aber mit Fantasie sollte er sich einsetzen, zur vernünftigen Regelung zu kommen, etwa für die Zeiten, für das Abholen und Bringen, für Kompromisslösungen, halbe Wege u.ä.

- Ausnahmen von der üblichen Verteilung bestehen nämlich dann, wenn die Mutter (etwa) ohne Zustimmung des Vaters mit dem Kind in eine weit entfernte Stadt zieht und so die Umgangsbefugnisse erschwert, § 1628 BGB. Dann kann sie an den Kosten zumindest zu beteiligen sein, etwa über den Abzug der Aufwendungen, die der Vater zu leisten hat, beim **Ehegattenunterhalt**, vgl. dazu OLG Nürnberg, NJW-RR 2014, 644 (Umzug nach Irland), aber vielleicht auch noch in weiterem Maße.
- Lebt der Vater in finanziell beengten Verhältnissen, wird er den auf ihn entfallenden Anteil aus dem gesetzlichen Kindergeld einsetzen müssen.
- In Ausnahmefällen kann er auf **staatliche Unterstützungsleistungen** zurückgreifen, dazu Schmidt, NJW 2014, 2465 und BSG, Juris 2014, 467.
- Ist dem besuchsverpflichteten Elternteil ohne Weiteres möglich, den anderen für die Kosten zu entlasten, weil er (etwa) in der Nähe des Bahnhofs oder eines Flughafens wohnt, kann er gehalten sein, das Kind dorthin zu bringen, damit dem anderen der Weg nicht zu schwer und der Aufwand (nicht) zu hoch wird. In den Verhandlungen muss ein Anwalt darauf achten, sich insoweit durchzusetzen. Die allg. These, der Unterhaltsberechtigte müsse „das Kind holen und bringen“ ist eben nur mit Einschränkungen richtig, dazu Palandt/Götz, § 1684 BGB Rz. 6 mit Nachw., Stichwort: Umgangsorganisation, etwa OLG Dresden, FamRZ 2005, 927 (das ältere Kind kann ohne Weiteres auch allein zum Umgangsberechtigten fahren) und OLG Zweibrücken, FamRZ 1998, 1465 (die Eltern haben sich auf eine andere Kostenverteilung geeinigt). Auf diese Folgen hat der Anwalt seinen Mandanten hinzuweisen, also vor allem den Vater, wobei Schadensersatzverpflichtungen bei falscher Beratung in Betracht kommen können (Schaden: die zu Unrecht aufgewandten Kosten für die einzelnen Besuche, an denen sich die Mutter hätte beteiligen müssen).
- Im Übrigen kann der **Tabellenunterhalt** gemindert werden, wenn der sonst zu Barleistungen verpflichtete Elternteil dem Kind im Zuge seines erweiterten Umgangsrechts Leistungen erbringt, mit denen er den

Unterhaltsbedarf des Kindes selbst auf andere Weise als durch Zahlung einer Geldrente teilweise deckt, BGH, FuR 2014, 419, Betreuung des Kindes „am Rande“ eines Wechselmodells, sehr umfangreiche Besuchskontakte, dazu auch Schramm, NZFam 2014, 582 und Hausleiter, NJW-spezial 2014, 516.

Im Übrigen kommen auch Schadensersatzansprüche oder ähnliche Folgen, etwa Unterhaltskürzung wegen groben Fehlverhaltens, **§ 1579 Nr. 8 BGB** in Betracht, so dass Ersatzverpflichtungen des Anwalts entstehen können, der nicht auf alle Einzelheiten hinweist.

Beispiel: Herr S., gutverdienender Zahnarzt, war bis Ende 2017 mit Frau S. verheiratet, die mit dem gemeinsamen Kind Karina im Odenwald lebt. Herr S. wohnt und arbeitet in Berlin. Zu den vereinbarten Besuchen (alle zwei Wochen über das Wochenende, Freitag bis Montag) fliegt er nach Frankfurt und nimmt sich am Flughafen einen Mietwagen. Immer wieder steht er am Haus der Mutter vor der Tür, die ihm nicht öffnet, wobei sie wechselnde Erklärungen abgibt und darauf verweist, sie habe mit dem Umgang nicht gerechnet, weil sie sich in den Daten getäuscht habe; zudem verweigere Karina Besuche mit dem Vater, die sie nicht mehr „wolle“. § 823 Abs. 1 BGB? Ist das Umgangsrecht ein „sonstiges Recht“, das durch deliktische Vorschriften geschützt ist? § 280 BGB, vertragsähnliche Rechtsbeziehungen zwischen den Beteiligten, die ebenfalls bei Verletzungen zum Schadensersatz verpflichten? OLG Frankfurt war eher der Auffassung, § 823 Abs. 1 BGB sei verletzt, während der BGH § 280 BGB zuneigt, dazu BGH, FamRZ 2002, 1099; OLG Köln, FamRZ 2015, 151, OLG Frankfurt, NJW-RR 2005, 1339 (50% des Reisepreises bei Verhinderung des geplanten Urlaubs des Vaters mit dem Kind, der ja auch allein hätte fahren können, so dass ihm ein Verstoß gegen § 254 BGB vorzuwerfen ist, wenn er dies nicht tut), sonst zum Mitverschulden bei vorheriger Kenntnis des Umgangsausfalls OLG Frankfurt, FamRZ 2016, 387.

Erhält die Ehefrau Unterhalt, können ihre Ansprüche nach **§ 1579 Nr. 8 BGB** zu kürzen sein, wobei ein vollständiger Ausschluss allerdings nicht in Betracht kommt, wenn sie die Leistung des anderen Elternteils zumindest zu größeren Teilen für die Betreuung des Kindes verwendet, dazu Einzelheiten bei Palandt/Brudermüller, § 1579 BGB Rz. 31 mit Nachw., etwa BGH, FamRZ 2007, 193 und Gottschalk, FPR 2007, 308 (310). OLG Köln, FamRZ 2015, 971 und LG Essen, FamRZ 2008, 2032 halten sogar Ersatzansprüche für immaterielle Schäden, Schmerzensgeld, grundsätzlich für möglich, dazu auch Palandt/Götz, § 1684 BGB Rz. 39 mit Nachw., wenn Umgangsbefugnisse des anderen Elternteils verletzt werden und dieser „leidet“, aber ob das alles für § 847 BGB ausreichend

ist, ist bisher nicht geklärt. Auch auf diese Folgen hat der Anwalt hinzuweisen.

6. Kindesunterhalt

a. Sonder- und Mehrbedarf

Für den Kindesunterhalt ist zunächst die **Düsseldorfer Tabelle** Grundlage, die aber in vielen Punkten ergänzungsbedürftig ist; sie wechselt in der Zwischenzeit nahezu in halbjährigen Abständen. Im Einzelnen:

- Zu den Kosten für den elementaren Lebensunterhalt kommt der Aufwand für die **Krankenversicherung** hinzu, die der Unterhaltspflichtige zu tragen hat.
- **Sonderbedarf** folgt seinen eigenen Regeln. Für ihn ist im Übrigen ebenso wie für den **Mehrbedarf** der allgemeine Selbsthalt in Höhe von 1.300 Euro zu wahren, dazu BGH, FamRZ 2009, 962. Oft fällt die Abgrenzung zum **Mehrbedarf** schwer. Sonderbedarf kann nur sein, was nicht bereits zum allgemeinen Lebensbedarf gehört bzw. Mehrbedarf ist. Für den **Mehrbedarf** muss der Unterhaltsberechtigte den Unterhaltspflichtigen, etwa vor einer **Klassenreise** auffordern, die Kosten vorzuschießen, so dass dieser in Verzug gerät, denn andernfalls geht der Anspruch verloren, OLG Hamburg, FamRZ 1991, 109. Zudem muss der Bedarf „unregelmäßig“ sein und daher bei vorausschauender Bedarfsplanung nicht durch Bildung von Rücklagen im laufenden Unterhalt einkalkuliert werden können, OLG Düsseldorf, FamRZ 1990, 1144. Bei größeren Aufwendungen ist daher der laufende Unterhalt etwa durch die Zubilligung von Mehrbedarf so zu gestalten, dass genügend Spielraum für eine vernünftige Planung und Rücklagenbildung bleibt, BGH FamRZ 1982, 145. **Krankenhauskosten** dürfen nicht durch nachträgliche Verteilung auf einen längeren Zeitraum zum laufenden Unterhalt gemacht werden, ebenfalls BGH, FamRZ 1982, 145. Zudem muss der Bedarf im Verhältnis zum laufenden Unterhalt **außergewöhnlich** hoch sein.
- **Mehrbedarf** ist also der Teil des Lebensbedarfs, der regelmäßig während eines längeren Zeitraums anfällt und das übliche Maß derart übersteigt, dass er beim Kindesunterhalt nicht mit den Tabellensätzen oder zumindest nicht vollständig von diesen erfasst werden kann, an-

dererseits aber kalkulierbar ist und deshalb bei der Bemessung des laufenden Unterhalts berücksichtigt werden kann/muss, BGH, FamRZ 2008, 1152 Tz. 24. Dem Kind können dabei Ansprüche zustehen, soweit dem unterhaltsverpflichteten Teil die Belastung zumutbar ist. Ist diese Grenze überschritten, erfolgt die Verteilung – wenn auch der Empfänger entsprechend leistungsfähig ist – im Verhältnis der Einkünfte der verpflichteten Teile zueinander, wobei auf beiden Seiten ein Selbstbehalt von 1.300 Euro in Abzug zu bringen ist.

- Beispiel: Der Vater verdient 3.300 Euro, die Mutter 2.300 Euro, dann sind 1.300 Euro auf beiden Seiten abzuziehen, so dass für den Bedarf des Kindes im Verhältnis 3:2 vorzugehen ist (ähnlich wie beim Bedarf eines volljährigen Kindes oder im Wechselmodell).
- Mit dieser Quote errechnet sich der Kindesunterhalt (Stichwort: **Mehrbedarf**), anders als beim volljährigen Kind allerdings ohne Abzug des **gesetzlichen Kindergeldes** (insgesamt). Sonderlich einleuchtend sind diese Rechenmodalitäten allerdings nicht.
- Wie beim Ehegattenunterhalt müssen die unterhaltsrechtlichen Voraussetzungen im Einzelnen geprüft, festgehalten und so dokumentiert werden, dass andere sie jederzeit später nachvollziehen können. Dazu ist eine entsprechende Aufstellung mit Unterlagen empfehlenswert. Abänderung ist nur dann möglich, wenn der ursprünglich einmal festgesetzte Einsatzbetrag überschritten wird. Beim Kindesunterhalt gelten Grundsätze des „**Karrieresprungs**“ nicht, wenn die Ehefrau etwa auf Unterhaltsansprüche nach den ehelichen Lebensverhältnissen, die allerdings weitergeführt werden müssen, zum Zeitpunkt der Scheidung verwiesen wird. Auch ein Wechsel der Steuerklasse ist insoweit wesentlich bzw. unwesentlich (wenn der Vater wieder heiratet, ist ihm Steuerklasse III zuzurechnen, da seine tatsächlichen Einkünfte zu dieser Zeit entscheidend werden – beim Ehegattenunterhalt ist das anders).
- Verdient der unterhaltsberechtigte Teil etwa **dreimal** so viel wie der Unterhaltsverpflichtete, kann ihn allein die volle Unterhaltslast für das Kind (auch für den **Barunterhalt**) treffen. Allerdings können

Einschränkungen anzubringen sein, wenn auch bei ihm die Einkünfte ausgesprochen gut sind, wobei wiederum der Anwalt auf Einzelheiten hinzuweisen hat, Schaden: der **überzahlte Unterhalt**.

- Beispiel: Die Mutter hat Mieteinnahmen in Höhe von 20.000 Euro im Monat, der Vater arbeitet als Orthopäde und verdient 6.000 Euro. Dann wird er (wohl) nicht vollständig entlastet (wenn überhaupt).
- **Kindergartenbeiträge** und vergleichbare Aufwendungen für die Betreuung eines Kindes in einer kindgerechten Einrichtung sind **Mehrbedarf** des **Kindes**, der in den Tabellensätzen nicht enthalten ist und an dem sich deshalb beide Elternteile entsprechend ihren Einkommensverhältnissen zu beteiligen haben, BGH, NJW 2009, 1816. Anders ist für **Hortkosten** zu entscheiden, denn sie sind kein Mehrbedarf des Kindes, wenn die ganztägige Unterbringung die Berufstätigkeit der Mutter gerade (erst) ermöglichen soll, OLG Frankfurt, FamRZ 2007, 1353; OLG Naumburg, FamRZ 2012, 1056, so dass sich ihr Bedarf erhöhen kann, weil die Ausgaben für sie gestiegen sind (bzw. die Ausgaben bei ihrem Einkommen abgezogen werden müssen, so dass sich der Einsatzbetrag für sie vermindert). Vielleicht hat sie dann zusätzliche Unterhaltsansprüche gegen den Vater. Kosten für die **Tagesmutter**? Darüber sollten sich die Beteiligten einigen.
- Bei vertraglicher Formulierung von Absprachen sollte man auf Genauigkeiten achten. Die Verpflichtung für die Übernahme von Kosten für die Privatschule, wenn sich die Eltern auf sie verständigt haben, sollte differenziert ausgestaltet werden und auf die gegenwärtige Lebenssituation der Kinder, die Einkommensverhältnisse der Eltern bezogen werden (und auf weitere Einzelheiten, die eine Rolle spielen). Im Übrigen ist zwischen „**Kinderkrippe**“ und „**Kindergarten**“ zu unterscheiden (wobei eben damit klargestellt werden sollte, welche Kosten ersetzt werden und welche nicht) – ich habe das einmal übersehen. Auch sonst sind Vereinbarungen zur Regelung der elterlichen Sorge und zum Umgangsrecht sicherlich hilfreich und entlasten die Beteiligten. Andererseits sollte man bei der Fassung sehr darauf achten, das gilt insbesondere auch für den Anwalt, dass der eigene Man-

dant nicht ins Hintertreffen gerät und mit Verpflichtungen belastet wird, die ihn sonst nicht getroffen hätten (und über die man nicht geredet hat).

- **Exurs:** Für die Betreuung von Kindern im Kinderhort bestehen Unterschiede zwischen geschiedenen Eheleuten und der nichtehelichen Mutter, §1615I BGB. Nach der Vollendung des dritten Lebensjahres erhält sie „grundsätzlich“ keinen Unterhalt mehr, obwohl die Bestimmung inzwischen § 1570 BGB angepasst ist. Im Übrigen sind ihre Ansprüche auf ihren früheren Lebensbedarf bezogen, nicht auf gemeinsame Verhältnisse, die es eben nicht gibt (oder gab). Deshalb wird sie durchgängig für die Hortkosten allein aufkommen müssen. Die geschiedene Ehefrau muss sich dagegen, wenn sie unterhaltsberechtig ist und Leistungen beanspruchen kann, die Kosten allenfalls bei der Unterhaltsberechnung in Abzug bringen lassen, so dass sie, wenn sie arbeitet, immer noch die übliche Quote erhält, denn ihr Einkommen wird entsprechend gemindert, an dem sich der Vater dann durch Unterhaltsansprüche für sie beteiligen muss.
- **Beispiel:** Die nichteheliche Mutter verdient nach drei Jahren nach der Geburt des Kindes wieder so viel wie sie vorher verdient hat. Dann hat sie keine Unterhaltsansprüche mehr, unabhängig davon, wie die Bewertung nach § 1615I BGB sonst ausfällt. Für die geschiedene Ehefrau gelten dagegen andere Grundsätze, die sich in den jeweiligen unterhaltsrechtlichen Leitlinien wiederfinden. Verdient sie 1.800 Euro, der Vater aber 3.500 Euro, errechnet sich ihr Unterhaltsanspruch nach der Einkommensdifferenz. Wird sie von ihrem Einkommen von 1.800 Euro 300 Euro für den Hort aufwenden, erhält sie keine 300 Euro vom Vater, kann aber durchgängig bei ihrem Einkommen 300 Euro in Abzug bringen, so dass die Differenz zwischen seinem Verdienst und ihren Einkünften größer wird, auf die er dann wiederum Unterhalt zu zahlen hat (nach der üblichen Quote – oder anders: sie erhält von den 300 Euro 3/7). Beachtet der Anwalt diese Unterschiede nicht, kann er sich schadensersatzpflichtig machen.

b. Konkreter Lebensbedarf

Mit ihrer Einteilung geht die Düsseldorfer Tabelle, Neufassung 1.7.2019, inhaltlich keine Veränderungen gegenüber dem 1.1.2019, aber in der Sache eben doch, weil sich das Kindergeld geringfügig erhöht hat, so dass die Zahlungsbeträge geringer geworden sind, von im Einzelnen **festgelegten Einkünften** des Vaters aus und ordnet ihnen jeweils Unterhaltsverpflichtungen zu. In der höchsten Stufe legt sie als Maßstab die „Umstände des Einzelfalls“ fest. Im Einzelnen:

- Gesichert ist, dass eine interpolierte Fortführung der Düsseldorfer Tabelle nach den tatsächlichen Verdiensten des unterhaltsverpflichteten Teils mit den in der Tabelle selbst vorausgesetzten Abständen nicht in Betracht kommt.

- In den Unterhaltssätzen der Düsseldorfer Tabelle sind bestimmte Einsatzbeträge für einzelne Bedarfspositionen enthalten, wie üblich nach einem im Einzelnen vorausgesetzten **Warenkorb**. Dann sind beim **Mehrbedarf** die Beträge abzuziehen, die schon im Tabellenunterhalt enthalten sind, vor allem für den Mehrbedarf und für sonstige, im Warenkorb aufgeführt Positionen.
- Für die jeweiligen Ausgabengruppen können die **konkreten Aufwendungen**, die der Elternteil betreibt, bei dem das Kind lebt, zu den festgelegten Beträgen in ihr Verhältnis gebracht und damit der konkret berechneter Lebensbedarf ermittelt und verlangt werden.
- Voraussetzung ist aber immer, dass die Lebensverhältnisse der Eltern entsprechend waren und die Bedürfnisse des Kindes festgelegt haben (auch: tatsächlich). Für die Mutter richtet sich ihr Bedarf nach den **ehelichen Lebensverhältnissen** und ist damit teilweise jedenfalls festgeschrieben, während sich die Bedürfnisse der Kinder im Verlauf ändern und auf die Einkünfte des Unterhaltsverpflichteten zu beziehen sind, so dass eine Abrechnung nach „früheren Standards“ ausscheidet.
- Zudem betont der BGH immer wieder, dass nicht jeder „**Luxus**“, den sich die Eltern leisten oder geleistet haben, unmittelbar in Bedürfnisse des Kindes umzusetzen ist, so dass weiterhin und nach der Trennung entsprechende Bedarfspositionen anzusetzen wären und ausgeglichen verlangt werden könnten, **pädagogische Gründe**.
- Wie sonst gerade im Unterhaltsrecht kommt es im Wesentlichen darauf an, dass der Anwalt die Voraussetzungen im Einzelnen erkennt, mit seinem Mandanten erörtert und festlegt, welche Beträge im Einzelnen geltend gemacht werden sollen und wie ein vernünftiger Aufwand bei der Realisierung betrieben werden soll. Oft ist dem unterhaltspflichtigen Teil nicht jede Diskussion um 20 Euro mehr oder weniger wichtig (etwa bei der Einstufung in die jeweiligen Gruppen in der Düsseldorfer Tabelle). Vielleicht ist das beim unterhaltsverpflichteten Partner ebenso (weil beiden gute persönliche Verhältnisse zueinander wichtig sind). Dann haftet er nicht für Abweichungen, die das Gericht vielleicht für angebracht halten würde (oder hält, wenn

sich die Parteien doch noch streiten). Aber auf die jeweiligen Zusammenhänge hat er stets in der notwendigen Form hinzuweisen, weil er sonst für Ausfälle haftpflichtig sein kann.

7. Internationale Kindesentführung

Beispiel: Dragana S., Serbin, lebt weiterhin in N./Serbien kurz vor der griechischen Grenze. Sie war mit Dragoslav verheiratet, der mit ihr und einem gemeinsamen Kind kurzfristig in Frankfurt gewohnt hat. Hier hält er sich immer noch auf und verdient recht gut als Techniker bei einer Telefongesellschaft, 4.200 Euro netto im Monat. Dragana ist zu ihrem Mann, schon damals in Deutschland, übergesiedelt, hat sich hier aber nicht wohlfühlt und ist deshalb nach Serbien zurückgekehrt. Das gemeinsame Kind hat sie mitgenommen, das mehrere Jahre bei ihr lebte und von ihr betreut wurde. Nach einem Besuch des Kindes in Deutschland im Sommer 2017 hält der Vater den Sohn zurück, der nun hier zur Schule geht. Nach den Vorstellungen des Vaters soll er in Frankfurt bleiben. Die Mutter beauftragt einen dt. Rechtsanwalt, der beim zuständigen dt. FamG einen Sorgerechtsantrag stelle. Dabei nimmt er zur Lebenssituation der Mutter Stellung (sie arbeitet an einer Schule in Serbien als Klavierlehrerin, ist auch in einem Orchester tätig, gibt privat Klavierstunden und Musikunterricht u.ä., monatliches Einkommen: 450 Euro). Die Auseinandersetzung zieht sich hin. Inzwischen, Sommer 2018, ist das Kind Nico immer noch in Deutschland, hat inzwischen Anschluss in der Schule gefunden hat, kann gut Deutsch und spielt hier in Frankfurt erfolgreich Fußball und ist mit seinen Freunden täglich zusammen. Dem Gutachter gegenüber erklärt er, den das Gericht eingeschaltet hat, er vermisse seine Mutter einerseits, wolle aber beim Vater in Deutschland bleiben. - Was hätte der Anwalt tun müssen? Serbien als Nachfolgestaat der BR Jugoslawien ist Mitglied des Haager Abkommens zur Internationalen Kindesentführung. Deshalb hätte er der Mutter sofort raten müssen, einen Rückführungsantrag nach diesem Abkommen zu stellen. Das hat er nicht getan.

Letztlich ist er durch sein Fehlverhalten verantwortlich für die weitere Entwicklung. Wäre er in der vorgeschriebenen Form tätig geworden, wäre das Kind wohl nach Serbien zurückgeführt worden, HKindEntÜ. Seine Verbundenheit zum Vater und seine gute Einbindung in die Lebensverhältnisse in Deutschland hätten keine Rolle gespielt. Bei den Gerichten in Serbien wäre dann über die endgültige Verteilung der elterlichen Sorge zu entscheiden gewesen. Art. 10 VO Nr. 2201/2003 ist jedenfalls nicht erfüllt (Slawien nimmt an der europäischen Gesetzgebung im Übrigen nicht teil). Im Übrigen gilt Art. 7 KSÜ. Hätte der Vater

- das Kind aus Serbien entführt,
- hätte die Mutter in Deutschland Rückführungsanträge stellen können (wie auch beim widerrechtlichen Vorenthalten),

- wobei dann in Serbien ebenfalls über die elterliche Sorge zu entscheiden gewesen wäre, Art. 10 VO Nr. 2201/2003, Art. 7 KSÜ.

Zu dieser Zeit und nach einem nur mehrere Monate dauernden Sommeraufenthalt in Deutschland wäre, davon ist auszugehen, wäre Nico weiterhin bei der Mutter „geblieben“. Dem Vater hätten allenfalls Umgangsbefugnisse wie zuvor zugestanden. Nun ist das alles anders.

Schadensberechnung? Als Rechenposten könnten dabei in Betracht kommen:

- Der verlorene Unterhaltsanspruch des Kindes gegen seinen Vater, aber wenn der Sohn bei ihm lebt, ist die Mutter nicht mehr berechtigt, Unterhalt geltend zu machen,
- ein (wahrscheinlich) verlorener eigener Unterhaltsanspruch der Mutter, den sie bei **Kindesbetreuung** gehabt hätte,
- und letztlich auch die **Unterhaltsverpflichtung**, die sie jetzt gegenüber dem Kind trifft, das bei seinem Vater lebt, selbst wenn sie insofern kaum leistungsfähig sein dürfte.
- „**Immaterielle**“ **Ersatzansprüche**? Ersatzpflichtigkeit insoweit? §847 BGB? Deliktische Ersatzansprüche? § 843 Abs. 1 BGB? Verletzung des elterlichen Sorgerechts? Der Anwalt hat dabei wohl besonders nachlässig gehandelt.

IV. Unterhalt

1. Elementarunterhalt, Vorsorgeunterhalt nach § 1578 Abs. 2 BGB, Vorsorgeunterhalt nach § 1578 Abs. 3 BGB

Unterhaltsforderungen des geschiedenen oder des getrennt lebenden Ehegatten (insoweit allerdings mit Einschränkungen) setzen sich zusammen aus **Elementarunterhalt** und den beiden Formen des **Vorsorgeunterhalts**, vgl. dazu § 1578 Abs. 2 und 3 BGB (**Elementarunterhalt** und **Krankenvorsorgeunterhalt**, wird auch gegenüber der nichtehelichen Mutter geschuldet, allerdings in etwas anderer Form, vgl. dazu § 615 I BGB, aber nicht **Altersvorsorgeunterhalt**, weil auch kein Versorgungsausgleich vorgesehen ist). Häufig werden diese Zusammenhänge übersehen. Dann fällt die Berechnung falsch aus.

Bei der Berechnung sind zunächst die Einkommensverhältnisse der Beteiligten zu prüfen und festzuhalten. Dann ist in einer ersten Stufe zu ermitteln, welche Ansprüche dem Berechtigten für seinen **Elementarun-**

terhalt zustehen. Aber er kann eben zusätzlich Forderungen auf **Vorsorgeunterhalt** haben. Arbeitet er, ist er **krankenversichert**, so dass keine zusätzlichen Forderungen für ihn entstehen können. Arbeitet er nicht, sind die üblichen Kosten in die Berechnung einzustellen, die jeweils bei der Krankenkasse, die für den Mandanten in Betracht kommt, zu ermitteln sind, wobei der fiktive Unterhaltsbetrag als Grundlage für die Beitragsberechnung heranzuziehen ist. Beim Unterhalt nach **§ 1578 Abs. 3 BGB** ist die Abrechnung schon im Ausgang anders. Insoweit können die eigenen Beiträge zu einer **Altersversorgung** hinter dem zurückbleiben, was der andere Teil über seine Unterhaltsverpflichtung als angemessenen **Vorsorgeunterhalt** schuldet, so dass eine nachträgliche, ergänzende Berechnung vorzunehmen ist, § 1578 Abs. 3 BGB. Anschließend sind die jeweiligen Einsatzbeträge vom Einkommen des Unterhaltsschuldners in Abzug zu bringen, wobei dann auf einer zweiten Stufe der jeweilige Elementarunterhalt zu ermitteln ist. Für den **Altersvorsorgeunterhalt** gilt sonst die **Bremer Tabelle**.

Vorsorgeunterhalt nach **§ 1578 Abs. 2 BGB** kann schon in der Trennungszeit geschuldet sein, aber beim **Vorsorgeunterhalt** für die **Altersversorgung** ist das anders, weil der spätere Unterhaltsgläubiger über den **Versorgungsausgleich**, der am letzten Tag des Monats vor der Zustellung des Scheidungsantrages abgerechnet ist, an der Altersversorgung des anderen ohnehin beteiligt ist. Diese Unterscheidung wird ganz häufig nicht vorgenommen.

2. Berechnungsgrundlagen

Bei der Unterhaltsberechnung ist in jedem Fall zweckmäßig, die einzelnen Schritte festzuhalten, damit später in einem **Abänderungsverfahren** Anpassung erfolgen kann. Zunächst ist dabei das Arbeitseinkommen zu ermitteln, dann die sonstigen Verdienste und auch die Vermögensverhältnisse (mit den entsprechenden Abzugsposten). Ist **Vorsorgeunterhalt** der ein oder anderen Art „vergessen“, und das geschieht häufig, kann die Entscheidung nicht nachträglich „ergänzt“ werden. Der ausgerechnete und festgelegte Unterhalt umfasst vielmehr stets alle **Unterhaltsformen**. Auch sonst bleibt die Abänderung der Unterhaltsverpflichtungen stets auf das vorliegende Rechenwerk verwiesen, ohne dass eine völlige Neuberechnung erfolgt, die sich von den Vorstellungen der Parteien löst. Anders ist das nur, wenn überhaupt nicht zu erkennen ist, wie die Parteien zu ihren Ansprüchen und Verpflichtungen gekommen sind. Also – je „falscher“ die Berechnung ist, die die Beteiligten mit ihren Anwälten zugrunde gelegt haben, umso „leichter“ ist, die eingetretenen Fehler wenigstens für die Zukunft auszugleichen und die Dinge in Ordnung zu bringen. Im Übrigen drohen Schadensersatzverpflichtungen.

Sämtliche **Berechnungsgrundlagen** sind bei der Unterhaltsermittlung festzuhalten, am besten in einem ausführlichen **Rechenwerk**, das für jeden nachvollziehbar ist, der sich später mit der Angelegenheit beschäftigt. Bleibt die Dokumentation lückenhaft, ist von den Daten auszugehen, die die Parteien (wohl) selbst zugrundegelegt haben. Abänderungsverfahren beziehen sich dann auf sie. Ist kein **Vorsorgeunterhalt** geltend ge-

macht worden, um das noch einmal zu wiederholen, sondern nur der Elementarunterhalt ermittelt, kann bei der Unterhaltsabänderung später der Fehler nicht korrigiert werden. Fehlen alle Hinweise, wie der Unterhalt ermittelt ist, ist insgesamt im Abänderungsverfahren „neu zu rechnen“, aber auf diese Umstände sollte sich der Anwalt nicht unbedingt verlassen.

3. Sättigungsgrenze, konkreter Lebensbedarf

Unterhaltsansprüche nach der Ehescheidung – und auch für die Trennungszeit – richten sich nach den **ehelichen Lebensverhältnissen**. Sind diese besonders großzügig, ist auch Unterhalt zu zahlen, der sich auf sie bezieht.

Beispiel: Liliana kann nachweisen, dass sie während der Ehezeit 1.500 Euro jeden Monat für Schuhe ausgegeben hat (tatsächlich sagt sie ihrem Anwalt, die Beträge wären noch wesentlich höher gewesen, aber sie könne keine Rechnungen mehr finden). Dann schuldet der Ehemann für die Trennung, aber auch für die Zeit danach entsprechende Unterhaltsbeiträge (und wenn sie einen Jaguar XK gefahren ist, so war es, muss er auch für den Unterhalt für dieses Auto aufkommen), solange sie Unterhalt einfordern kann, wobei allenfalls **§ 1578 b BGB** wie üblich Grenzen setzt.

Bisher hat das OLG Frankfurt Unterhaltsforderungen nach Quote (also $\frac{3}{7}$ des unterhaltsrechtlich relevanten Einkommens) nur bis zu einem Betrag von zuletzt **2.500 Euro** bereitgestellt, **relative Sättigungsgrenze**. Wollte ein Unterhaltsgläubiger höhere Beiträge für sich geltend machen, musste er den konkreten, ehebedingten Lebensbedarf vortragen, **konkrete Bedarfsberechnung**. Im Ausgang ist das auch weiterhin so, wobei der BGH das OLG Frankfurt allerdings „korrigiert“ und statt 2.500 Euro **4.000 Euro** im Monat als Grenze für den Quotenunterhalt ansetzt (dem BGH folgend). Ohne Weiteres kann also eine Ehefrau, deren Ehemann 9.000 Euro unterhaltsrechtlich relevant verdient, selbst aber keine eigenen Einkünfte hat, $\frac{3}{7}$ für sich in Anspruch nehmen, also 3.857 Euro. Kann der Mann weitere Belastungen abziehen, ermäßigt sich ihr **Anspruch**. Kommt **Vorsorgeunterhalt** hinzu, kann der Betrag von insgesamt 4.000 Euro entsprechend überschritten werden, aber kaum bei einem Einkommen von 9.000 Euro. Jedenfalls bildet die Unterhaltsquote stets die Obergrenze. Bei höheren Einkünften des Mannes kann sie höhere Forderungen stellen, jeweils bezogen auf ihre konkreten Bedürfnisse,

die sie den ehelichen Lebensverhältnissen zuordnet. Verdient er also 20.000 Euro,

- kann sie, vgl. mein Beispiel, 1.500 Euro für Schuhe ansetzen,
- 1.700 Euro für das Auto und
- 1.500 Euro für Wohnbedarf, der auch höher liegen kann,
- und andere **Bedarfspositionen** im Einzelnen ebenfalls aufzuführen, die der Ehemann auszugleichen hat.

Mehr als **3/7 seines Einkommens** kann sie aber nie erreichen oder überschreiten, so dass sie selbst dann, wenn der Ehemann 9.000 Euro verdient, nicht behaupten kann, sie habe für sich selbst 5.200 Euro ausgegeben, denn die allg. unterhaltsrechtlichen Grundsätze sind immer die Grenze, **Halbteilung**. Fehler bei der Berechnung sind immer noch verbreitet. Die Änderung der Rspr. des OLG Frankfurt hat sich nicht überall durchgesetzt.

Auch bei der Darstellung der konkreten Lebensverhältnisse geschieht vieles nicht (oder nicht immer). Sie sind auf den Zeitpunkt der Trennung bezogen, nicht etwa auf spätere Umstände, die die Ehefrau für sich geltend macht (etwa nun die Miete ansetzt, die sie tatsächlich zahlt, für das letzte Jahr Forderungen für den Urlaub in ihre Berechnung einstellt, die Kosten für ihr Auto, das sie neu gekauft hat, einbringen will, andererseits Kosten für Yogakurse verlangt, die sie gar nicht mehr hat, u.ä. – beim Kindesunterhalt ist das anders, denn da entscheiden wie sonst die Lebensverhältnisse, die sich ständig ändern).

Beispiel: Die nichteheliche Mutter steht dabei deutlich schlechter, § 1615 I BGB. Bezugspunkt für ihren Unterhaltsanspruch sind nicht die „Lebensverhältnisse“ in der früheren Verbindung, weil es keine Gemeinsamkeiten im eigentlichen Sinne gab (selbst wenn die Lebensgemeinschaft längere Zeit gedauert hat). Vielmehr ist entscheidend, so formuliert auch § 1615 I BGB, welche „Verluste“ sie bezogen auf ihre eigenen Einkünfte aus Erwerbstätigkeit erlitten hat, die sie vor der Geburt des Kindes und der Schwangerschaft ausgeübt hat. Hat sie 1.200 Euro verdient, bekommt sie 1.200 Euro ersetzt, selbst wenn der Vater als Zahnarzt 17.000 Euro verdient (als 17.000 Euro). Hat sie gar nicht gearbeitet, etwa als Studentin, erhält sie 880 Euro als **Mindestbetrag**, auch wenn der Vater noch mehr verdient. Allenfalls kann man höhere Beträge in **Partnerschaftsverträgen** vereinbaren, die aber selten abgeschlossen werden. Manchmal geht die Rspr. allerdings bei konkreten Anhaltspunkten für sie von stillschweigenden Absprachen zwischen den Beteiligten aus (die Ehefrau hat ihrem Partner das Studium finanziert, als sie zusammengelebt haben, nun sind sie getrennt und sie will selbst studieren – der Partner weigert sich).

Krankenvorsorgeunterhalt kann hinzukommen, aber Ansprüche auf **Altersvorsorgeunterhalt** bestehen nicht, denn die nichteheliche Mutter kann auch keinen **Versorgungsausgleich** verlangen. - Wie ist es, wenn sie früher besonders gut verdiente? Beispiel: Der Vater hat 3.500 Euro an Einkünften, die Mutter 2.200 Euro. Nach üblichen unterhaltsrechtlichen Grundsätzen würde sie – den Kindesunterhalt noch abgezogen, den der Vater leisten muss – von der Einkommensdifferenz $\frac{3}{7}$ erhalten. Nun beruft sie sich auf § 1615 I BGB und verlangt 2.200 Euro. Die allgemeinen unterhaltsrechtlichen Selbstbehalte für den Vater wären jedenfalls gewahrt. Aber sie stünde besser als eine Ehefrau, die auf die Unterhaltsquote angewiesen ist, so dass sie auch bei § 1615 I BGB nur so viel erhält, wie sie bei einer Unterhaltsberechnung erhalten würde, die den üblichen Grundsätzen folgt, **Halbteilungsgrundsatz**.

Berücksichtigt der Anwalt diese Voraussetzungen nicht, macht er sich schadensersatzpflichtig (in der einen bzw. in der anderen Richtung, je nachdem, wen er vertritt).

Bestehen auch in der nichtehelichen Verbindung „Treuepflichten“? § 1579 Abs. 2 und 7 BGB? oder „nur“ § 1611 BGB mit wesentlich lascheren Maßstäben? vgl. die geschilderte Entscheidung des OLG Frankfurt.

4. Lange Dauer der Ehe, ehebedingte Nachteile, und: § 1578 b BGB

Unterhaltsansprüche für die Zeit nach Rechtskraft des Scheidungsbeschlusses, also nicht während der Trennungszeit, können inhaltlich beschränkt und zeitlich befristet werden, **§ 1578 b BGB**. Dabei ist die Vorschrift als „Mussbestimmung“ ausgestaltet, so dass das Gericht entsprechend vorzugehen hat, auch wenn der Anspruchsteller keine entsprechenden Anträge stellt. Aber empfehlenswert ist sicherlich, sich im Einzelnen mit dieser Bestimmung auseinanderzusetzen und ihre Einhaltung einzufordern bzw. entsprechende Anträge zu stellen.

Nach § 1578 b BGB kommt eine Kürzung der Forderung oder eine zeitliche Befristung nicht in Betracht, wenn der Ehegatte, der jetzt Forderungen geltend macht, **ehebedingte Nachteile** erlitten hat oder die Ehe von langer Dauer war. Deshalb ist die Lebenssituation wie sie jetzt ist oder wie sie wäre, wenn der Ehegatte wieder ins Erwerbsleben eintreten würde, mit der zu vergleichen, die bestanden hätte, wenn er nicht geheiratet oder Kinder betreut hätte, Einzelheiten Palandt/Brudermüller, § 1578 b BGB Rz. 3. Sämtliche Einzelheiten sind zu ermitteln und alle Möglichkeiten auszuschöpfen, um die Dinge beweisen zu können. Nachteile nach § 1578 b BGB liegen auch dann vor, wenn der unterhaltsberechtigte Gatte ehebedingt von der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit abgesehen oder eine bereits ausgeübte Erwerbstätigkeit aufgegeben hat, dazu BGH,

FamRZ 2013, 935, etwa bei der Heirat noch im Studium oder kurz danach (häufig auf Drängen des anderen Ehegatten, der sich jetzt aber darauf bezieht, keinen Unterhalt leisten zu wollen), weitere Tätigkeiten einstellt und sich der Familie widmet. Manche Eheverträge halten eine entsprechende Aufgabenverteilung ausdrücklich fest. Sonderlich zweckmäßig ist das allerdings kaum. Erforderlich ist ein nachgewiesener Ursachenzusammenhang zwischen der tatsächlichen Lebensführung und den Erwerbsnachteilen, so dass die Ehe bzw. die **Ehegestaltung** ursächlich für den genannten **Nachteil** sein muss, BGH, FamRZ 2013, 935. Dabei genügt, dass diese Nachteile auf die in der Ehe tatsächlich praktizierte Rollenverteilung zurückzuführen sind, unabhängig davon, ob der unterhaltspflichtige Ehegatte einverstanden war oder nicht, wobei allenfalls, wenn er immer wieder auf Arbeitsaufnahme gedrängt hat, § 1579 BGB erfüllt sein kann und Ansprüche einschränkt oder ausschließt. Gleichwohl wird er sich vorhalten lassen müssen, dass er sich nicht durchgesetzt hat. **Allgemeine Arbeitsplatzrisiken** gehören nur dann zu den ehebedingten Ausfälle, wenn sie sich gerade aus der besonderen Ehegestaltung ergeben, BGH, FamRZ 2011, 628. An diesen Voraussetzungen fehlt es, wenn die Gründe außerhalb liegen, etwa bei **Arbeitslosigkeit** nach **betriebsbedingter Kündigung** des Arbeitsverhältnisses oder wegen der **Pflege** von eigenen **Familienangehörigen**, die die Erwerbstätigkeit unterbrochen hat, BGH, FamRZ 2007, 2049, bzw. bei der Aufgabe der Arbeitsstelle aufgrund persönlichen Entschlusses zur beruflichen Neuorientierung, AG Flensburg, FamRZ 2013, 1135. **Krankheitsbedingte Einkommensausfälle** sind in der Regel nicht ehebedingt, BGH, FamRZ 2013, 1291, denn durchgängig – trotz gegenteiliger Behauptung – bestehen solche Zusammenhänge zwischen der Erkrankung, auf die sich der Ehegatte bezieht, und der Ehe bzw. der ehelichen Lebensführung in aller Regel nicht. Daran ändert sich auch nichts, wenn eine Seite entsprechende Nachweise führen will (häufig: Depressionen u.ä.). Ehebedingte Nachteile liegen auch dann nicht vor, wenn die Einkommensdifferenz auf einem schon bei der Heirat vorhandenen unterschiedlichen **Ausbildungsniveau** beruhen, BGH, FamRZ 2008, 134 (136). Häufig sind, um das nochmals zu betonen, umfangreiche Ermittlungen notwendig und

Nachforschungen erforderlich, um die Dinge im Einzelnen plausibel zu erläutern und die Zusammenhänge beweisen zu können. Aber diese Aufgabe muss der Anwalt im Einzelnen erfüllen, also Recherchen im Internet, Nachfragen, sonstige Erkundigungen u.ä., wobei er zumindest den Mandanten bitten kann, ihm Anhaltspunkte zu liefern, Zusammenhänge nachzuweisen und ihn insgesamt zu unterstützen. Unterhaltsverfahren betreiben die Parteien selbst, und Streitstoff wird nur, was sie in die Auseinandersetzung einführen. Keineswegs muss das Gericht von sich aus die Dinge ermitteln oder auch nur Hinweise geben, was für die Entscheidung wesentlich werden könnte. Dabei muss der Anwalt auch die Folgen der

- Beweisführung und der
- anschließenden Beweislosigkeit hinweisen sowie
- die Risiken für das gerichtliche Verfahren erläutern.

Ist die Ehe von **langer Dauer**, können Kürzungen oder ein gänzlicher Ausschluss beim Unterhalt ebenfalls ausscheiden, wobei die Ermittlung nicht „absolut“ zu erfolgen hat, sondern konkret auf die Lebensverhältnisse der Beteiligten zu beziehen ist. Bei einer 27-jährigen Ehe werden die Voraussetzungen von § 1578 b BGB durchgängig vorliegen, wobei allerdings auch das Lebensalter der Beteiligten eine Rolle spielt (und ihr Zugang zum Arbeitsmarkt), aber bei einer Ehe, die 20 Jahre gedauert hat, wird das anders sein, so dass konkret zu prüfen ist, wie sie sich auf die berufliche Situation des Anspruchstellers/der Anspruchstellerin beim Unterhalt gerade auswirkt (Heirat mit 22, 20 Jahre Ehedauer = 42 Jahre des geschiedenen Ehegatten, ohne Weiteres kann er arbeiten gehen). Allenfalls kann insoweit die zeitliche Befristung länger ausfallen als sonst. Selbst bei gehobenen Einkommensverhältnissen des Unterhaltsschuldners und 28 Ehejahren kann eine entsprechende Befristung noch erfolgen, OLG Hamm, FF 2009, 28, auch wenn ehebedingte Nachteile nachgewiesen sind, OLG Oldenburg, FamRZ 2009, 1159. Wiederum: Der Anwalt, der die Sache vertritt, ist nicht für jede „falsche“ Gerichtsentscheidung verantwortlich, aber er muss die Dinge so klären, dass das Gericht „richtig“ entscheiden kann, und er muss den Mandanten auf die Zusammenhänge und die Risiken hinweisen.

Ehebedingte Nachteile nach § 1578 b Abs. 1 S. 2 BGB können nicht mit dem durch die Unterbrechung der Erwerbstätigkeit während der Ehe verursachten geringeren Rentenanwartschaften begründet werden, wenn für diese Zeit der Versorgungsausgleich stattgefunden hat. Nachteile in der Versorgungsbilanz sind dann im gleichen Umfang von beiden Eheleuten zu tragen und somit vollständig ausgeglichen, BGH, XII ZB 122/17 im Anschluss an BGH, FamRZ 2012, 772. Ein ehebedingter Nachteil, der darin besteht, dass der unterhaltsberechtigten Ehegatte auch nachehelich geringere Versorgungsansprüche schafft als dies bei hinweggedachter Ehe der Fall wäre, ist (wiederum) grundsätzlich als ausgeglichen anzusehen, wenn er für diese Zeit Altersvorsorgeunterhalt bezieht oder jedenfalls verlangen kann, BGH, XII ZB 122/17 im Anschluss an BGH, FamRZ 2014, 1276, selbst wenn eine abschließende Entscheidung über die Folgen aus § 1578 b BGB noch nicht möglich ist, da bisher noch nicht sämtliche Gesichtspunkte aufgeklärt werden können. Dabei muss das Gericht so weit entscheiden, wie eine Entscheidung aufgrund der gegebenen Sachlage und der zuverlässig vorhersehbaren Umstände möglich ist, BGH, XII ZB 448/17 im Anschluss an BGH, FamRZ 2011, 454.

5. Trennungsunterhalt, Verzicht - Bedarfsbestimmung

Auf **Unterhaltsansprüche** während der **Trennungszeit** kann ein Ehegatte nicht rechtswirksam verzichten. In notariellen Vereinbarungen, die der Ehescheidung häufig vorausgehen, wird auf diesen Punkt durchgängig mit der notwendigen Deutlichkeit hingewiesen. Allerdings können sich beide Beteiligten auf eine „**Bedarfsbestimmung**“ einigen, die sie dann auch entsprechend festhalten, aber plausibel machen müssen und erklären. Ihre Absprachen müssen hinreichend deutlich sein.

Beispiel: A. und B. sind verheiratet. B. ist noch jung. Kinder sind aus ihrer Ehe nicht hervorgegangen. Sie überlegt sich, ob sie nicht vielleicht doch ein Studium der Kunstgeschichte aufnehmen soll. A. verdient sehr gut, 25.000 Euro im Monat. Beide kommen nicht mehr miteinander aus. Ihre Ehe gerät in die Krise. B. stellt Scheidungsantrag nach viereinhalb Jahren Ehe, also keine kurze Dauer der Ehe. Für die Trennungszeit, und A. und B. haben ein letztlich (fast) spannungsfreies Verhältnis zueinander, verständigen sie sich darauf, dass der ehebedingte Bedarf der Ehefrau gemessen an den ehelichen Lebensverhältnissen 2.700 Euro zuzüglich Krankenversicherung ausmacht und ausgemacht hat. - Grundsätzlich ist diese Vereinbarung zulässig, denn sie stellt eine Beschreibung des Lebensbedarfs dar, für die die Eheleute selbst die Verantwortung tragen. Sollte sich allerdings ergeben, dass die Ehefrau tatsächlich auf erhebliche Teile ihres Unterhalts **verzicht** hat, wären ihre Erklärungen unwirksam. Dann könnte sie Nachforderungen stellen (oder ihren Anwalt in Anspruch nehmen, der ihr zu einem solchen Verzicht geraten hat). Folgende Klauseln kann man in den Vertrag aufnehmen, aber ob das empfehlenswert ist, steht auf einem anderen Blatt. Verzicht auf Unterhaltsansprüche für die Dauer des Getrenntlebens ist insgesamt nicht empfehlenswert. Alle Notare weisen im Übrigen beim Abschluss entsprechender Vereinbarungen auf diese rechtlichen Zusammenhänge hin. Al-

lenfalls ist eine „Begrenzung“ möglich, aber auch da sollte man vorsichtig sein:

- Die Eheleute gehen davon aus, dass mit diesem Unterhalt der eheliche Bedarf der Ehefrau in angemessenem Rahmen ausgeglichen ist. Im Übrigen kann sie anrechnungsfrei hinzuverdienen.
- Die Eheleute wünschen keine Berechnung im Einzelnen (noch unzweckmäßiger). Sie sind vom Notar über sämtliche Zusammenhänge aufgeklärt worden und haben sich auf den genannten Betrag verständigt, den sie für ausreichend halten, um der Ehefrau einen eheangemessenen Bedarf zu sichern.
- Die Eheleute haben sich auf diesen Bedarf verständigt. Ausdrücklich erklären sie, dass damit kein Unterhaltsverzicht verbunden ist. Über sämtliche Einzelheiten muss der Anwalt, der die Beratung übernommen hat, wie sonst aufklären (und das, was er zugrundelegt, muss der Wirklichkeit entsprechen so wie sie sein Mandant ihm geschildert und er die Angaben verstanden hat und verstehen konnte).
- Wenn die Voraussetzungen sonst vorliegen, können auch einmalige Zahlungen auf den Unterhalt steuerlich verwendet werden, begrenztes steuerliches Realsplitting.

Vereinbaren die Eheleute bei der Scheidung einen Verzicht auf naheheglichen Unterhalt, können sie auch Absprachen für Unterhaltsansprüche aus der Trennungszeit (nun verbindlich) treffen. Insbesondere können sie also vereinbaren, dass **Unterhaltsrückstände** nicht aufgelaufen sind und sie hilfsweise auf entsprechende Forderungen verzichten. Das ist zulässig (und sehr verbreitet).

Nutzungsentschädigung bei gemeinsamem Eigentum etwa für eine Immobilie, in der einer der Partner weiterhin lebt, muss ausdrücklich geltend gemacht werden, damit Forderungen entstehen. Beim **Gesamtschuldnerausgleich** ist das anders, denn wenn sich die Eheleute trennen, so ist die Vorstellung, entfällt die gemeinsame Grundlage für die Übernahme entsprechender Verpflichtungen durch den bisher allein leistenden Teil, meist den Ehemann, der ja auch verdient. Also kann er, wenn er für die Hausverbindlichkeiten aufgekommen ist, nachträglichen Ausgleich einfordern, aber Nutzungsentschädigung kann er nur verlangen, wenn er den **Wohnvorteil** seiner Frau nicht ohnehin bei der Unterhaltsberechnung einstellt, falls er entsprechende Ansprüche geltend macht, anmahnt und im Einzelnen und nachvollziehbar belegt hat (beachte: subjektiver Wohnwert für die Trennungszeit, objektiver Wohnwert für die Zeit nach Ablauf des Trennungsjahres). Wohnvorteil ist anzusetzen für die Nutzung des eigenen Anteils beim Miteigentum (der Ehefrau), Nutzungsentschädigung für die Nutzung des Anteils des anderen Ehegatten, so dass kein Fall der **Doppelterwertung** vorliegt. Im Übrigen kommt eine Verrechnung der Positionen miteinander in Betracht, obwohl Nutzungsentschädigung nicht eingefordert ist, wenn sich beide (Nutzungsentschädigung und Gesamtschuldnerausgleich) einmal als Forderungen gegenüber gestanden haben, so dass insoweit die rechtzeitige Mahnung nicht notwendig ist. Wie ist es mit **Unterhaltsrückständen**? Kann ein

Ehegatte für die Trennungszeit nachträglich Unterhalt einfordern, den er vorher nicht geltend gemacht hat, wenn der andere Ansprüche auf Nutzungsentschädigung stellt, dem er sie entgegenhalten will, Verrechnung/Aufrechnung, obwohl es an der Mahnung in der üblichen Form fehlt, die einen eigenen Zahlungsanspruch begründen könnte? Nutzungsentschädigung und Gesamtschuldnerausgleich können auch bei der Berechnung des **Zugewinns** eine Rolle spielen, denn sie können den Ausgleich beeinflussen, die den Ausgleich beeinflussen. Der Anspruchsteller muss hinnehmen, dass seine **Forderungen** in die Berechnung eingestellt werden, während den Anspruchsgegner eine entsprechende **Verpflichtung** trifft, die seinen Zugewinn beeinflusst (herabsetzt). Wird Unterhalt für die Dauer des Getrenntlebens, der gerichtlich eingefordert ist, vor Zustellung des Scheidungsantrages nachgezahlt (in einem höheren Geldbetrag, also etwa 16.000 Euro für das abgelaufene Jahr), kann, wenn nun die Scheidung mit Ansprüchen zum güterrechtlichen Ausgleich betrieben wird, der beim Empfänger noch vorhandene Geldbetrag beim Zugewinn zu berücksichtigen sein, während sich das Vermögen des ausgleichspflichtigen Teils entsprechend vermindert hat. Naheliegend ist dann allerdings, dass der Berechtigte den Nachweis führt, seinen Unterhaltsbedarf während des Getrenntlebens in anderer Form gedeckt zu haben bzw. dazu verpflichtet gewesen zu sein, etwa durch entsprechende **Zuwendungen** seiner **Eltern** und überhaupt Zahlungen seiner Eltern oder von Freunden, für die er dann Darlehensverträge beibringt (wobei Zahlungen durch die Eltern immer wieder bei der Abrechnung eine große Rolle spielen). Der Anwalt muss über sämtliche Einzelheiten aufklären und sie bei der Berechnung berücksichtigen. Für Fehler haftet er wie sonst.

Beispiel: Frau M., bereits Rentnerin, bezieht aus verschiedenen Einrichtungen insgesamt eine Altersversorgung von etwa 1.800 Euro. Ihr Mann, mit dem sie gemeinsam Eigentümerin eines Grundstücks in F.-Praunheim ist, hat eine Rente von 1.750 Euro. Nun verlangt sie Nutzungsentschädigung, wobei sie die (fiktive) Miete für das gemeinsame Anwesen auf 3.500 Euro schätzt (nicht unbedingt völlig realistisch). Davon will sie 1.750 Euro haben. Ihr Mann entgegnet, er schulde nichts, denn dann habe seine Frau ein wesentlich höheres Gesamteinkommen als er. Zu recht? nein, denn der Wohnwert der anderen Hälfte – das Haus ist lastenfrei – ist ihm als Einkommen zuzurechnen, so dass mit der von Frau M. vorgesehenen Verteilung ungefähr wieder gleichwertige Verdienste auf beiden Seiten hergestellt sind. Wäre das anders, könnte M.

- Nutzungsentschädigung verweigern(?),
- dann aber jedenfalls **Unterhaltsforderungen** geltend machen, wenn er weiteren Abtrag für das Haus zu leisten hat, an dem sich seine Frau beteiligen müsste. Auch diese Positionen sind miteinander zu verrechnen. Sind sie bereits beim **Unterhalt** verwendet, etwa als **Abzug**, kann der Unterhaltsberechtigte nicht – zusätzlich – Nutzungsentschädigung verlangen, wenn er sich am Abtrag zu beteiligen hätte (nicht ganz überzeugend, denn wegen des Erwerbstätigenbonus‘ bleibt zur hälftigen Aufteilung immer eine gewisse Differenz – $3/7 = 42,5$ Prozent, sonst 50 Prozent).

Für Unterhaltsrückstände, Gesamtschuldnerausgleich und Nutzungsentschädigung kann sich eine Vereinbarung insgesamt empfehlen, die die

Positionen im Einzelnen ausrechnet und, wenn eine Leistung vorab nicht möglich ist, beim Zugewinnausgleich für jeden Ehegatten in der passenden Form berücksichtigt. Sind Wohnwert, Gesamtschuldnerausgleich und Nutzungsentschädigung beim Unterhalt bereits angesetzt, scheiden sie als eigene Ansprüche und Forderungen aus, die selbständig geltend gemacht werden könnten. Verlangt der Ehegatte, der die Hausbelastungen trägt, nun **Gesamtschuldnerausgleich**, ist bei ihm nur noch die Hälfte einer „Schuld“ anzusetzen, während den anderen Ehegatten ebenfalls die „Hälfte“ als Verbindlichkeit trifft. Das hat Auswirkungen auf den Unterhalt. Auch Wohnvorteile sind bei der Unterhaltsberechnung zu verwenden (als eigenes Einkommen des Nutzungsberechtigten). Nutzungsentschädigung führt jedenfalls dazu, dass der Empfänger höhere Einkünfte hat, die dann wiederum beim Unterhalt eine Rolle spielen und die er andererseits versteuern muss. Ob der Leistende sie abziehen kann, ist ungewiss, wobei ich dazu tendieren würde, dies zu verneinen (**Mietzahlungen** könnte er ja ebenfalls nicht unterhaltsrechtlich verwenden). Damit wäre verhindert, dass sich die Nutzungsentschädigung insgesamt neutralisiert.

6. Trennungsunterhalt – Unterhalt für die Zeit nach Rechtskraft des Scheidungsbeschlusses, Reihenfolge

Frau A. wird von Rechtsanwältin W. aus Berlin vertreten. Die Eheleute streiten über Unterhaltsansprüche. Scheidungstermin steht an. Nun macht RAin. Unterhaltsansprüche für die Zeit nach Rechtskraft des Scheidungsbeschlusses geltend. Da die Beteiligten

- a. eine ehevertragliche Regelung getroffen haben oder
- b. die Berechnung des Unterhalts für die Zeit nach Rechtskraft des Scheidungsbeschlusses für sich nicht schwierig ausfällt und allenfalls § 1578 b BGB in Frage steht (Frau A. behauptet, sie habe ehebedingte Nachteile erlitten bzw. die Ehe sei von langer Dauer gewesen, so war es auch, eine Vorschrift, zu der Frau A. nicht ausreichend vorträgt), zeichnet sich ab, dass das Gericht ihr nun keinen Unterhalt mehr zubilligen und die Ehe scheiden wird. So geschieht das dann auch.

Drei Wochen vor dem Scheidungstermin stellt RAin. B. Anträge zum Trennungsunterhalt; sonst unternimmt sie nichts.

Diese Reihenfolge ist eher unglücklich gewählt. **Trennungsunterhalt** und Unterhalt nach **Rechtskraft des Scheidungsbeschlusses** sind nicht „identisch“, da sie in den Rechtsgrundlagen und in der Berechnung im Einzelnen jeweils unterschiedlichen Voraussetzungen folgen. So kann Unterhalt bei kurzer Dauer der Ehe auch für die Trennungszeit verlangt werden. Andererseits gilt § 1578 b BGB für den **Trennungsunterhalt** von vornherein nicht. Ist Unterhalt für diese Zeit zu zahlen, wird das angerufene FamG (im Scheidungsverfahren) in aller Regel den Ausgang in dieser Sache abwarten und erst danach terminieren. Denn letztlich hätte seine Entscheidung für die Trennungszeit vielleicht doch Auswirkungen

für die Zeit nach Rechtskraft des Scheidungsbeschlusses (zumindest bei der Berechnung werden dieselben Positionen auftauchen).

Im Scheidungstermin erlässt das Gericht Scheidungsbeschluss. B., die Anwältin, verzichtet auf **Rechtsmittel** für ihre Mandantin, und der Ehemann erklärt ebenfalls einen entsprechenden Verzicht, wiederum eher ungeschickt. Damit hat

- Frau A. Unterhaltsansprüche in der vom Gericht festgelegten Form,
- für die Trennungszeit, aber eben nur für sie,
- denn in der Zwischenzeit ist die Ehe rechtskräftig geschieden.
- Ob sie dann noch Unterhalt für die Zeit nach Rechtskraft des Scheidungsbeschlusses geltend macht und geltend machen kann, folgt eigenen Regeln. In der beschriebenen Situation hat sie insoweit auf Unterhalt verzichtet.

Schadensberechnung für die Anwältin von Frau A.? Sicherlich ist Frau A. ein Schaden entstanden, weil RAin. B. nicht früher tätig geworden ist und Forderungen geltend gemacht und vor allem nicht darauf geachtet hat, den Betrieb des Scheidungsverfahrens zurückzustellen. Sie hätte auch niemals auf Rechtsmittel verzichten dürfen. Sonst ist wesentlich, dass die Entscheidung zum nahehelichen Unterhalt auf die Trennung der Parteien abstellen würde und bei zeitlicher Befristung also keine weiteren Ausfälle zu befürchten wären. Hat Frau A. ihren Unterhalt vielleicht sogar im Ehevertrag geregelt und für die Trennungszeit festgelegt, hat sie ohne Weiteres nachweisbare Ausfälle, für die ihre Rechtsanwältin einstehen muss. Gerade deshalb kann in dieser Situation (nicht nur empfehlenswert, sondern) geboten sein, **Rechtsmittel** einzulegen, um der Mandantin den Unterhalt (für die Trennungszeit) zu erhalten. Vor der Terminierung beim OLG hätte RAin. B. ihren Antrag zurücknehmen können, so dass auch die Kostenfolgen übersichtlich gewesen wären. Einzelheiten muss sie allerdings stets und wie sonst mit ihrer Mandantin besprechen, wobei sie auch auf die Risiken einer frühen Entscheidung durch das OLG mit nachteiligen Folgen hinweisen muss, dazu ausf. und wie hier (mit Fortwirken der einstweiligen Anordnung zum Trennungsunterhalt) Dose, Einstweilige Rechtsprechung in Familiensachen, Rz. 469 mit vielen weiteren Nachw.

7. Nichteheleliche Mutter

§ 1615 I BGB stattet die nichteheliche Mutter (ausnahmsweise auch: den nichteheliche Vater) mit eigenen Unterhaltsansprüchen aus, die allerdings durchgängig bis zur Vollendung des dritten Lebensjahres des Kindes befristet sind. Dabei ist der Wortlaut der Bestimmung anders gehalten als in § 1570 BGB, auch wenn sonst weitgehend Übereinstimmung gesucht wird, zu Einzelheiten und zur Veranlagung zum Trennungunterhalt Büte, FuR 2018, 394, denn beide Bestimmungen sind inzwischen aneinander angenähert. Doch bestehen immer noch Unterschiede, die zu Teilen zumindest kaum zu rechtfertigen sind. Auf der einen Seite ist, verfassungsrechtliche Vorgabe, das **nichteheliche Kind** ebenso auszustatten wie das eheliche Kind, **Art. 6 Abs. 5 GG**. Auf der anderen Seite ist aber nach wie vor die Vorstellung maßgeblich, nichteheliche Gemeinschaften dürften nicht in allen Punkten der ehelichen Gemeinschaft gleichgestellt werden,

- vgl. dazu auch den früheren Streit um den Unterhaltsanspruch des nichtehelichen Kindes (Mittelwerttheorie) und
- die jetzige Vorstellung, die nichteheliche Mutter träge keine „Treuepflicht“ gegenüber ihrem Partner, die über § 1611 BGB hinausreiche.

Tatsächlich unterscheidet sich allerdings die Lebenssituation von nichtehelichen Paaren im Verhältnis zu Eheleuten. „Gemeinsamkeiten“ im eigentlichen Sinne gibt es letztlich eben doch nicht. Wie weit Art. 6 Abs. 1 und 2 GG Vorgaben liefert, an denen sich § 1615 I BGB (anders als jetzt) ausrichten müsste, ist immer noch umstritten.

Unterhaltsforderungen der nichtehelichen Mutter orientieren sich an ihrem eigenen, früheren Einkommen, so dass sie in gewissem Maße Schadensersatzähnlich sind. Hatte sie keinen Verdienst, wird ihr ein Betrag von **880 Euro** zugeordnet, den der andere Teil ersetzen muss. Auf seine Einkünfte kommt es dagegen nicht an.

Beispiel: A. war mit B. in nichtehelicher Partnerschaft verbunden. Aus der Verbindung ist Karina hervorgegangen, in der Zwischenzeit knapp zwei Jahre alt. Nun hat sie C. kennengelernt, den sie heiraten möchte. Dabei sucht sie Rechtsanwalt F. auf, um sich zu erkundigen, ob sie das kann oder ob sie unterhaltsrechtliche Nachteile erleidet. F. sagt ihr,

- für den Kindesunterhalt müsse nach wie vor der nichteheliche Vater aufkommen, und das ist richtig,
- und er erklärt ihr, dass § 1586 BGB nur den geschiedenen Ehegatten entlaste, aber nicht den nichtehelichen Elternteil, so dass Unterhaltsansprüche trotz der Heirat für sie fortbeständen.

Der BGH sieht das anders, FamRZ 2005, 347, und wendet **§ 1586 BGB** „**analog**“ an, dazu auch Viefhues, FuR 2016, 27 (31). Hat F. nicht auf die (zumindest) zweifelhafte Rechtslage hingewiesen, und in der Fachliteratur war immer umstritten, ob § 1586 BGB so ohne Weiteres auch auf den Unterhaltsanspruch bei nichtehelicher Elternschaft anzuwenden ist, ist er zum Schadensersatz verpflichtet, denn seine Mandantin hat den Unterhaltsanspruch verloren. **Vorteilsausgleichung?** Immerhin hat B. einen Unterhaltsanspruch gegen ihren neuen Partner C. als Ehemann (nicht wegen Kindesbetreuung, aber in der Ehe, so sieht das der BGH). Was ist, wenn die nichteheliche Mutter einen Anspruch gegen den ersten Partner geltend machen kann, weil sie ein Kind von ihm hat, aber dann in der Zeit von drei Jahren ein weiteres Kind zur Welt bringt? **anteilige Haftung** beider, dazu Palandt/Brudermüller, § 1615 I BGB Rz. 27, wobei die jeweilige Quote aus den Verhältnissen zum einen oder zum anderen Vater zu ermitteln ist. Einleuchtend ist das nicht unbedingt. Beide Väter haben jedenfalls Anlass für die Unterhaltsbedürftigkeit der Mutter gesetzt, und beide sind dann eben auch für die entstehenden Folgen verantwortlich, wobei nach dem Alter der Kinder, der Betreuungsbedürftigkeit und den Einkünften zu differenzieren sein kann. Beim Kindesunterhalt wird die **Düsseldorfer Tabelle** maßgeblich.

Nach § 1586 a BGB leben Unterhaltsansprüche aus einer früheren Ehe wegen der Betreuung eines Kindes, § 1570 BGB, wieder auf, wenn der geschiedene Ehegatte nach erneuter Eheschließung (ebenfalls: erneut) geschieden wird, soweit nur die sonstigen Voraussetzungen aus dieser Bestimmung vorliegen, § 1586 a BGB. Mit dem Tode des Verpflichteten geht die Unterhaltspflicht auf den Erben als Nachlassverbindlichkeit über. Die Beschränkungen aus § 1581 BGB fallen weg. Der Erbe haftet jedoch nicht über einen Betrag hinaus, der dem **Pflichtteil** entspricht, der dem Berechtigten zustünde, wenn die Ehe nicht geschieden worden wäre, § 1586 b BGB. Diese Ansprüche bleiben bestehen, selbst wenn die Eheleute eine Unterhaltsabsprache getroffen haben, allerdings mit folgenden Einschränkungen:

- a. Gestaltet diese Vereinbarung nur die gesetzliche Unterhaltsverpflichtung aus, gilt § 1586 b BGB wie sonst.
- b. Bei von gesetzlichen Unterhaltsansprüchen unabhängigen, selbständigen Unterhaltsvereinbarungen ist entscheidend, ob sie nach dem Willen

der Vertragsparteien auch über den Tod des Verpflichteten hinaus gelten sollen, BGH, FamRZ 2004, 1546.

c. Deshalb ist sicherlich empfehlenswert, die Dinge genau festzuhalten und § 1586 b BGB in seinen Fernwirkungen in die vertraglichen Absprachen mit einzubeziehen, zu Einzelheiten Palandt/Brudermüller, § 1586 b BGB Rz. 9.

Wie steht es mit der nichtehelichen Mutter, die ihren früheren Partner, mit dem sie ein Kind hat, nun verlässt und sich einem anderen Mann zuwendet? Sie wird schwanger. § 1615 I BGB? Hat sie den Unterhaltsanspruch verwirkt? Was ist die Rechtsgrundlage? dazu Menne, NZFam 2019, 797 und OLG Frankfurt, NZFam 2019, 627 mit Anm. Löhnig. Sind die unterschiedlichen Maßstäbe bei § 1570 BGB, vgl. § 1579 Nr. 7, und § 1615 I BGB, vgl. dazu § 1611 BGB, gerechtfertigt? **Vorteilsausgleichung**? Schließlich hat sie einen Unterhaltsanspruch gegen Ihren Ehemann „hinzu erworben“.

8. Unterhaltsregress, insbesondere: des Scheinvaters

Beispiel: Elvira M., Krankenschwester, ist seit 18 Jahren mit dem Kameramann Klaus S. verheiratet. Aus der Ehe ist ein Kind hervorgegangen, Michael, in der Zwischenzeit fast 18 Jahre alt. Bei der Eheschließung gab es neben ihrem Ehemann noch einen weiteren Mann, mit dem sie eine Beziehung unterhielt. Dann hat sie sich aber für Klaus entschlossen. Sie war immerhin wenigstens der Meinung, aber nicht völlig sicher, dass Klaus auch der Vater des Kindes ist. Seitdem führen beide eine gute Ehe, wie sie meinen. Michael bewundert seinen Vater sehr, der (Amateur) in einer Jazzkapelle spielt und als Kameramann Reiseberichte für das Fernsehen aufnimmt. Im Laufe der Zeit bemerkt Klaus immer deutlicher, dass Michael keine besondere Ähnlichkeit mit ihm hat, weder äußerlich noch nach den Charakterzügen (wie er meint). Dabei stellt er Elvira zur Rede. Wie erwartet ergibt sich nun, dass Klaus nicht der Vater ist – und wie ebenfalls erwartet, darüber führen die Beteiligten Gespräche, ist leiblicher Vater sein bester Freund, der dies auch einräumt.

Klaus war während der Ehezeit als rechtlicher Vater zum Unterhalt verpflichtet. Tatsächlich aber hätte sein Freund, Peter, Unterhalt zahlen müssen, da er eben der leibliche Vater ist. Vaterschaftsanfechtung ist erfolgt. Damit steht rechtskräftig fest, dass Klaus nicht der Vater ist (seinem Sohn hat er aber schon zugesagt, ihn nach Abschluss der Angelegenheit zu adoptieren). Peter, der Freund, stellt seine Vaterschaft nicht in Frage, die sonst

- in einem eigenen Verfahren festgestellt werden könnte,
- wobei auch eine inzidente Prüfung beim Unterhalt zulässig ist, das hat der BGH so gesehen, teleologische Reduktion von § 1600 e Abs. 5 BGB, BGH, FamRZ 2008, 1424. Peter will auch keine größeren Streitigkeiten mit seinem Freund Klaus. Deshalb möchte er beraten werden, welchen Unterhalt er „nachzahlen“ muss. Nach § 1613 BGB bestehen Unterhaltsverpflichtungen für die Vergangenheit in der Regel nicht. Allerdings konnte Michael Forderungen gegen seinen (leiblichen) Vater nicht durchsetzen, solange nicht festgestellt war, wer Vater ist und die rechtliche Vaterschaft von Klaus fortbestand. Folglich muss Peter für den gesamten Zeitraum eintreten, kein **Ausschluss** von Ansprüchen, keine **Verjährung**, keine **Verwirkung**,

denn der Regressanspruch des Scheinvaters aus § 1607 Abs. 3 S. 2 BGB unterliegt (nur) der regelmäßigen Verjährungsfrist von drei Jahren, § 195 BGB. Diese Frist beginnt mit dem Schluss des Jahres zu laufen, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger, also der Scheinvater, von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen können, § 199 Abs. 1 BGB. Wäre Peter nicht zur Mitwirkung bereit und hätte Klaus keine verlässlichen Anhaltspunkte, gegen wen er seine Forderungen richten könnte, hätte Klaus

- wohl keine **Auskunftsansprüche** gegen das Kind, wobei ohnehin nicht zu sehen ist, welche Auskünfte er so erhalten könnte,
- und das Kind müsste sich auch nicht Kenntnis der Mutter (gesetzliche Vertreterin) zurechnen lassen,
- aber wohl gegen die Mutter, § 823 BGB oder vielleicht sogar § 826 BGB,
- wobei auch ein eigener familienrechtlich geprägter Auskunftsanspruch in Frage käme, so hat das der BGH zunächst gesehen, allerdings inzwischen eine Regelungslücke entstanden ist, weil das BVerfG, FamRZ 2015, 729 eine solche Auskunftsverpflichtung der Mutter durch richterliche Fortbildung nicht für zulässig gehalten hat (so dass der Gesetzgeber eine entsprechende Grundlage schaffen muss, aber das ist bisher nicht geschehen, dazu Frank, FamRZ 2017, 162 und Wellenhofer, FamRZ 2016, 1718). Frühere Pläne sind jedenfalls nicht fortgeführt worden.

Die Höhe der Ansprüche des Scheinvaters gegen den biologischen Vater bemisst sich zunächst nach den Unterhaltsleistungen, die der rechtliche Vater erbracht hat. Allerdings hat dieser mit dem Kind zusammengelebt und für den alltäglichen Lebensbedarf gesorgt. Dann wird eine „fiktive“ Bewertung notwendig, die nach seinen Einkünften Unterhaltsforderungen bestimmt, dazu BGH, FamRZ 2019, 112 und Maurer, FamRZ 2019, 94 (für den Mindestbedarf ist der Antragsteller beweispflichtig, der nun Forderungen gegen den tatsächlichen Unterhaltsschuldner stellt; dieser wiederum muss seine Leistungsfähigkeit bzw. seine fehlende Leistungsfähigkeit nachweisen). Im Übrigen bleibt die Leistungsfähigkeit des biologischen Vaters auch für den Unterhaltsregress Voraussetzung, der bei „fortwährender Leistungsunfähigkeit“ keinen Unterhalt schuldet oder geschuldet hätte, KG, FamRZ 2000, 441, und BGH, FamRZ 2019, 212, vgl. auch Huber, FamRZ 2004, 146 (147). Andere Kosten können hinzukommen, etwa **Sonderbedarf** des Kindes, Kosten der Erstausrüstung, **Verfahrenskosten** (Rechtsanwalt und Gericht) u.ä. **Vorteilsausgleichung?** § 1613 Abs. 3 BGB weist immerhin in diese Richtung, dazu auch OLG Schleswig, FamRZ 2007, 2102 (2103). Letztlich sind sämtliche Umstände auf beiden Seiten umfassend zu würdigen, Huber, FamRZ 2004, 145 (148). Nach § 1607 Abs. 4 BGB kann der Übergang des Unterhaltsanspruchs nicht zum Nachteil des Unterhaltsberechtigten geltend gemacht werden. Ob auch Dritte ohne Unterhaltspflicht entsprechenden Rückgriff nehmen können, ist unsicher, aber § 1607 BGB gibt ihm keine Ansprüche (sonst: Bereicherungsrecht oder Geschäftsführung ohne Auftrag u.ä.).

Vor einigen Jahren sind Reformpläne zum Unterhaltsregress (insbesondere: des Scheinvaters) diskutiert worden. Dabei sollte, weil das BVerfG der richterrechtlichen Fortbildung von Auskunftspflichten der Mutter über ihre intimen Geheimnisse den Boden entzogen hat, zunächst eine entsprechende Vorschrift eingeführt werden, die sie in die Pflicht nehmen sollte. Vor allem aber sollte die Rückgriffsforderung auf einen Zeitraum von **zwei Jahren** beschränkt werden. Gerade dies stand dann aber auch heftig in der Kritik, so dass nichts weiter geschehen ist. Vielleicht ist die Frist auch zu kurz bemessen, vgl. im Einzelnen BR-Drucks. 493/16 (richtiger vier oder fünf Jahre, noch richtiger wohl: keine Sperrgrenze, sondern fließende Übergänge und Abwägung im Einzelnen, dazu jetzt auch BGH zu Art. 13 Nr. 1 EGBGB – Stichwort: Kinderehe -, Vorlage an das BVerfG, zugegeben, in ganz anderem Zusammenhang). In diesem komplizierten Geflecht sind anwaltliche Fehler an vielen Stellen möglich, bei der **Vaterschaftsanfechtung** und ihren Voraussetzungen, bei der inzidenten Feststellung der Vaterschaft im **Unterhaltsverfahren**, bei der Bewertung von Auskunftspflichten der Mutter oder des Kindes gegenüber dem rechtlichen Vater, bei der Wahl der Rechtsgrundlage für den Regressanspruch und bei der Bemessung im Einzelnen (und bei der Bewertung der unbilligen Härte). An den rechtlichen Gegebenheiten muss sich der Anwalt bei seiner Beratung orientieren.

9. Abfindung

Unterhaltszahlungen fallen schwer. Manche Pflichtigen muten sich jeden Monat wieder eine einzelne Überweisung zu und erteilen keinen Dauerauftrag, die sie dann auch noch mit entsprechenden Vermerken versehen. **Einmalige Zahlungen** können ihnen dann vorteilhaft erscheinen. Aber:

- a. **Abfindungsbeträge** zum Unterhalt müssen die tatsächlichen Verhältnisse erfassen, also vor allem die Bedürftigkeit der Ehefrau (erzieht sie Kinder, welche Möglichkeiten hat sie?) und die Leistungsfähigkeit des Ehemannes.
- b. Unterhalt für minderjährige Kinder kann von vornherein nicht durch eine einmalige Abfindung erledigt werden.
- c. Manchmal klingt wohl gerade für den Berechtigten verlockend, einen einmaligen Geldbetrag zu erhalten und von da an für sich selbst sorgen zu müssen. Auf die weiteren Zusammenhänge achtet er nicht. Was ist, wenn die Pläne, die bestehen, sich nicht verwirklichen lassen? Das Kind wird krank. Letztlich kann sich sogar die **Arbeitsagentur** oder eine andere Stelle, die **öffentliche Unterstützungsleistungen** erbringt und erbringen soll, auf den Standpunkt stellen, dass

- ein Ehegatte auf einen an sich durchsetzbaren Unterhaltsanspruch verzichtet hat,
- dieser Verzicht aber unwirksam ist, weil nun der Leistungsträger einspringen soll, § 138 Abs. 1 BGB (schwierig zu beweisen).
- Umgekehrt können sich aber besondere Risiken für den Teil ergeben, der die **Abfindung** zahlen soll.

Beispiel: Frau F. ist seit längerer Zeit mit Herrn M. verheiratet. Aus der Ehe sind die beiden Kinder Alexandra, 3,5 Jahre alt und Elisabeth, 5 Jahre alt, hervorgegangen, die von der Mutter versorgt werden. M. verdient recht gut, etwa 6.000 Euro netto im Monat. F. hat Sozialpädagogik studiert, ihr Studium aber während der Ehezeit abgebrochen. Nun bietet ihr ihr Mann 50.000 Euro als Abfindung für Zugewinnausgleich und Unterhalt an, will aber weiterhin Kindesunterhalt zahlen. Weder F. noch M. haben eine genauere Berechnung angestellt, die sie hätten anstellen müssen (und der Anwalt, der sie jeweils berät, muss sich mit Einzelheiten auseinandersetzen):

a. Wie bei jeder anderen Ermittlung von Unterhaltsforderungen (und Belastungen) ist zunächst das Einkommen von Herrn M. festzustellen, also 6.000 Euro (mit einigen Abzugspositionen vielleicht noch, vor allem aber für den Kindesunterhalt, der sich im Laufe der Zeit verändert).

b. Dann lässt sich errechnen, welchen Unterhaltsanspruch Frau F. haben wird. Im Augenblick kommt sie für die Kinder auf, und nach üblicher Praxis muss sie anschließend halbtags erwerbstätig werden, etwa wenn das jüngere Kind in die Schule kommt (und die Verhältnisse nicht ganz anders sind und sie schon früher arbeiten gehen musste), während eine ganztägige Arbeit ihr erst „zugemutet“ werden kann, wenn die Kinder in der weiterführenden Schule sind (mit einer gewissen Übergangszeit). Dabei können sich noch Abweichungen ergeben, je nachdem, wie die Verhältnisse insgesamt sind und wieweit Frau F. tatsächlich in angemessener Form verdienen kann. Sie ist 32 Jahre alt.

Grob gerechnet könnte sie vielleicht von 4.000 Euro 3/7 als Unterhalt verlangen, gegenwärtig sicherlich noch für **drei Jahre**, danach dann weniger, und das Ende der Unterhaltsverpflichtung von Herrn M. lässt sich kaum absehen. Mit einer Abfindung übernimmt F. alle Risiken.

c. Kurz nach der Scheidung lernt Frau F. B. kennen. Zu ihm unterhält sie zunächst ein enges Liebesverhältnis. Nach 1,5 Jahren heiratet sie. M. hätte für sie keinen Unterhalt mehr zahlen müssen. Doch hat er eine **Abfindung** geleistet. Sie kann er nicht zurückfordern, auch nicht teilweise, etwa mit der Begründung, für ihn sei die „**Geschäftsgrundlage**“ weggefallen. Allenfalls könnten die Beteiligten in ihrem Vertrag vereinbaren, dass

- sie davon ausgehen, F. werde „in den nächsten sechs Jahren“ nicht heiraten,
- im Übrigen sei die Abfindung nur vor diesem Hintergrund zu verstehen und
- F. von dem gezahlten Betrag von 50.000 Euro Teile zurückzahlen müsse, wenn sie eine Ehe eingehe (oder eine angemessene Erwerbstätigkeit finde, pro Jahr also $50.000 \text{ Euro} : 6 = 8.333,33 \text{ Euro}$).

- Wer lässt sich aber auf solche Regelungen ein? Für F. ist (ziemlich sicher) besser, ihren Unterhaltsanspruch geltend zu machen und sich nicht auf Absprachen mit ihrem Mann einzulassen (wenn sie nicht ohnehin schon vor hat, die Dinge nach ihren Vorstellungen so wie gerade beschrieben zu „gestalten“, wobei dann § 123 BGB ins Spiel kommen kann).
- Berät der Anwalt falsch und macht auf die Risiken nicht aufmerksam, kann er schadensersatzpflichtig werden.

V. Güterrecht; Nebengüterrecht

Für die Berechnung **güterrechtlicher** Rechtsfolgen, die sich zunächst nach den gesetzlichen Vorschriften der Zugewinnngemeinschaft richtet, können weitere Leistungen und Verpflichtungen der Eheleute untereinander wichtig werden,

- insbesondere **Unterhalt** und seine Berechnung,
- aber auch **Gesamtschuldnerausgleich** und
- **Nutzungsentschädigung**, die in die Abrechnung jeweils einzustellen sind.

1. Nutzungsentschädigung, Gesamtschuldnerausgleich – eheliches Güterrecht

Beispiel: Frau A. macht **Unterhalt** für die Dauer des **Getrenntlebens** gegen ihren Mann geltend, wobei beide die Unterhaltspflicht des Mannes nicht in Frage stellen, aber über die Höhe der Forderungen von Frau A. streiten. Scheidungsantrag ist noch nicht anhängig. Herr A. schließt mit seiner Frau im Verfahren bei Gericht folgenden Vergleich:

- Für die Dauer des Getrenntlebens bis längstens xy zahlt er monatlichen Unterhalt in Höhe von 1.200 Euro (Elementarunterhalt, Krankenvorsorgeunterhalt und Altersvorsorgeunterhalt) an seine Frau.
- Sollte das Scheidungsverfahren bis dahin nicht abgeschlossen sein, werden sich die Beteiligten über den Unterhalt erneut verständigen.
- Auf die Unterhaltsrückstände zahlt er einen (rechnerisch so richtigen) Betrag von 18.400 Euro.
- Entsprechende Kostenregelung.
- Diese Zahlungen leistet er. Danach stellt er Scheidungsantrag. Bei der Berechnung des Zugewinns wird der Betrag, den er seiner Frau überwiesen hat, berücksichtigt, weil sein Vermögen entsprechend geringer geworden ist. Bei ihr wird daher diese Summe als „**Zufluss**“ eingestellt und im Endvermögen aktiviert. Begründung: Hätte Herr A. rechtzeitig gezahlt, hätte er ebenfalls ein geringeres Endvermögen gehabt. Frau A. hätte, wenn sie Unterhalt erhalten hätte, die Ausgaben nicht bestreiten müssen, die ihr Endvermögen tatsächlich belasten oder belastet haben. Das bedeutet, dass bei ihm 18.400 Euro „weniger“ im Endvermögen vorhanden sind, bei ihr (im besten Fall für den Ehemann) 18.400 Euro mehr. Tatsächlich haben sich die Eheleute dann um die Frage gestritten, ob die Frau
- bei Verwandten **Darlehen** aufnehmen durfte,

- um die Unterhaltsausfälle auszugleichen,
- denn so hat sie nur wieder Verbindlichkeiten, die sie abziehen könnte.

Richtig? **Doppelverwertung**? Was hätte der Anwalt von Frau A. tun können? Unter welchen Voraussetzungen ist er schadensersatzpflichtig? Wie hätte er seine Mandantin beraten sollen? Selbst rechtzeitig Scheidungsantrag stellen? Was ist, wenn dies aus den Gründen der §§ 1565, 1566 BGB nicht möglich gewesen ist? Schadensersatz? In welcher Form? Jedenfalls hätte er auf die Zusammenhänge und Risiken hinweisen müssen. Vielleicht hätte er raten sollen, die Zahlungspflicht hinauszuschieben, aber dann hätte man darüber streiten können, ob die „Aussicht“ der Ehefrau und die „potenzielle Schuld“ des Ehemannes beim Zugewinn eine Rolle gespielt hätten.

2. Nutzungsentschädigung, Wohnwert, Unterhalt

Bei der Unterhaltsberechnung für einen Ehegatten gegen den anderen kann der **Wohnwert** der von diesem bewohnten, aber im gemeinsamen Eigentum beider Partner stehenden Ehwohnung als zusätzliches Einkommen eine Rolle spielen, für die Dauer des Getrenntlebens als **subjektiver Wohnwert**, danach ausgerichtet an den **objektiven Marktgegebenheiten**, objektiver Wohnwert. Herr A. hat bisher die Verbindlichkeiten für die Wohnung alleine getragen. Hat er sie beim Unterhalt berücksichtigt, kann er keinen weiteren Ausgleich verlangen, obwohl die Rechnung so nicht völlig aufgeht – 3/7 gegen 50 Prozent. Ist das nicht der Fall, muss sich Frau A. im Wege des **Gesamtschuldnerausgleichs** nach der Trennung hälftig beteiligen, wenn die Eheleute nicht ausdrücklich andere Absprachen getroffen haben (oder diese sich stillschweigend aus den sonstigen Verhältnissen ergeben), insbesondere wenn sie mit ihrem Ehemann zusammen Eigentümerin ist. Ist sie das nicht und ist er alleiniger Eigentümer, kann er

- den Gesamtaufwand für die Wohnung bei der Unterhaltsberechnung in Abzug bringen,
- allerdings nur bis zur Zustellung des Scheidungsantrages,
- weil er danach Tilgung nur noch für sich selbst leistet und so Vermögen bildet,
- an dem die Frau nicht mehr teilnimmt, weil sie weder Eigentümerin ist noch über den Zugewinnausgleich Ansprüche hat.

Von der Trennung an und für die Zukunft ist jedenfalls die bisherige Grundlage für die alleinige Übernahme der Kosten durch den Mann weggefallen (und im Übrigen kann er, wenn er keine Ausgleichsforderungen mehr stellen kann, weil er selbst Eigentümer ist, Nutzungsentschädigung verlangen). Allerdings können sich beide darauf einigen, wenn Frau A. nur beschränkt leistungsfähig ist, später den aufgelaufenen Betrag beim Zugewinnausgleich und der rechnerisch zunächst ermittelten Ausgleichsforderung für sie in Abzug zu bringen. Gesamtschuldnerausgleich muss nicht geltend gemacht werden. **Nutzungsentschädigung** setzt dagegen ausdrückliches ein Verlangen voraus. Stehen sich beide Forderungen gegenüber, ist das anders. Dann kann die Nutzungsentschädigung, die offensteht, als Begrenzungsfaktor beim Gesamtschuldnerausgleich eingesetzt werden, **Verrechnung**, § 242 BGB, so dass weitergehende eigene Ansprüche nach wie vor ausgeschlossen sind oder sein

können, dazu BGH, XII ZR 108/17 nach BGH, FamRZ 1993, 676 und BGH, FamRZ 2015, 1272 (in diesem Fall: für die **nichteheliche Lebensgemeinschaft**). Wie ist es beim Unterhalt und Nutzungsentschädigung? Unterhalt muss geltend gemacht werden, Nutzungsentschädigung auch – Verrechnung? oder bekommen beide nichts? Das Ergebnis ist gleich.

Beispiel: Herr A. wohnt in der gemeinsamen Wohnung. Von seiner Frau verlangt er im Rahmen des Scheidungsverfahrens Gesamtschuldnerausgleich, auch für die zurückliegenden Monate. Frau A. hat bisher keine Nutzungsentschädigung geltend gemacht. Daher kann sie aufrechnen. Ist das auch bei Unterhaltsrückständen zulässig, wenn Nutzungsentschädigung offen steht, aber nicht verlangt ist? Fraglich.

Beispiel: Frau A. verlangt Trennungsunterhalt. Herr A. will ihr den Wohnwert der Wohnung zurechnen, gleichzeitig verlangt er (nun) Nutzungsentschädigung. **Doppelverwertung?** Wohl kaum, denn der Wohnwert erfasst den eigenen Anteil von Frau A., wenn sie Miteigentümerin ist, während sich Nutzungsentschädigung auf die Nutzung des Anteils von Herrn A. bezieht. Im Übrigen will er mit Gesamtschuldnerausgleich bzw. Nutzungsentschädigung gegen den Trennungsunterhalt aufrechnen. Kann er das, obwohl er zumindest Nutzungsentschädigung nicht rechtzeitig verlangt hat? Welche Ersatzpflichten treffen den Anwalt, wenn er die Dinge nicht ordentlich voneinander trennt? Im Einzelnen sind die Positionen abzurechnen, und für die Ausfälle, die der Mandant erleidet, hat er (wohl) einzustehen, wenn er nicht vorher und ausführlich mit seinem Mandanten die Dinge erörtert und eine Lösung herbeigeführt hat, die auch durchaus Verluste des eigenen Mandanten einschließen kann. Immerhin sind letztlich die persönlichen Verhältnisse der Eheleute untereinander entscheidend. Schließlich kann er entscheiden, so dass er ein besonderes Interesse daran haben kann, das Verhältnis zu seiner Ehefrau (und vielleicht zu Kindern) nicht zusätzlich zu belasten, Gesichtspunkte, die bei der Anwaltsberatung häufig viel zu kurz kommen. Nochmals: Unterhalt, Nutzungsentschädigung und Gesamtschuldnerausgleich (weniger: Zugewinn) stehen in einem wechselseitigen Verhältnis, das jederzeit berücksichtigt werden muss!

Auch sonst ist darauf zu achten, dass Verbindlichkeiten, die die Eheleute untereinander haben, oder Forderungen, die ihnen gegen den jeweils anderen zustehen, beim Zugewinnausgleich zu berücksichtigen sind.

Beispiel: Frau A. schuldet Herrn A. aus einer früheren Leistungszusage (Darlehen, insbesondere für eine Schuldübernahme durch ihn) einen Betrag von 30.000 Euro. Die Forderung ist bei ihr beim Zugewinn als Verbindlichkeit einzustellen, bei Herrn A. aber als Anspruch. Also hat Frau A. 30.000 Euro geringeren Zugewinn, weil sie ihrem Mann gegenüber verpflichtet ist, Herr A. aber 30.000 Euro mehr, weil er gegen seine Frau keinen Anspruch hat. Forderung und Verpflichtung werden daher über das eheliche Güterrecht praktisch wieder ausgeglichen, zusätzlich zu den Beträgen, die Frau A. aus anderem Rechtsgrund schuldet. Wie ist es, wenn Herr A. zunächst Zugewinnausgleich geltend macht und Frau A. übersieht, dass sie ihre Verpflichtungen ihrem Mann gegenüber beim Zugewinnausgleich berücksichtigen kann? Herr A. verlangt nachträglich – aus diesem anderen Grund - diesen Betrag mit anderem Rechtsgrund,

den er ihr bereitgestellt hat. Das Verfahren zum Zugewinn ist erledigt (oder der Zugewinn in anderer Form ausgeglichen), die Sache ist damit abgeschlossen, und der Ausgleich ist gezahlt. **§ 242 BGB?** Hätte Frau A. richtig gerechnet, hätte sie jetzt nichts mehr bezahlen müssen, aber diesen Einwand kann sie nur unter sehr engen Voraussetzungen nach § 242 BGB geltend machen. Letztlich bleiben Schadensersatzforderungen gegen den eigenen Anwalt, der die Dinge übersehen oder nicht richtig bewertet hat.

Und nochmals: Wird Nutzungsentschädigung verlangt, kann bei der Unterhaltsberechnung für den Anspruchsteller **zusätzlicher Bedarf** entstehen, wenn die sonstigen Einkünfte nicht mehr ausreichen, um die eigenen Bedürfnisse zu decken. Beim Leistungspflichtigen kommt weiteres Einkommen hinzu, weil er die Nutzungsentschädigung erhält, die die bei ihm anzurechnenden Gesamteinkünfte erhöht. Wiederum bestehen innere Zusammenhänge zwischen Nutzungsentschädigung, Wohnwert und sonstigen Forderungen aus Nebengüterrecht oder aus Güterrecht.

3. Anfangsvermögen, Ermittlung, Auskunftspflichten

Nach § 1374 Abs. 1 BGB ist **Anfangsvermögen** das Vermögen, das einem Ehegatten nach Abzug der Verbindlichkeiten beim Eintritt des Güterstandes gehört, also zum Zeitpunkt der Eheschließung. Abs. 3 legt fest, dass Verbindlichkeiten über die Höhe des Vermögens hinaus abzuziehen sind, so dass, wenn ein positives Endvermögen übrig bleibt, das ist immer Voraussetzung, auch Schuldentilgung berücksichtigt werden kann.

Beispiel: Frau A. hat bei Beginn der Ehe 100.000 Euro Schulden. Am Ende hat sie 100.000 Euro Überschuss. Ihr Zugewinn beträgt 200.000 Euro, an dem der Mann, wenn er keinerlei Zugewinn erzielt hat, mit 100.000 beteiligt wäre. Insoweit muss sie ihm den gesamten Bestand überlassen, weil eine „Kappungsgrenze“, die Ausgleichsansprüche auf die Höhe des letztlich vorhandenen Vermögens beschränken wollte, nach Erörterungen im Gesetzgebungsverfahren dann eben doch nicht eingeführt worden ist.

Zum **Anfangsvermögen** bestehen anders als nach den früheren Vorschriften (vor 2009) **Auskunftspflichten**, § 1379 BGB, so dass Auskunft zu erteilen ist

- für das Anfangsvermögen, Nr. 2,
- für das Endvermögen, ebenfalls Nr. 2,
- aber auch für das **Vermögen** zum Zeitpunkt der **Trennung**. Dabei ist präziser Sachvortrag notwendig, den die Gegenseite bestreiten kann. Jedenfalls ist ein bestimmter Zeitpunkt zu nennen, für den auch Be-

weis zu erheben ist, wenn Beweis angeboten wird. Im Übrigen kann der auskunftsberechtigte Teil seinen Vortrag anpassen, wenn er die Darstellung des anderen nun auch für richtig hält und sie übernehmen will. Seine Angaben müssen sich wie sonst allerdings auf bestimmte Vorgänge bei der Trennung beziehen. Jedenfalls ist er **beweispflichtig**.

- Auskunftsansprüche zum Trennungsvermögen können schon vor Einleitung des Scheidungsverfahrens verfolgt werden, § 1379 Abs. 2 S. 1 BGB, aber eben nur bezogen auf den **Trennungszeitpunkt**, der häufig aber zwischen den Beteiligten umstritten ist (das KG hat einmal schön formuliert, die Trennung sei ein „fließender Prozess“, für den kein eindeutiges Datum festzustellen sei), nicht zum Anfangs- oder zum Endvermögen. Im Übrigen bestehen solche Auskunftspflichten (und Ansprüche) auch nach Einleitung des Scheidungsverfahrens „erneut“.
- Auf Anforderung sind Belege vorzulegen, weitere Einzelheiten in § 1379 Abs. 1 S. 2 BGB, wobei jeder Ehegatte zudem verlangen kann, dass er bei der Aufnahme des ihm nach § 260 BGB vorzulegenden Verzeichnisses hinzugezogen und dass der Wert der Vermögensgegenstände und der Verbindlichkeiten ermittelt wird.
- Die Angaben des Ast. müssen so genau sein, dass, wenn er eine entsprechende gerichtliche Entscheidung erhält, **Vollstreckung** möglich ist.

Ob darüber hinaus und weiterhin Auskunftsansprüche nach **§ 242 BGB** bestehen, ist umstritten, aber sie können wichtig werden, um illoyale Vermögensverfügungen nach § 1375 Abs. 2 BGB zu ermitteln, denn § 1375 Abs. 2 S. 2 erfasst nur Verschiebungen zwischen **Trennungszeit** und **Zustellung des Scheidungsantrages** (wobei, auch das wird manchmal übersehen, sich die Umkehr der Beweislast ohnehin nur auf die **Angaben** des ausgleichspflichtigen Teils bezieht, nicht auf die „**Wirklichkeit**“).

Beispiel: Frau A. und Herr A. streiten über die Höhe des Trennungsunterhalts, den Frau A. (vielleicht) haben könnte. Sie hat gut verdient, ihre Tätigkeit aus einem Anstellungsverhältnis dann aber wegen der Betreuung einer dreijährigen Tochter eingeschränkt. Gleichzeitig hat sie aber eine noch besser bezahlte „Anstellung“ in selbständiger Tätigkeit über-

nommen. Aus ihr hat sie monatlich durchschnittlich 5.000 Euro bezogen, wobei sie der Auffassung ist, diese Einkünfte seien „überobligationsmäßig“ (passt kaum – wer so viel verdient, wird auch entsprechend arbeiten müssen, und Frau A. hat offensichtlich die Betreuung der Tochter zurückgestellt). Im Streitverfahren bei Gericht einigen sich die Beteiligten auf einen Vergleichsbetrag von 18.400 Euro rückständigen Trennungsunterhalts, den Herr A. zahlen soll. Dabei gehen sie von Einkünften von Frau A. aus, die deutlich unter den Beträgen liegen, die ihr Mann ihr eigentlich zurechnen will (weil er wenigstens teilweise einräumt, dass Frau A. ja auch die gemeinsame Tochter versorgen musste). Dann trennen sich die Beteiligten endgültig. Bei der Auskunft zum Trennungszeitpunkt und zum Endvermögen ergibt sich, dass

- Frau A. die Unterhaltszahlungen von 18.400 Euro, die sie von ihrem Mann erhalten hat, zur Anrechnung bringt,
- Im Übrigen aber nur einen Teil des Einkommens, den ihr Mann aus diesen Angaben nicht ermitteln kann, das sie durch ihre **selbständige Tätigkeit** erzielt hat, ohne genaue Beträge zu nennen.
- Denn sie rechnet sich hohe Steuerschulden zu, die sie dem Finanzamt gegenüber zu erfüllen hat und die mit den Beträgen, die sie zugesteht, nicht übereinstimmen (können). Ist sie für Vorgänge, die vor dem Trennungszeitpunkt liegen, auskunftspflichtig? **§ 242 BGB? Illoyale Vermögensverfügungen?** Anhaltspunkte dafür? Oder sind weitergehende Auskunftsansprüche durch die weitergehende Verpflichtung erledigt und ausgeschlossen, Auskunft zum Trennungsvermögen erteilen zu müssen?

4. Indexierung der Forderung

Ist das Anfangsvermögen ermittelt, ist dieser Betrag im üblichen Rahmen zu **indexieren**, um Wertverluste durch unechte Wertsteigerung auszuschalten. Dabei ist darauf zu achten, dass **Indexzahlen** nicht nur für das betroffene Jahr herangezogen werden, die in der Kommentarliteratur veröffentlicht sind, sondern die **monatlichen Quotienten** nach den Veröffentlichungen des Statistischen Bundesamtes, im Internet erhältlich.

Ist das Anfangsvermögen auch entsprechend zu indexieren, wenn negative Bestände nachgewiesen sind? In welche Richtung? Über diesen Punkt wird seit 2009 heftigst gestritten. Was spricht dafür, was dagegen?

In diesen Zusammenhängen sind Fehler bei der anwaltlichen Tätigkeit in unterschiedlicher Form möglich. Sie sind auch verbreitet. Güterrechtliche Auseinandersetzungen ziehen sich häufig über lange Zeiten hin. Manchmal sind die Auskünfte, die der eigene Mandant erteilt, fragwürdig und kaum zu verwenden. Der Anwalt muss immer wieder nachfragen. Dabei kann er sich nicht darauf beschränken, die Aufstellung einfach weiterzugeben, die er erhält. Vielfältige Nachfragen sind notwendig. Alle Einzel-

heiten muss er mit seinem Mandanten erörtern. Für Schäden, die diesem so entstehen, ist er jedenfalls verantwortlich (weil die Aufstellung unvollständig ist). Seine Verpflichtung erledigt er dagegen in ausreichender Form, wenn er immer wieder darauf drängt, ihm nun wirklich vollständige und vernünftige Angaben zu liefern, der Mandant aber nichts oder nicht das tut, was er tun soll. Dann sind auch dem Anwalt die Hände gebunden, obwohl er weiß, dass das was er erledigt, unvollständig ist. Wie steht es bei negativem Anfangsvermögen? Indexierung? Dann in die Gegenrichtung!

5. § 1365 BGB – Teilungsversteigerung einer Immobilie

Nach § 1365 BGB sind Verfügungen über das Vermögen im Ganzen nur mit Zustimmung des anderen Ehegatten zulässig, wobei

- umstritten ist, ob und unter welchen Voraussetzungen die Weggabe einzelner Vermögensgegenstände ausreicht, Gesamtheorie gegen Einzeltheorie,
- nur das **Verfügungsgeschäft** erfasst ist oder auch die zugrunde liegende **Verpflichtung** und
- welche **subjektiven Voraussetzungen** beim Empfänger vorliegen müssen. Durchgesetzt hat sich eine **vermittelnde Theorie**. Sie nimmt eine Abwägung nach „Wesentlichkeitsgrundsätzen“ vor. Bei geringem Vermögen kann schon die Weggabe eines einzelnen, für sich nicht sehr wertvollen Gegenstandes § 1365 BGB erfüllen. Bei größeren Vermögenswerten wird durchgängig darauf abgestellt, dass etwa ein **Drittel** verbleibt. Ziel von § 1365 BGB ist jedenfalls die Absicherung der Ausgleichsforderung, die beim Zugewinn eine Rolle spielt.

§ 1365 BGB kann insbesondere bei Verfügungen über Immobilien wichtig sein, auch in der **Teilungsversteigerung**. Stimmt der Ehegatte nicht zu, kann der andere nur nach § 1365 Abs. 2 BGB vorgehen und behaupten, dass das Rechtsgeschäft den Grundsätzen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft entspricht. Dann kann das FamG die fehlende Zustimmung ersetzen. Allerdings werden die Voraussetzungen selten vorliegen, zu § **1365 BGB** und der beantragten Teilungsversteigerung des gemeinsamen BGH, FamRZ 2007, 1634 und ausf. Kogel, FamRZ 2012, 290. Bleibt der Ehegatte, der den Antrag gestellt hat, bei seinen Plänen, kann der andere

bei Gericht nach § 771 ZPO vorgehen, vielleicht auch nach § 766 ZPO, BGH, FamRZ 2007, 1634. Zuständig ist jedenfalls das FamG, OLG München, FamRZ 2000, 365 und OLG Hamburg, FamRZ 2000, 1290. Für den Anwalt können so beträchtliche **Ersatzverpflichtungen** entstehen, wenn er die **Teilungsversteigerung** vielleicht sogar empfohlen oder zumindest von ihr nicht abgeraten hat. Denn der Gegenstandswert der gerichtlichen Auseinandersetzung bezieht sich auf den gesamten Wert der Immobilie, Kostenersatz, weitere Einzelheiten unten VI. 8. Auch bei sonst unrichtiger Beratung zu § 1365 BGB drohen erhebliche Haftungsrisiken, etwa zu den Voraussetzungen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft, wiederum

- für den eigenen Mandanten, der die Immobilie veräußern will, Schadensersatzverpflichtungen für die Prozesskosten, wenn sich der Gegner wehrt
- und sonst, wenn er § 1365 BGB „einfach“ übersieht, die Ausfälle, die entstehen können, weil Vermögenswerte weggegeben sind und beim Zugewinnausgleich nicht mehr bereitstehen.
- Antrag auf vorzeitige Beendigung der Zugewinnngemeinschaft gilt auch zum Ende der Verfügungsbeschränkung aus § 1365 BGB.

Beispiel: Frau A. macht Ausgleichsansprüche aus Zugewinn geltend, über deren Höhe sie aber mit ihrem Ehemann seit längerer Zeit erbittert streitet. Er ist an einer Immobilie in der Moselstraße in Frankfurt beteiligt und Miteigentümer eines Hotels in der Hanauer Landstraße. Zudem hat er wohl weitere Vermögenswerte über die er aber keine Auskunft erteilt. Er ist der Auffassung, dass sich die Eheleute schon 2007 getrennt hätten (Heirat: 2004), während die Ehefrau tatsächlich erst 2014 ausgezogen ist, als sie erfuhr, dass ihr Ehemann

- seit Jahren ein Liebesverhältnis zu einer anderen Frau unterhält und
- aus dieser Verbindung zwei Kinder hervorgegangen sind.

In welcher Form kann sie Sicherung ihres (vermeintlichen) Ausgleichsanspruchs betreiben? **Arrest** oder **einstweilige Verfügung**? Inzwischen erfährt sie, allerdings in einer nicht beweisbaren Form, dass ihr Mann den Anteil an der Immobilie in Frankfurt verkaufen will. Reicht das aus, um eine entsprechende Sicherheit zu erwirken? **Gegenstandswert**? Ersatzverpflichtungen des Anwalts? **§ 1365 BGB**? Auch dann, wenn Herr A. eine weitere, recht wertvolle Immobilie hat (und noch Miteigentümer eines kleineren Hauses in der Nähe von Frankfurt ist)? Einzelheiten muss der Anwalt zumindest mit seiner Mandantin erörtern, die dann selbst entscheidet, was sie veranlasst (und auf die erheblichen Kostenrisiken muss er hinweisen). Entscheidet sie sich dann, ihm den Auftrag zu erteilen, Forderungen durch Arrest zu sichern (ohne Bezifferung kaum möglich), trägt sie die Folgen. Widerspruch gegen die Eintragung im Grundbuch?

Nach mazedonischem Recht endet die Errungenschaftsbeteiligung mit der „Trennung“ der Eheleute bzw. der tatsächlichen Beendigung ihrer Gemeinschaft, für die das Zusammenleben mit einem anderen Partner Indiz sein kann. Worauf könnte sich der Widerspruch beziehen? 2007 war der Ehemann nahezu vermögenslos, aber 2011 verfügt er über die Werte, die die Ehefrau ihm jetzt gern zurechnen möchte.

Weiteres Beispiel: Ilka S., 34 Jahre alt, Werbegrafikerin, heiratet im August 2018 Michael, Verwaltungsangestellter. Anfang 2018 erbt Ilka von ihrem Großvater

- ein Wertpapierdepot mit einem Wert von etwa 420.000 Euro und
- 350.000 Euro in bar.

Da ihr Vater bei einem großen dt. Autohersteller arbeitet, bekommt sie über ihn ein besonders günstiges Kraftfahrzeug dieser Marke, das sie ihrem Mann schenkt. Den Aktienbestand auf dem Wertpapierdepot teilt sie nach ihrem eigenen Erwerb mit ihm und überträgt ihm die Hälfte. Im Übrigen kauft sie von dem restlichen Vermögen, das sie geerbt hat, ein Grundstück und überträgt ihm anschließend das hälftige Miteigentum. Dort soll das Familienheim gebaut werden, für das die Eheleute erste Planungen vergeben. Im Juli 2018 verlässt er sie. Ohne Übergänge zieht er zu einer anderen Frau, die, so erklärt Ilka, recht schnell danach schwanger wird. Sie ist besonders erbost. Ihre Zuwendungen „verlangt sie zurück“. Was kann sie tun? **Güterrechtlicher Ausgleich**? Dabei wäre das Anfangsvermögen beider Eheleute zu ermitteln, das dann dem Endvermögen gegenüberzustellen wäre. Die Zuwendungen des Großvaters schlagen bei Ilka **werterhöhend** zu Buche. Ihr Mann war bei der Heirat praktisch vermögenslos und hat als Endbestand

- das halbe Wertpapierdepot, das er (zur Hälfte) von seiner Frau übertragen erhalten hat und
- den hälftigen Eigentumsanteil am Grundstück, so dass sie insoweit, denn die Beteiligten haben keine abweichenden Absprachen getroffen, Rückforderung zur Hälfte verlangen kann. Zuwendungen unter Eheleuten behandelt der BGH anders als dies bei § 1374 Abs. 2 für Schenkungen und erbrechtlichen Erwerb bzw. Erwerb auf ein künftiges Erbrecht vorgesehen ist, da bei Ehegatten „eine andere Interessenlage“ bestehe. Insoweit werden die Vermögenswerte aus der Berechnung herausgenommen, denn andernfalls wären sie
- im Anfangsvermögen und
- im Endvermögen vorhanden und zu bewerten,
- so dass es praktisch keine Ausgleichsansprüche gäbe (Ausnahme: Werterhöhungen). Oder anders – Ilka erhält die Hälfte, denn die Ehe hat ja nur kurz gedauert, so dass die notwendige Indexierung keine große Rolle spielen wird, des Vermögens „zurück“, das sie auf ihren Mann übertragen hat (er ist im Übrigen bereit, sie nicht nur wertmäßig zu beteiligen, sondern ihr den Grundstücksanteil gegen eine entsprechende Abfindung zu übertragen). Hat sie weitergehende Forderungen? **Unbenannte Zuwendungen**? Nach der Rspr. des BGH wohl kaum, denn die Ergebnisse, die so entstehen, sind nicht „schlechterdings unerträglich“, gerade wegen des güterrechtlichen Ausgleichs, den Ilka immerhin erreicht. Schadensersatzverpflichtungen des Anwalts, der gleichwohl entsprechend gegen ihren Mann vorgeht? wohl nicht, aber er muss sämtliche Einzelheiten mit ihr erörtern, sie auf das

Kostenrisiko hinweisen und mit ihr abklären, ob sie das Verfahren führen will (tatsächlich war Ilka, wenn auch sehr niedergeschlagen, dann mit dem Vergleich, der gerade skizziert ist, einverstanden). Wird der Anwalt der Gegenseite schadensersatzpflichtig gemacht, der den Ehemann in ein unnötiges Verfahren geführt hat, weil er die Rspr. des BGH zur Behandlung von Zuwendungen von Eheleuten entweder nicht kannte oder nicht für maßgeblich gehalten hat? Das ist schwer zu beurteilen. Immerhin hat er wesentliche Einzelheiten übersehen und unnötige Kosten ausgelöst. Allerdings kommt es darauf an, ob er mit seinem Mandanten Einzelheiten besprochen hat oder nicht, denn auf beiden Seiten war die Rechtsverfolgung wohl nicht von vornherein völlig aussichtslos (beim Ehemann zumindest zu großen Teilen, denn der BGH ist insofern eindeutig, während bei Ilka die Dinge letztlich eher anders zu beurteilen sein könnten, weil für sie angesichts der gesamten Lebensumstände wohl Ausnahmen nicht ganz fern gelegen haben – Stichwort: schlechterdings unerträglich).

6. Güterstandsschaukel, Schenkungssteuer/Pflichtteilsansprüche

Mit güterrechtlichen Vereinbarungen, etwa dem Wechsel aus dem gesetzlichen Güterstand in die Gütertrennung, lassen sich manchmal Rechtsfolgen erzielen, die sonst nicht zu erzielen sind, **Güterstandsschaukel**, ohne dass selbst der Vorwurf des „Rechtsmissbrauchs“ berechtigt wäre.

Beispiel: Herr A. hat aus einer früheren Ehe drei Kinder. Er ist

- durch gemeinschaftliches Testament mit seiner verstorbenen Ehefrau gebunden,
- so dass er keine unentgeltlichen, lebzeitigen Verfügungen (und keine Verfügungen von Todes wegen) treffen „kann“.
- Nun „bedenkt“ er seine zweite Ehefrau, indem er aus dem gesetzlichen Güterstand in die Gütertrennung wechselt und ihr so einen entsprechenden, entgeltlichen Ausgleichsanspruch verschafft.
- Herr A. führt mit Frau A. ein gemeinschaftliches Konto bei einer Sparkasse in Nürnberg. Aus einem Grundstücksgeschäft in den USA erzielt er einen Verkaufserlös von 1,3 Mio Euro, der sonst nicht steuerpflichtig wäre, da auch nach dt. Recht keine Steuerpflichtigkeit besteht. Dieses Geld fließt auf ein Gemeinschaftskonto, das er mit seiner Frau unterhält. Deshalb steht das FinA auf dem Standpunkt, Frau A. sei schenkungssteuerpflichtig geworden. Fraglich ist, ob sie auf das Konto zugreifen konnte. Deshalb wäre zu prüfen, ob sie regelmäßig Zugriff genommen hat. **Güterstandsschaukel?** Können nachträglich noch Korrekturen angebracht werden, die dann die entsprechenden Verfügungen „umbenennen“ und vielleicht auch rechtlich zu einer anderen Bewertung führen?
- Herr A. ist in zweiter Ehe verheiratet. Seine Kinder aus erster Ehe sind **pflichtteilsberechtigt**. Unentgeltliche Verfügungen zugunsten seiner Ehefrau ständen unter dem Vorbehalt aus § 2325 Abs. 1 bzw. Abs. 3 BGB. Deshalb wechseln beide Eheleute den gesetzlichen Güterstand und vereinbaren Gütertrennung. Anschließend können sie, wobei gesonderte notarielle Urkunde mit einem gewissen Abstand

vielleicht empfehlenswert ist, in den gesetzlichen Güterstand zurückkehren (und einige Jahre später noch einmal entsprechende Vereinbarungen treffen, die allerdings teuer sind), zum Ganzen Pa-landt/Weiblich, § 2325 BGB Rz. 12 mit Nachw. (Abschluss eines Ehevertrages ist in der Regel keine Schenkung).

Muss der Anwalt mit seinem Mandanten auch die Möglichkeit der Güterstandsschaukel erörtern?

Schenkt der Erblasser seiner nichtehelichen Lebensgefährtin ein lebenslanges, hälftiges Nießbrauchsrecht an seinem Grundstück, bedingt durch die Beendigung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft auf andere Weise als durch den Tod, hindert diese Bedingung den Beginn des Fristablaufes nach § 2325 Abs. 3 BGB nicht, Abgrenzung zu BGH, NJW 1994, 1791, LG Kiel, NJW-RR 2018, 841, weil § 2325 Abs. 3 S. 3 BGB – bei Schenkung an den Ehegatten beginnt die Ausschlussfrist nicht vor der Auflösung der Ehe – auf nichteheliche Lebensgemeinschaften nicht übertragbar sein soll, dazu auch BVerfG, NJW-RR 1991, 194 und wiederum LG Kiel, NJW-RR 2018, 841. Muss der Anwalt, der eingeschaltet ist, diese Einzelheiten kennen? Sicherlich, denn sonst darf er die Sache nicht übernehmen. Jedenfalls muss er mit seinem Mandanten die Dinge erörtern (und wenn er das tut, wird er ihm kaum eine so merkwürdige Überlassungsform anraten, die ihm das Risiko aufbürdet, vom Finanzamt steuerlich belastet zu werden).

7. Verfahrensführung im Ausland

Beispiel: Peter A. ist mit Helga A. verheiratet. Beide leben seit längerer Zeit in London. Dort arbeitet Peter bei der Niederlassung einer großen dt. Bank. Aus der Ehe sind die Kinder Elisabeth, 6 Jahre alt, und Alexandra hervorgegangen, 4 Jahre, die von der Mutter betreut werden. Peter hat gerade Cathy kennen gelernt. Schon lange fühlt er sich in der Ehe mit Helga nicht mehr wohl, aber nun will er tätig/aktiv werden und sich scheiden lassen. Ehevertragliche Abreden zwischen den Gatten fehlen, zu ausländischen Eheverträgen in der Praxis englischer Gerichte vgl. Jank-Domdey/Polzer, IPrax 2010, 83 und Sanders, NJW 2011, 182. Will Peter in England Scheidungsantrag stellen, muss er die dortigen Voraussetzungen erfüllen, denn die Regeln der VO Nr. 1259/2010 gelten in England nicht, weil England sich nicht zur Teilnahme hat entschließen können (unabhängig vom Brexit). Aber die Vorschriften der VO Nr. 2201/2003 gelten auch in diesem Verhältnis, opt-in. Allenfalls hätten sich die Parteien rechtzeitig auf ein anderes Recht verständigen können, Rechtswahl, die aber englische Gerichte nach ihren Vorstellungen beurteilen und so nicht unbedingt hinnehmen müssen. Zuständigkeiten liegen gegenwärtig noch bei den Gerichten in England, vgl. Art. 3 VO Nr. 2201/2003, aber das kann sich ändern, Austritt des Ver. Königreichs aus der EU. Englische Gerichte wenden im Scheidungsverfahren stets ihr eigenes Recht an. Dort ist, allerdings nicht in Wales und in Schottland, die Gütertrennung gesetzlicher Güterstand. Peter könnte also erhebliche Vorteile erzielen. Was kann Helga tun? Scheidungsantrag in Deutschland? § 1565 Abs. 2 BGB?

Letztlich muss sich der Anwalt, der eine solche Vorgehensweise empfiehlt, in Deutschland über die Voraussetzungen in England und die

Rechtsfolgen bei einer Scheidung dort genau informieren. Denn im Ver. Königreich ist auch wenn Unterhalt nach unseren Vorschriften nicht geschuldet wird, der Versorgungsausgleich nicht stattfinden kann und Zugewinnausgleich nicht vorgesehen ist, Gütertrennung, ein „umfassender finanzieller Ausgleich“ vorgesehen, der die genannten Rechtseinrichtungen nach unseren Vorstellungen umfasst und zu Ausgleichsforderungen führen kann, die vielleicht sogar den Rahmen überschreiten, den wir sonst einhalten würden. Maßstab sind Grundsätze der „Fairness und Billigkeit“, die für uns schwer nachzuvollziehen sind. Unternimmt er nichts, kann er **schadensersatzpflichtig** werden. Daran muss er denken. Am besten zieht er einen englischen Anwalt hinzu, der die Dinge beurteilen soll. Im Übrigen sollte er in den Gesprächen mit dem Mandanten klarmachen, dass er insoweit für die Richtigkeit der Auskunft keine Haftung übernehmen kann.

Beispiel: Boris B. ist mit Barbara B. verheiratet. Sie führt ihr Scheidungsverfahren in den USA. Amerikanische Gerichte wenden ebenfalls ihr eigenes Recht an, wenn sie zuständig sind, vgl. das gerade vorangegangene Beispiel, Rechtsanwendung abgeleitet aus verfahrensrechtlichen Regeln. Boris hat mit Barbara in Deutschland einen Ehevertrag abgeschlossen, der eine Ausgleichsklausel enthält, die Barbara infrage stellt. Für das amerikanische Gericht sind die dortigen Vereinbarungen, so gibt der Richter zu erkennen, jedenfalls nicht ausreichend. Bei der Beurkundung hat der Notar in München Boris darauf hingewiesen, er solle sich über die Praxis in den USA informieren und seinen amerikanischen Anwalt hinzuziehen. Das hat Boris nicht getan. Was geschieht? Das Gericht in Florida hält Boris vor, die Vereinbarung sei nach seiner Auffassung nicht wirksam, und Boris entschließt sich, hohe, empfohlene weitere Zahlung zu leisten. Muss der Notar in München einstehen? Sicherlich nicht. Ist Boris von einem Anwalt beraten worden, wäre er wohl in der Pflicht. Denn zumindest auf die Möglichkeit der Verfahrensführung von Barbara in den USA hätte er hinweisen müssen.

Beispiel: Klaus K. ist mit Cindy K. verheiratet. Vorehelich haben sie etwa 15 Jahre zusammengelebt. 2017 haben sie geheiratet. Nun will sich Klaus scheiden lassen. In Deutschland muss er

- nicht mit Belastungen aus dem **Versorgungsausgleich** rechnen, weil er selbständig ist und keine Altersversorgung führt, die so ausgeglichen werden könnte,
- und auch **Zugewinn** würde sich nur auf die Zeit zwischen der Heirat und der Zustellung des Scheidungsantrages beziehen.
- Unterhaltsrechtliche Folgen wären ausgeschlossen, kurze Dauer der Ehe, sonst jedenfalls zeitliche Beschränkung und inhaltliche Begrenzung nach § 1578 b BGB.
- Deshalb möchte er sein Verfahren in Deutschland führen und zieht nach Frankfurt um. Die sonstigen zeitlichen Voraussetzungen für die

internationale Zuständigkeit beim dortigen FamG erfüllt er nach sechs Monaten Aufenthaltsdauer, Art. 3 VO Nr. 2201/2003, wobei allerdings Voraussetzung ist, dass tatsächlich sein **gewöhnlicher Aufenthaltsort** schon in Deutschland liegt. Sachlich kann er, wenn er hier Scheidungsantrag stellt, ein Jahr nach seinem Umzug dt. Rechtsvorschriften zur Anwendung bringen, so dass spätestens dann auch das Trennungsjahr abgelaufen sein muss, § 1566 Abs. 1 BGB, soweit nicht die Voraussetzungen aus § 1565 Abs. 2 BGB vorliegen. Im Verfahren obsiegt Klaus zunächst beim AG in Frankfurt. Beim OLG unterliegt er dagegen. Seine Frau kann den Nachweis führen, so war jedenfalls die Auffassung des OLG, dass Klaus seinen gewöhnlichen Aufenthalt weiterhin in England hat. Dort hat er inzwischen eine Freundin. Seine Kinder habe er in der Wohnung eines Freundes in der Londoner Innenstadt besucht, für die er mit einem in England zugelassenen Kraftfahrzeug eine **Durchfahrtsberechtigung** als „resident“ hatte.

Auf diese Zusammenhänge muss der Anwalt hinweisen (wenn er ausreichend informiert wird; das ist nicht immer so – und die Durchfahrtsberechtigung tauchte ganz plötzlich und völlig unerwartet im Verfahren vor dem OLG auf). (Wenn er ausreichend informiert wird; das ist nicht immer so). Unterlässt er entsprechende Nachfragen und dann eben Informationen gegenüber seinem Mandanten, kann er für die Schadensfolgen verantwortlich sein, die beträchtlichen Umfang haben können. Deshalb ist ausführlicher Schriftverkehr in diesem Zusammenhang unbedingt notwendig (mit vollständiger Dokumentation).

Beispiel: Herr A., dt. Staatsangehöriger, möchte Gloria B. heiraten, Iranerin, Wohnsitz in New York. Für ihre güterrechtlichen Rechtsbeziehungen wollen beide in der Sache vor allem ein Ergebnis erreichen – Herr A. wird nach seinen Eltern erheblichen Grundbesitz in Frankfurt erben, und sie möchten sicherstellen, dass sich durch die Ehe keine Beteiligung von Gloria daran ergibt, sondern alle Immobilien in der Familie verbleiben, unabhängig vom weiteren Bestand oder dem Schicksal der Ehe (bis auf eine mögliche erbrechtliche Beteiligung von Gloria, die sie auch nicht verhindern können). Nach dt. Recht wäre das ohne Weiteres möglich. Vermögensgegenstände, die ein Ehegatte bei Beginn der Ehe zu Eigentum führt, bleiben ihm auch im Endvermögen erhalten und lösen keinen weiteren Ausgleich aus, wobei allerdings **Wertsteigerungen** anders zu behandeln sind, die ausgleichspflichtig werden können, für sie ist auf die übliche Indexierung abzustellen. Nach der Berechnungsfomel des BGH ist dabei eine Hochrechnung notwendig, um Geldwertverluste durch unechte Wertsteigerungen auszuschließen, Monatsbericht des statistischen Bundesamtes. Herr A. erkundigt sich bei einem dt. Notar, der ihm folgendes rät:

- Im Ehevertrag könnten die Eheleute **dt. Güterrecht** vereinbaren und ausdrücklich eine **Rechtswahl** treffen.
- Gloria kann aber ihr Verfahren, weil sie amerikanische Staatsangehö-

rige bleiben wird, auch in den USA führen. Ob ein amerikanischer Richter dann mit diesem Verweis etwas anfangen kann, erschiene ihm, dem Notar, unsicher.

- Deshalb würde er empfehlen, zunächst mit einem Anwalt aus New York zusammenzuarbeiten und eine vertragliche Fassung zu erreichen, die sämtliche Einzelheiten des dt. Zugewinnausgleichs in groben Zügen jedenfalls festhält, also
- den üblichen Ausgleich,
- nämlich der Übertragung der hälftigen Wertdifferenz aus Anfangs- und Endvermögen, jeweils abgerechnet bei beiden Eheleuten und
- die fehlende Ausgleichspflichtigkeit für Werte, die bereits im Anfangsvermögen vorhanden sind oder bei uns keine Forderungen auslösen würden (ererbtes Vermögen, geschenkte Werte), mit der Ausnahme
- von **Wertsteigerungen**, für die die Beteiligten ausdrückliche Absprachen treffen müssten. A. beauftragt seinen Anwalt in dieser Form, der sämtliche Erkundigungen einholen und eine entsprechende Fassung vorlegen soll, die anschließend **protokolliert** werden soll. Bleibt er bei seiner früheren Empfehlung, lediglich dt. Güterrecht zu vereinbaren und im dt. Güterrecht die modifizierte Zugewinnngemeinschaft, kann er schadensersatzpflichtig werden, wenn Gloria bei der Ehescheidung in New York oder in einem anderen Bundesstaat der USA (oder anderswo) bessere Ergebnisse beim Zugewinnausgleich erreicht, die er, der Anwalt, hätte „vermeiden“ können, wenn er anders und differenziert beraten und vor allem die Einschaltung eines amerikanischen Anwalts (in diesem Fall) empfohlen hätte.

8. Vermögensteilung zwischen den Eheleuten vor Zustellung des Scheidungsantrages

Häufig verteilen Eheleute vorhandenes, gemeinschaftliches Vermögen schon vor der Ehescheidung, wobei ihre Motive unterschiedlich sein können – sie wollen sich auf der einen Seite nicht streiten, wollen auf der anderen Seite die Unterhaltsbedürfnisse des Ehegatten sicherstellen, der größere Geldbeträge zu erwarten hat, die ihm dann tatsächlich übertragen werden, und sie wollen den **Gegenstandswert** des Verfahrens mindern, damit die finanziellen Belastungen insbesondere durch Gerichtskosten und Honorarforderungen der Anwälte geringer werden.

Beispiel: Herr A. und Frau A. sind gemeinsam Eigentümer eines inzwischen abgezahlten Grundstückes in H., das bei der Veräußerung 850.000 Euro erbringt. Für jeden der Gatten bleiben rund 400.000 Euro übrig, nachdem einige Kosten in Abzug gebracht worden sind. Herr A. verwahrt das Geld auf einem Bankkonto. Frau A. kauft sich eine Immobilie, für die sie erhebliche Erwerbskosten hat, Maklerprovision, Notarkosten, Grunderwerbssteuer u.ä. Im Übrigen gibt sie **Renovierungsarbeiten** in Auftrag, die den Wert des Hauses allerdings nicht unbedingt im selben Maße erhöhen (teure Badezimmersausstattung, umfangreiche Neuanlage des Gartens u.ä.).

Bei Zustellung des Scheidungsantrages sind

- bei Herrn A. noch 400.000 Euro vorhanden,
- bei Frau A. aber sehr viel weniger, nämlich nur noch etwa 100.000 Euro. Im Übrigen verrechnet sie die Finanzierungskosten, die sie hat und die sie aufwenden musste.
- Den Wert der Immobilie muss sie sich zurechnen lassen, die sie gekauft hat, aber dieser liegt wenig über dem von ihr genannten Betrag, 400.000 Euro, weil sie das ihr zugeflossene Geld im Wesentlichen für Nebenkosten ausgegeben hat und für die genannten Renovierungsarbeiten.
- Ungerührt nimmt sie Herrn A. für die noch vorhandenen Beträge (400.000 Euro – 100.000 Euro / 2) in Anspruch. Hat der Anwalt, der von den Dingen weiß, nicht rechtzeitig dafür gesorgt, dass die Eheleute eine endgültige Vereinbarung zum Zugewinn treffen, kann er **haftpflichtig** sein. Ist Frau A. zu einer entsprechenden Vereinbarung nicht bereit, kann er seinem Mandanten nur raten, von der Veräußerung und der weiteren Verteilung der Vermögenswerte wie geplant war abzusehen. Denn die Kostennachteile, die durch den höheren Gegenstandswert entstehen (können), sind viel geringer als die Ausfälle, die Herr A. sonst erleiden kann. § 242 BGB? Kaum. Herr A. hätte sich jederzeit zur Wehr setzen können, indem er einfach untätig bleibt. **Illoyale Vermögensverfügung** durch Frau A., § 1375 Abs. 2 S. 2 BGB? Sicherlich hat sie nicht unbedingt „sinnvoll“ gehandelt, denn die Ausgaben, die sie getätigt hat, sind nicht durch einen entsprechenden Vermögenserwerb gedeckt. Vielleicht war sie auch besonders eifrig, weil sie meinte, einen Teil ihrer Kosten auf ihren Ehemann verlagern zu können. Anders könnte die Bewertung allenfalls ausfallen, wenn dies ihr vorrangiges Ziel gewesen sein sollte. Völlig „unsinnig“ ist das alles nicht.

9. Rücknahme des Scheidungsantrages

Beispiel: Frau A. stellt Scheidungsantrag. Herr A. möchte sich nicht scheiden lassen. Deshalb verzichtet er zunächst auf eigene Antragstellung, auch nachdem ihn sein Anwalt auf die **erbrechtlichen Folgen** hingewiesen hat. Denn nach der Antragstellung ist er nach Frau A. nicht mehr erbberechtigt, aber sie erbt nach ihm, vgl. § 2077 Abs. 2 BGB als Beispiel.

Frau A. nimmt nun ihren Scheidungsantrag zurück. Im Vorfeld haben sich beide Beteiligte darüber gestritten, wie private Rentenversicherungen, die Frau A. letztlich abgeschlossen hat, um den gemeinsamen Sohn abzusichern, auszugleichen sind. Herr A. hat aber auf den Einbezug im Verfahren zur Regelung des Versorgungsausgleichs bestanden. Frau A. wollte das nicht. Nach Rücknahme wandelt sie die Versicherungen, die ein entsprechendes Kapitalwahlrecht enthalten haben, in Kapitallebensversicherungen um, die, so sagt das der Ehevertrag, nicht zu berücksichtigen sind, Ausschluss des Zugewinns mit gestuften Absprachen zu „Entschädigungs- oder Abfindungsansprüchen“ von Herrn A., je nach der Dauer der Ehe, gestuft in einzelnen Jahresschritten, drei Jahre, fünf Jahre, zehn Jahre.

10. Vereinbarung der Gütertrennung für die Zukunft; Verzicht auf Ausgleichsansprüche aus Zugewinn

Beispiel: Herr A. vereinbart mit Frau A. 2017, denn zu diesem Zeitpunkt war die Ehe in die Krise geraten, dass die Eheleute für die Zukunft in Gütertrennung leben und auf weitere Ausgleichsansprüche insoweit verzichten. Geheiratet haben sie 2002. – Für den Gegenstandswert des Verfahrens wird das gesamte eheliche Vermögen maßgeblich, denn die Vereinbarungen beziehen sich auf die eheliche Lebensgemeinschaft in ihrem gegenwärtigen Bestand (also: Zugewinnngemeinschaft). Deshalb ist zu überlegen, ob nicht eine inhaltliche Beschränkung ausreicht, etwa Verzicht auf güterrechtlichen Ausgleich oder die sonstige vorzeitige Auflösung des Güterstandes.

Zwischen 2002 und 2017 hat Herr A. in erheblichem Umfang Grundeigentum erworben, nämlich drei Eigentumswohnungen in Frankfurt, die er nach 2017 verkauft hat, ohne dass er bisher bereit ist, über den Verkaufspreis und den Verbleib der Gelder Erklärungen abzugeben. Im Übrigen ist er mit seiner Frau zusammen „**Eigentümer**“ des Hauses, das beide bewohnt haben (allerdings: **Erbbaurecht**). Mit dem Vertrag 2017 hat ihm seine Frau sämtliche Befugnisse aus dem Erbbaurechtsvertrag übertragen, so dass er als alleiniger „Eigentümer“ im Grundbuch eingetragen ist. Herr A. behauptet nun, er habe von Verwandten und Freunden erhebliche Geldbeträge erhalten, so dass sein Vermögen schon damals „belastet“ gewesen sei. Sämtliche Schulden habe er in der Zwischenzeit zurückgeführt. Was muss der Anwalt tun?

Hat Frau A. Ausgleichsansprüche für die Zeit von der Eheschließung bis zum Vertragsschluss 2017? Ja, das ist so, denn die Vereinbarung gilt nur für die Zukunft (die Notarin hätte darauf achten müssen, dass Ansprüche auch für die Vergangenheit ausgeschlossen werden, das ist möglich).

Also: Die Beteiligten vereinbaren ausdrücklich, dass der Verzicht auf güterrechtlichen Ausgleich auch für die Vergangenheit gilt und damit sämtliche Ansprüche aus dieser Zeit ausgeschlossen und erledigt sein sollen. Beide Beteiligten erklären, dass sie die jeweilige Verzichtserklärung der anderen Seite annehmen.

Hat ein Anwalt zum Abschluss des Vertrages in dieser Form geraten, hat er gegen seine Pflichten verstoßen, weil die Zusammenhänge offensichtlich sind. Für die Schadensfolgen für Herrn A. (oder Frau A., je nachdem) muss er einstehen. Schadensersatzverpflichtungen des Notars?

11. Vorzeitiger Zugewinnausgleich

Leben die Parteien drei Jahre getrennt voneinander, kann jeder Ehegatte vorzeitigen Zugewinnausgleich, § 1385 BGB, und/oder vorzeitige Aufhebung der Zugewinnngemeinschaft verlangen, § 1386 BGB. Insbesondere der Weg nach § 1386 BGB ist häufig empfehlenswert, wenn die Trennung schon lange dauert. Zum einen werden auf diese Weise sämtliche internen Bindungen aufgehoben, auch aus § 1365 BGB (Verfügung über das Vermögen im Ganzen). Zum anderen kann, wenn die sonstigen Vor-

aussetzungen vorliegen, nun jeder Ehegatte Antrag auf Teilungsversteigerung der Immobilie stellen. Weitere Voraussetzungen für den Antrag sind nicht notwendig, weil die „alleinige Trennung reicht“, dazu BGH, FamRB 2019, 380. Vorzeitige Aufhebung der Zugewinnngemeinschaft ist auch dann zulässig, wenn der Zugewinn schon als Folgesache im Verbund anhängig ist und betrieben wird, dazu BGH, FamRB 2019, 380. Notwendig ist dann **Antragsänderung**, ebenfalls BGH, FamRB 2019, 380 mit Anm. Herr, zu den Folgen sonst Kogel, Strategien zum Zugewinnausgleich, Rz. 1436. Für die Sicherung der Ausgleichsforderung muss der Berechtigte aus Zugewinnausgleich, wenn die Voraussetzungen vorliegen, durch **Arrest** vorgehen, für die Klageänderung liegt in der Regel Sachdienlichkeit vor, dazu Herr, FamRB 2019, 381. Das Gericht wird das Verfahren unter neuem Aktenzeichen fort; ein gesonderter Abtrennungsantrag ist nicht erforderlich, Herr, FamRB 2018 368 (370).

12. Steuerliche Folgen

Ansprüche aus ehelichem Güterrecht sind für sich nicht steuerpflichtig. Bei der **Vertragsgestaltung** sonst ist vor allem § 5 ErbStG zu beachten, **modifizierte Zugewinnngemeinschaft**. Daher sollten die Eheleute (lediglich) auf Zugewinnausgleich für den Fall der Ehescheidung und der sonstigen vorzeitigen Auflösung des gesetzlichen Güterstandes verzichten, aber sonst vielleicht noch vereinbaren, dass dieser gesetzliche Güterstand erhalten bleibt, insbesondere für den Fortbestand der Ehe bis zum Tode eines Gatten. Damit bleiben die **steuerlichen Vorteile** für den Ernstfall erhalten. Für den „fiktiven“ Zugewinnausgleich ist keine Erbschaftsteuer zu zahlen. Im Übrigen kann der „Rest“, der nicht erfasst ist, erbschaftsteuerfrei bleiben, weil er die Freibeträge nicht überschreitet. Haftung des Anwalts bei einer Beratung, die diese steuerlichen Auswirkungen nicht berücksichtigt?

Grunderwerbssteuer fällt bei der Übertragung von Immobilienvermögen beim Zugewinnausgleich ebenfalls nicht an. Aber **Schenkungssteuer** könnte geschuldet sein, wenn die **Zusammenhänge** nicht völlig klar im Ehevertrag erläutert sind, etwa mit ausdrücklichem Bezug auf **güterrechtlichen Ausgleich** und eine **unterhaltsrechtliche Regelung**.

Beispiel: Frau A. lässt sich von Herrn A. scheiden. Über die Höhe des Unterhalts und des Zugewinnausgleichs streiten beide mit großem Einsatz. Herr A.

- erklärt sich bereit, an seine Ehefrau monatliche Leistungen zu erbringen, die dann auch als Unterhalt zu qualifizieren sind (insoweit ist er ja auch interessiert, weil er steuerliche Vorteile geltend machen kann),
- weigert sich aber unter allen denkbaren Voraussetzungen und in jeder Form, im gerichtlichen Vergleich eine Kapitalzahlung an seine Frau als „Zugewinn“ oder (ergänzende) Unterhaltsabfindung zu bezeichnen, ganz im Gegenteil, er erklärt ausdrücklich, er schulde keinen Zugewinn, und er werde auch keine Erklärungen dazu abgeben, dass er solche Leistungen zu zahlen verpflichtet sei.

Weiteres Beispiel: Frau C., serb. Staatsangehörige, verdient wesentlich mehr als ihr Mann, ebenfalls Serbe. Beide sind in der Zwischenzeit aber auch dt. Staatsangehörige. Für den Fall der Scheidung vereinbaren sie jedenfalls und hilfsweise

- dt. Recht als maßgebliches Unterhaltsstatut,
- und für den güterrechtlichen Ausgleich ebenfalls dt. Recht, dann der Zugewinnngemeinschaft, so dass eine doppelte Rechtswahl notwendig wird. Herr C. ist dazu bereit.
- Pauschal will ihm seine Frau eine Ausgleichszahlung von 30.000 Euro leisten. Im Weiteren Verlauf erfährt sie, dass sie vielleicht doch Unterhalt schuldet und für den Unterhalt auch steuerliche Vorteile in Anspruch nehmen kann. Wie könnte eine Vereinbarung aussehen? Bis 13.805 Euro kann sie die Belastungen steuerlich verwenden, und aus den unterschiedlichen Einkommen lässt sich auch ein Unterhaltsanspruch des Mannes errechnen. Also: Für 2018 pauschal 13.805 Euro am Ende des Jahres, für 2019 ebenso? Wird das Finanzamt dies akzeptieren? Dann bleibt nur ein kleinerer Restbetrag, den Frau C. steuerlich nicht nutzen kann. Oder ist empfehlenswert, das alles zu lassen und eine einmalige Pauschale festzuhalten? Frau C. fürchtet vor allem, dass sich ihr Mann an die internen Zusagen nicht halten wird, für die Trennungszeit keinen Unterhalt geltend zu machen. Das kann er aber in beiden Varianten, sowohl bei der „steuerrechtlich besseren“ Lösung für Frau C. als auch bei der von ihr favorisierten Absprache mit einem einmaligen Pauschalbetrag von 30.000 Euro. Bezüge zum Unterhalt und zum Zugewinn sollten jedenfalls hergestellt werden, weil sonst vielleicht auch noch für den Empfänger Steuerpflichtigkeiten entstehen können.

Im Übrigen könnte **Spekulationssteuer** anfallen, wenn ein Grundstück übertragen wird, für das bei einer Veräußerung diese Steuer zu bezahlen wäre. Dabei hilft auch nicht, dass die Eheleute untereinander nur eine entsprechende Verpflichtungserklärung in eine Scheidungsfolgenvereinbarung aufnehmen, etwa mit dem Inhalt, dass

- die Übertragung des Grundeigentums nicht **jetzt** erfolgen soll,

- sondern zu einem **späteren Zeitpunkt**, wenn die Spekulationsfrist abgelaufen ist.
- Denn so haben sie schon eine **verbindliche Regelung** geschaffen, an die angeknüpft werden soll,
- wobei der spätere Vorgang selbst dann unerheblich bleibt und Steuer jedenfalls zu zahlen ist.

Empfehlenswert ist dabei, dass der Anwalt auf den Rat eines **Steuerberaters** hinweist und, besser noch, dem Mandanten empfiehlt, sich einen **rechtsmittelfähigen Bescheid** vorab beim Finanzamt zu besorgen. So kann er auf gesicherter Grundlage Ratschläge erteilen, die ihm Haftungsfolgen ersparen, auch wenn sich die Dinge später anders entwickeln sollten (auf diese Zusammenhänge sollte er hinweisen, Spekulationssteuer erfasst allerdings ohnehin nur den „Mehrgewinn“, der dann zu versteuern ist).

VI. Verfahren

1. Beschwerde

Nach § 39 FamFG müssen Beschlüsse in Familiensachen mit einer Rechtsbehelfsbelehrung versehen sein. Fehlt sie oder ist sie falsch, ist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren, vgl. dazu § 17 Abs. 1 und 2 FamFG. Nach § 113 Abs. 1 FamFG ist § 39 FamFG in Ehe- und Familienstreitsachen allerdings nicht anzuwenden, weil die allg. Vorschriften der ZPO und deren Regeln über das Verfahren vor dem LG entsprechend gelten. Für § 17 FamFG ist zudem entscheidend, ob die fehlerhafte oder unterbliebene Belehrung ursächlich für den Ausfall geworden ist, die der Rechtsmittelführer erleidet. Bei **Anwaltsverschulden** sind diese Voraussetzungen in der Regel nicht erfüllt, denn der Anwalt muss die Zusammenhänge erkennen und muss sie bewerten, so dass das „Verschulden“ des Gerichts völlig in den Hintergrund tritt. Nach § 64 Abs. 1 S. 1 FamFG ist die **Beschwerde** bei dem Gericht einzulegen, dessen Beschluss angefochten wird. Inzwischen ist diese Regelung wohl allg. Kenntnisstand geworden. Manchmal geschehen aber immer noch Fehler, sowohl bei der Rechtsbehelfsbelehrung als auch bei der Beschwerde selbst. Wird sie beim OLG eingelegt, hat das OLG dafür zu sorgen, dass die Antragschrift möglichst umgehend zum FamFG zu-

rückgesandt und dort vorgelegt wird, das dann wiederum die Unterlagen an das OLG weiterreichen muss. Sinn dieser Abläufe?

Gleichwohl kann sich der Anwalt auf diese Einzelheiten nicht verlassen, denn er muss selbst die Dinge überprüfen, zu den **Förmlichkeiten** der **Beschwerde** sonst Art. 64 Abs. 2 FamFG. Nach § 64 Abs. 2 S. 1 FamFG kann die Beschwerde zwar auch zur Niederschrift der Geschäftsstelle eingelegt werden, aber dies ist so nicht statthaft in **Ehesachen** und in **Familienstreitsachen**, S. 2. Zudem muss insoweit auch ein bestimmter **Sachantrag** mit **Begründung** gestellt werden, dazu § 117 Abs. 1 S. 1 FamFG. Das wird manchmal übersehen. Die „beabsichtigte“ **Beschwerde** mit **VKH-Anträgen** ist wie folgt zu behandeln:

- Der Antrag auf Bewilligung von VKH für die beigefügte, beabsichtigte Beschwerde, sind bei dem Gericht zu stellen, dessen Beschluss angefochten wird, also beim AG/FamFG.
- Der Antragsteller, der sich gegen die Entscheidung des AG wehren und Beschwerde einlegen und dabei für sich VKH in Anspruch nehmen will,
- muss beim AG seinen Antrag vorlegen und dabei die üblichen Voraussetzungen erfüllen, also ausreichend (in Kurzfassung) in der Sache vortragen und vor allem sämtliche **notwendigen Unterlagen** beibringen, dabei auch die Erklärung über die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Mandanten mit allen Anlagen, besonders schwierig, weil Nachlässigkeiten und Zögerlichkeiten leider sehr verbreitet sind, um VKH zu erhalten.
- Dann hat das AG dieses Gesuch an das OLG weiterzugeben und nicht etwa selbst zu entscheiden.
- Dem Antrag auf Bewilligung von VKH ist ein eigener Schriftsatz (als Rechtsmittel, Beschwerde) als Entwurf beizufügen. Zumindest in Umrissen, aber ausreichend „substantiiert“, muss der Ast. in diesem Antrag schildern, aus welchen Gründen er die Entscheidung angreifen will und wird, denn das Gericht, das VKH bewilligen soll, muss prüfen können, welche Einwände er nun tatsächlich erhebt und wie er die Dinge bewertet.

- Innerhalb der laufenden **Beschwerdebegründungsfrist** wird eine Entscheidung zu Gunsten des Rechtsmittelführers nicht erfolgen können. Meist wird auch sie daher abgelaufen sein, wenn sie sonst zu beachten ist, also für Ehe- und Familienstreitsachen, dazu § 117 Abs. 1 S. 2 FamFG, nicht für allgemeine Familiensachen, für die andere Regeln gelten.
- Wird VKH bewilligt, und zuständig für diese Entscheidung ist das OLG,
- muss der Ast. anschließend beim AG (in der üblichen Form) **Beschwerde** einlegen und beim
- OLG **Wiedereinsetzung** in die versäumte **Beschwerdefrist** beantragen, BGH, FamRZ 2011, 1649 unter Hinweis auf § 237 ZPO. Ist die **Beschwerdebegründungsfrist** ebenfalls versäumt, und das wird meist - wie gesagt - der Fall sein, ist nochmals Wiedereinsetzung zu beantragen, diesmal allerdings beim OLG, wenn auch sonst der Schriftsatz zur weiteren Begründung der Beschwerde dort einzureichen ist, § 117 Abs. 1 FamFG für Ehe- und Familienstreitsachen.
- Nach Entscheidung über das Gesuch ist das Rechtsmittel in der üblichen Form dann zu begründen, wenn die Begründung eben beim OLG zu erfolgen hat. Wird die Beschwerde in der Beschwerdeschrift schon begründet, sind die unterschiedlichen Zuständigkeiten nach § 64 Abs. 1 S. 1 FamFG und § 117 Abs. 1 S. 2 und 3 FamFG zu berücksichtigen. Für die Einhaltung der **Begründungsfrist** ist allein der Zeitpunkt des Eingangs beim **Beschwerdegericht** maßgeblich, dazu BGH, FamRZ 2011, 966, zu weiteren Einzelheiten Geber, NJW-aktuell 2018, 17.
- In fG-Familiensachen muss die Beschwerde dagegen zumindest zunächst nicht begründet werden. Für sie läuft auch keine eigene Frist, wenn sie der Vorsitzende nicht bereits gesetzt hat wie das ebenfalls vorgesehen ist. Erst danach stellen sich Fragen der **Fristversäumnis** und der **Wiedereinsetzung**.
- So ist das alles ausgesprochen fehleranfällig. Für die Folgen, eben gerade der Fristversäumnis, haftet der **Anwalt**, dem Fehler im Einzelnen vorzuwerfen sind,

- etwa wenn er eine falsche Frist notiert hat, gerade im einstweiligen Anordnungsverfahren gar nicht so selten, weil das Rechtsmittel in der Zwischenzeit **Beschwerde** heißt, aber innerhalb von **14 Tagen** einzu-legen ist,
- die besonderen Zuständigkeiten für die Begründung in Ehe- und Familienstreitsachen nicht kennt, **§ 117 Abs. 1 FamFG**,
- oder sonst Fehler gerade beim Antrag auf Bewilligung von VKH be-geht und die wechselnden Zuständigkeiten und die Abläufe im Ein-zelnen nicht beachtet. Allerdings muss im Einzelnen der Schaden, den sein Mandant behauptet, wenn er die Sache nicht weiter verfol-gen kann, tatsächlich auch nachvollziehbar und zu beziffern sein. Allgemeine Vorwürfe reichen nicht aus. Vielmehr ist notwendig, je-weils darzulegen, warum das Rechtsmittel voraussichtlich erfolgreich gewesen wäre. Denn maßgeblich ist ein „**normativer Schadensbe-griff**“. Deshalb hat das Gericht im **Regressverfahren**, wenn ein sol-ches Verfahren geführt wird, im Einzelnen zu prüfen, wie bei richti-ger Handhabung aller verfahrensrechtlichen und materiellen Voraus-setzungen die Sache ausgegangen wäre, wenn der Anwalt richtig ge-handelt hätte.

Notwendig ist insoweit wieder ausreichender Schriftverkehr zwischen dem Anwalt und dem Mandanten. Zum einen müssen rechtzeitig und vollständig die Unterlagen vorgelegt werden, die für die Bewilligung von VKH erforderlich sind, insbesondere die Erklärung über die persönlichen wirtschaftlichen Verhältnisse mit Anlagen. Ist das nicht der Fall, hat der Anwalt auf die Mängel und Auslassungen hinzuweisen und den Mandan-ten zur **Nachbesserung** aufzufordern. Verlangt dieser dann auf jeden Fall die Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens, muss der Anwalt diesen Vorgaben folgen, allerdings mit nochmaligen Belehrungen darauf, dass die Sache kaum erfolgreich geführt werden kann (oder jedenfalls nicht in vollem Umfang). Im Übrigen muss er mit ihnen erörtern, ob er nicht „unbedingt“ Beschwerde einlegt und nachträglich für das Rechtsmittel, das bereits geführt wird, VKH beantragt. Im Schadensersatzprozess muss er beweisen, dass

- der Mandant ihm die entsprechenden Aufträge erteilt,

- obwohl er selbst auf alle Mängel hingewiesen hat.

Im Übrigen muss er auch den Beweis führen, dass die Rechtsverfolgung auch in der Beschwerdeinstanz ohne Erfolg geblieben wäre, **normativer Schadensbegriff**. Der Mandant wiederum muss substantiiert vortragen und zumindest nachvollziehbar erläutern, aus welchen Gründen er die Dinge anders beurteilt. Ist das Gericht von der Richtigkeit seines Vorbringens überzeugt, wird der Anwalt für die Ausfälle einzustehen haben.

2. Abänderungsverfahren; Verfahren zur negativen Feststellung

Für den Unterhalt ist die Abgrenzung zwischen einem **Abänderungsverfahren** und einem Verfahren zur **negativen Feststellung** nicht immer leicht, die beide jeweils für sich statthaft sein können, vgl. dazu vor allem § 241 FamFG und die dort vorgesehene verschärfte Haftung, denn die Bestimmung gilt unmittelbar lediglich für das Abänderungsverfahren, nicht in anderen Angelegenheiten, a.A. Schulte-Bunert/Weinreich/Klein, § 241 FamFG Rz. 4, wie hier OLG Karlsruhe, FamRZ 2014, 1387 und Dose, Einstw. Rechtsschutz in Familiensachen, Rz. 529 f.

Sehr grob bleibt jedenfalls die Unterscheidung, dass die **negative Feststellungsklage** die Ausgangsregelung in ihrem Bestand zunächst unangestastet lässt, während die **Abänderung** gerade in diesen eingreift und wegen veränderter Verhältnisse für die Zukunft eine Neuregelung anstrebt. Empfehlenswert ist (wohl auch) in der Antragsschrift der Hinweis, dass die Sache als Abänderungsklage oder Verfahren zur negativen Feststellung geführt werden soll, wobei der Antragsteller um entsprechende gerichtliche Hinweise bitten kann, § 139 ZPO (und das Verfahren mit Haupt- und Hilfsantrag führen sollte).

Beispiel: Herr K. arbeitet zunächst selbständig in der Telekommunikationsbranche und verdient etwa 8.000 Euro netto im Monat. Dieser Betrag wird bei der Unterhaltsberechnung für seine Ehefrau zugrunde gelegt. Zum 31.12.2017 scheidet er aus seiner bisherigen Anstellung aus. Nun übernimmt er eine Stelle bei der Telekom als Angestellter. Trotz mehrfacher Aufforderung hat er seine Abrechnungen nicht in vollständigem Umfang vorgelegt. Allerdings ist er der Auffassung, dass er nur noch 6.000 Euro verdient (und nicht mehr 8.000 Euro) und beantragt Abänderung, wobei er seinen Anwalt ausdrücklich beauftragt, dass dieser für ihn tätig wird. Verlangt er zunächst weitere Hinweise und Angaben, ohne in der Sache tätig zu werden, muss er

- er im Haftungsprozess den Nachweis führen, dass weiterhin Unterhaltsansprüche der Ehefrau im bisherigen Umfang bestanden hätten,

- weil ihm im Abänderungsverfahren nicht gelungen wäre, Einzelheiten für die verminderten Bezüge des Mannes nachzuweisen, wobei ohnehin die Rechtsfrage offen ist, ob ein Wechsel in eine abhängige Beschäftigung mit deutlich geringerem Gehalt überhaupt zulässig gewesen wäre.
- Jedenfalls reicht für den (ehemaligen Mandanten und) Unterhaltsschuldner aus, dem Anwalt nur „Verfehlungen“ vorzuwerfen und keine nachprüfbare Berechnung anzustellen. Tatsächlich hat er dann im Verfahren zum Schadensersatz ebenso wenig zu seinen geringeren Einkünften vorgetragen wie schon bei der Auftragserteilung an den Anwalt, Abänderung zu betreiben, und ist deshalb unterlegen, wiederum: normativer Schadensbegriff.

Variante: Herr P. ist im einstweiligen Anordnungsverfahren zu Unterhaltszahlungen in Höhe von 861 Euro im Monat an seine Ehefrau verpflichtet worden. Das Gericht hat ihm dabei ein Einkommen in Höhe von X Euro zugerechnet. Auf Seiten seiner Frau spielt der **Wohnwert** des von ihr allein bewohnten Hauses eine Rolle, in der die Familie bisher gelebt hat. Deshalb hat ihr das AG ein entsprechendes Einkommen als fiktiven Verdienst zugerechnet. Dabei sind aber weitere Fehler unterlaufen. Tatsächlich hätte Herr P., so hält das später das LG im Verfahren zum Schadensersatz gegen den Anwalt fest, wesentlich höheren Unterhalt zu zahlen gehabt. Auf Antrag von P. leitet seine Frau, die eine einstweilige Anordnung erwirkt hat, das **Hauptsacheverfahren** ein, in dem sie dann ihre Anträge zurücknimmt, so dass auch die einstweilige Anordnung ihre Grundlage verliert. Das Gericht kann dies ausdrücklich feststellen. Die Folgen übersieht der Anwalt von Herrn P. oder klärt Einzelheiten jedenfalls nicht mit seinem Mandanten ab. Vielleicht geht er auch davon aus, dass Herr P. „einfach“ keine weiteren Zahlungen mehr an seine Frau erbringt. Bei einem Anruf erfährt er das Gegenteil. Nun beantragt er bei Gericht „Abänderung“ der einstweiligen Anordnung, aber tatsächlich hätte er den Antrag stellen müssen, festzustellen, dass die einstweilige Anordnung außer Kraft getreten ist (wenn überhaupt). In diesem Verfahren wiederum vergleichen sich die Parteien auf weiterhin bestehende, allerdings geringfügige Zahlungen von Herrn P. an seine Frau für noch rund zehn Monate (150 Euro im Monat). Ersatzpflichten? Der Anwalt hätte Herrn P. darauf hinweisen müssen, dass die einstweilige Anordnung zum Unterhalt nicht mehr fortbesteht, weil seine Frau im Hauptsacheverfahren ihre Klageanträge zurückgenommen hat (sie wiederum hätte die Rücknahme auf den Teil beschränken können, der über die Zahlungsverpflichtung aus der einstweiligen Anordnung hinaus geltend gemacht werden sollte, insoweit auch Anwaltsverschulden auf der anderen Seite). Das hat er nicht getan. Damit ist er jedenfalls schadensersatzpflichtig.

3. Einstweilige Anordnung, insbesondere zum Unterhalt

Wegen ihrer besonderen **Eilbedürftigkeit** ist häufig geboten, **Unterhaltsansprüche** des Mandanten (für sich und die gemeinsamen Kinder, vgl. dazu § 1629 BGB) zunächst im **einstweiligen Anordnungsverfahren** zu verfolgen. Dabei bestehen keine

- weiteren inhaltlichen Beschränkungen,
- etwa nur auf den **Notunterhalt** oder
- auf Unterhaltsausstattung für **Übergangszeiten** (früher: einstweilige Verfügung, Dauer sechs Monate).

Nach den Veränderungen 2009 besteht die einstweilige Anordnung zum Unterhalt, die der Ast. während der Trennungszeit erwirkt hat, über den Zeitpunkt der Rechtskraft des Scheidungsbeschlusses hinaus nicht fort. Das war früher anders (heute überwiegt diese Auffassung, so dass der Anwalt sich nicht mehr auf den früheren Stand der Dinge beziehen darf und dafür sorgen muss, rechtzeitig entsprechende Unterhaltsansprüche geltend zu machen, um seine Mandantin/seinen Mandanten abzusichern).

4. Rechtsmittel

Nach § 57 FamFG sind **Rechtsmittel** im einstweiligen Anordnungsverfahren nur zulässig nach Entscheidung des Gerichts aufgrund mündlicher Verhandlung

- über die elterliche Sorge für ein Kind,
- über die Herausgabe des Kindes an den anderen Elternteil,
- über einen Antrag auf Verbleiben eines Kindes bei einer Pflege- und Bezugsperson, insbesondere § 1632 Abs. 4 BGB,
- über Anträge nach § 1 und 2 des Gewaltschutzgesetzes und
- in einer Ehwohnungssache über einen Antrag auf Zuweisung der Wohnung.
- Nicht erfasst ist das **Umgangsrecht**. Insoweit stehen keine Rechtsmittel bereit. Immerhin hält der BGH sogar die Festlegung eines **Wechselmodells** zwischen den Eltern im einstweiligen Anordnungsverfahren für grundsätzlich zulässig, das er als Bestandteil des Umgangs qualifiziert (so dass keine Rechtsmittel gegeben wären, aber beide Parteien können ohnehin Anträge auf Einleitung des Hauptsacheverfahrens stellen). Vorschriften, die eine entsprechende Regelung für die elterliche Sorge selbst zulassen würden, fehlen eben (und sollten geschaffen werden). **Unterhaltsregelungen** sind allerdings stets und von vornherein nicht beschwerdefähig.
- Die Frist für die Beschwerde beläuft sich auf **zwei Wochen**, § 63 Abs. 2 FamFG. Manchmal wird diese Bestimmung immer noch über-

sehen, weil das Rechtsmittel inzwischen „Beschwerde“ heißt (und nicht sofortige Beschwerde) und die Beschwerdefrist üblicherweise einen Monat ausmacht, § 63 Abs. 1 FamFG.

- Nach Verfahrensabschluss steht jederzeit das Hauptsacheverfahren offen, das der Antragsteller betreiben kann, wenn er weitergehende Forderungen stellen will (auch zum Unterhalt, wenn er im einstweiligen Anordnungsverfahren in vollem Umfang obsiegt hat, weil die Entscheidung insoweit nicht rechtskräftig wird, andererseits im Hauptsacheverfahren), aber auch auf Einwand mit entsprechender Antragstellung des Antragsgegners, der den Übergang ins Hauptsacheverfahren verlangen kann. Auch kann er im Übrigen selbst tätig werden, negative Feststellungsklage, während er Unterhaltsabänderung nur im üblichen Rahmen erreichen kann (nachträgliche Veränderungen, dazu gleich 5.).

5. Abänderung; inhaltliche Neuregelung

Ist eine einstweilige Anordnung ergangen, ist später unter den üblichen Voraussetzungen **Abänderung** oder **inhaltliche Neuregelung** zulässig, § 54 FamFG. Sie bedarf der Vollstreckungsklausel nur, wenn die Vollstreckung für oder gegen einen anderen als den in dem Beschluss bezeichneten Beteiligten erfolgen soll, § 53 Abs. 1 FamFG. Auf Antrag eines Beteiligten hat das Gericht das Hauptsacheverfahren einzuleiten, wenn der Antrag erfolgreich war, § 52 Abs. 1 S. 1 FamFG. Dabei kann das Gericht eine Frist bestimmen, vor deren Ablauf der Antrag unzulässig ist, die für sich aber drei Monate nicht überschreiten darf. In Verfahren, die nur auf Antrag eingeleitet werden, hat das Gericht auf Antrag anzuordnen, dass der Beteiligte, der die einstweilige Anordnung erwirkt hat, binnen einer zu bestimmenden Frist Antrag auf Einleitung des Hauptsacheverfahrens oder Antrag auf Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe für das Hauptsacheverfahren stellt, § 52 Abs. 2 S. 1 FamFG. Die Frist darf drei Monate nicht überschreiten. Wird dieser Anordnung nicht Folge geleistet, ist die einstweilige Anordnung aufzuheben, S. 2.

Führt er ein Hauptsacheverfahren, muss er die Antragstellung auf die einstweilige Anordnung beziehen. Sind ihm 800 Euro zunächst zugesprochen, nimmt seine Partei aber 1.200 Euro für sich in Anspruch, ist

wenig zweckmäßig, in der Hauptsache 1.200 Euro zu verlangen und dann zu riskieren, dass die Anträge abgewiesen werden, weil damit auch die einstweilige Anordnung ihre Wirkungen verlieren kann (noch unglücklicher ist, die Anträge einfach zurückzunehmen, weil zu befürchten ist, dass man nicht in vollem Umfang durchdringt – mit der Rücknahme wird auch die Grundlage für die einstweilige Anordnung beseitigt, die aber gar nicht beseitigt werden sollte). Jedenfalls sollte klargestellt werden, dass der weitergehende Antrag so zu verstehen ist und die zugesprochenen Teile aus der einstweiligen Anordnung nicht infrage stellt.

Für die einstweilige Anordnung und die Vorgehensweise für den unterliegenden Teil stehen damit nebeneinander als Abwehrmittel zur Verfügung:

- **Aufhebung** oder **Abänderung** der **einstweiligen Anordnung**, § 54 FamFG,
- wobei, wenn die Regelung ohne mündliche Verhandlung ergangen ist, zunächst **mündliche Verhandlung** zu beantragen ist, § 54 Abs. 2 FamFG.
- Der unterlegende Teil kann bei Gericht den Antrag stellen, der Gegenseite aufzugeben, das **Hauptsacheverfahren** einzuleiten, § 52 FamFG.
- In diesem Verfahren (Einleitung der Hauptsache) kann er **Widerklage** erheben und **Rückzahlung** der von ihm geleisteten Beiträge verlangen. Aber dabei ist Voraussetzung, dass die Gegenseite überhaupt tätig wird (auch für die Einstellung der Zwangsvollstreckung), denn wenn kein Rechtsmittel bereitsteht wie in Unterhaltssachen, sind auch Nebenanträge nicht zulässig.
- Also ist für ihn wichtig, selbst aktiv zu werden, also entsprechende **Abänderungsanträge** zu stellen (im einstweiligen Anordnungsverfahren oder in der Hauptsache?),
- oder **negative Feststellungsklage** einzuleiten, verbunden mit Anträgen zur Rückzahlung und zur Einstellung der Zwangsvollstreckung, da § 241 FamFG im einstweiligen Anordnungsverfahren ohnehin nicht gilt (unabhängig von dem Streit, ob die Bestimmung nun bei

der **Abänderungsklage** eingreift, bei der negativen Feststellungsklage aber vielleicht nicht).

- Erfüllt er die sonstigen Voraussetzungen, ist ihm jeweils VKH zu bewilligen, wobei wie sonst zu prüfen ist, ob die Verfahren nebeneinander geführt werden „dürfen“ und nicht vielleicht mutwillig erscheinen, schlichte These, in der Hauptsache könnten keine Ansprüche verwirkt werden, für die schon eine einstweilige Anordnung vorliege, ist so falsch. Alle prozessualen Möglichkeiten stehen ihm jedenfalls sonst zur Auswahl, dazu OLG Hamm, FamRZ 2017, 724.

Gegen eine einstweilige Anordnung von Zahlung auf Unterhalt kann der Ag. daher sowohl mit einem **Abänderungsantrag** nach § 54 FamFG als auch mit einem **negativen Feststellungsantrag** in einem Hauptsacheverfahren oder mit einem Antrag nach § 52 Abs. 2 FamFG vorgehen, OLG Frankfurt, 6 UF 155/14 = FamRB 2015, 105 mit Anm. Giers. Welchen Antrag er nun tatsächlich gestellt hat, ist durch Auslegung, in unklaren Fällen auch durch Nachfrage und rechtlichen Hinweis zu ermitteln, OLG Frankfurt, 6 UF 155/14 = FamRB 2015, 105 mit Anm. Giers. Der BGH hält inzwischen sogar eine **Umdeutung** der Anträge für zulässig, XII ZB 573/17. Auf diese Abläufe muss der Anwalt seinen Mandanten in allen Einzelheiten hinweisen und für ihn den richtigen Weg wählen. Treten Ausfälle ein, kann er schadensersatzpflichtig sein.

Beispiel, folgt dem BGH: Der Ast. wollte nach § 239 FamFG gegen einen im Verfahren der einstweiligen Anordnung (1.5.2016) geschlossenen Vergleich zur Zahlung von Trennungsunterhalt vorgehen, 750 Euro. Dabei hat sein Anwalt einen Abänderungsantrag nach § 239 FamFG mit dem Ziel gestellt, seinen Mandanten nur noch zur Zahlung von 444, 76 Euro Trennungsunterhalt zu verpflichten. Das AG hat der Ehefrau im Wege der einstweiligen Anordnung 401 Euro zugesprochen. Gegen die Entscheidung wendet sich der Ehemann (nach Beschwerde) mit der Rechtsbeschwerde, die der BGH für statthaft hält, aber nicht für erfolgreich. Denn:

- Ein Abänderungsantrag nach § 239 FamFG sei nicht erfolgversprechend gewesen.
- Der Vergleich, der abgeändert werden soll, habe jedenfalls den Trennungsunterhalt nicht endgültig geregelt, dazu OLG Köln, FamRZ 2015, 598 (599); Langheim, FamRZ 2014, 1413 (1419). Zwischen den Beteiligten habe Einigkeit bestanden, dass die Absprachen nur eine vorläufige Regelung darstellen sollten. Weiterhin sei das Hauptsacheverfahren anhängig gewesen.
- Also wird wesentlich, ob der Antrag, den der Ehemann gestellt hat, als Antrag nach § 54 FamFG zu verstehen oder so auszulegen sei.

- Das bleibt offen. Jedenfalls sei dieser Antrag nach § 140 BGB in einen solchen Antrag umzudeuten,
- allerdings mit dem Ergebnis,
- dass die Entscheidung des AG als Entscheidung im Wege der einstweiligen Anordnung gilt und weitere Rechtsmittel nicht statthaft sind.
- Das zunächst „eingeleitete Hauptsacheverfahren“ ist damit gegenstandslos geworden, ein sehr langer Umweg (mit im Übrigen einem wohl eher zweifelhaften Ergebnis).

6. Entscheidung ohne mündliche Verhandlung

Hat das Gericht die einstweilige Anordnung ohne **mündliche Verhandlung** erlassen (oder den Antrag abgelehnt), stehen keine **Rechtsmittel** bereit. Vielmehr muss der unterlegene Teil Antrag auf **mündliche Verhandlung** stellen, § 54 Abs. 2 FamFG. Erst gegen diese Entscheidung sind dann Rechtsmittel statthaft (wenn Rechtsmittel überhaupt bereitstehen). Übersieht der Anwalt diese Zusammenhänge, ist er schadensersatzpflichtig (für die Kosten, die seinem Mandanten entstehen).

7. Insbesondere: Wohnungszuweisung

Nach § 49 Abs. 1 FamFG kann das Gericht durch einstweilige Anordnung eine vorläufige Maßnahme treffen, soweit dies nach den für das Rechtsverhältnis maßgebenden Vorschriften gerechtfertigt ist und ein dringendes Bedürfnis für ein sofortiges Tätigwerden besteht. Die Maßnahme kann einen bestehenden Zustand **sichern** oder **vorläufig regeln**. Einem Beteiligten kann eine Handlung geboten oder verboten, insbesondere die Verfügung über einen Gegenstand untersagt werden, § 49 Abs. 2 S. 1 und 2 FamFG.

Beispiel: Karin, 23 Jahre alt, lebt mit Klaus zusammen, 24 Jahre. Beide sind Sozialhilfeempfänger; sie befinden sich in einem Drogen-Programm der Stadt Frankfurt. Klaus entschließt sich zu einem Entzug und verlässt die Wohnung. Karin will allerdings dort bleiben (2 Zimmer, Kostenübernahme durch den Leistungsträger). Nun erhält sie allerdings nicht mehr alle Zahlungen, die bisher beide bekommen haben, weil das Amt auf dem Standpunkt steht, Klaus sei Bezugsberechtigter für seinen Anteil. Deshalb kann sie die volle Miete nicht bezahlen. Mit der Wohnungsbaugesellschaft ist geklärt, dass zunächst keine Kündigung aus wichtigem Grund erfolgen soll. Schließlich will Karin erreichen, dass ihr die Wohnung zur alleinigen Nutzung zugewiesen wird. Von da an wäre auch der Leistungsträger bereit, die vollen Mietkosten zu übernehmen, obwohl die Wohnung eigentlich „zu groß“ ist, aber ein Umzug wäre teurer. AG Königstein, 10 F 449/11 EA/WH und OLG Frankfurt, 3 WF 243/11 sehen die Voraussetzungen aus § 1361 b BGB nicht als erfüllt an (keine unbillige Härte), denn „finanzielle Erwägungen“ spielten keine Rolle; zur vor-

läufigen Überlassung der Wohnung in der Trennungszeit Giers, NZFam 2014, 496, zur endgültigen Regelung der Rechtsverhältnisse an der Ehwohnung Kemper, NZFam 2014, 500.

Weiteres Beispiel: Dora, verheiratet mit Klaus und Mutter zweier Kinder (sieben und neun Jahre alt, die bei ihr leben) möchte gern zumindest während der Dauer des Getrenntlebens weiterhin in der bisherigen Ehwohnung bleiben. Allerdings ist ihr Mann alleiniger Mieter. Was kann sie tun? dazu Beispiel oben 2.7. Ob sie sich durchsetzen wird, ist unsicher. Deswegen sollte der Anwalt, der den Auftrag seines Mandanten/seiner Mandantin erhält, die Wohnungszuweisung für die Dauer des Getrenntlebens zubetreiben, nachdem er nachgefragt hat, wer alleiniger Mieter ist. Denn sonst nimmt er die Entscheidung vorweg. Allerdings muss er seinem Mandanten/seiner Mandantin sagen, wie sich die Dinge verhalten und sämtliche Einzelheiten schildern, auch wenn VKH bereit steht, denn für die Kosten der Gegenseite muss auch der Teil einstehen, der für sich selbst VKH in Anspruch nehmen kann.

Exkurs: Die Eigenschaft als Ehwohnung bleibt bis zur Rechtskraft der Scheidung erhalten, BGH, NJW 2017, 260, anders noch BGH, NJW 2013, 2507. Sie wird „selbst dann als solche behandelt“, wenn beide Ehegatten dort nicht mehr wohnen. Während der Trennungszeit kann ein Ehegatte vom anderen keine Herausgabe der Räumlichkeiten nach § 985 BGB verlangen, wenn dieser dort wohnt, selbst wenn er alleiniger Eigentümer ist. Vielmehr muss er nach § 1361 b Abs. 1 BGB vorgehen, §§ 200 ff. FamFG, BGH, NJW 2017, 260. Bis zur rechtskräftigen Scheidung kann er damit nur eine vorläufige Regelung erreichen, vgl. dazu auch Wever, FamRZ 2018, 649 und Lenz, NJW-spezial 2018, 452. Veräußert er die Ehwohnung an einen Dritten, ist der andere Ehegatte, der dort wohnt, allerdings nicht weiter geschützt, weil er kein Recht zum Besitz gegenüber den Erwerber hat. Deshalb kann dieser nun die Herausgabe der Räumlichkeiten betreiben. Auch ein Veräußerungsverbot kann nicht etwa durch gerichtliche Entscheidung begründet werden, dazu OLG München, BeckRS 2016, 10464, im Übrigen Lenz, NJW-spezial 2016, 580.

8. Verfahrenskostenvorschuss

Ansprüche auf Zahlung eines **Verfahrenskostenvorschusses** sind gegenüber VKH vorrangig, die sich auf unterhaltsrechtliche Regeln gründen, **§ 1360 a Abs. 4 BGB** und nur (bei Eheleuten) bis zur Scheidung bereitzteht, danach nicht mehr. Wird Unterhalt nach Quote geschuldet und gezahlt, trifft den „Schuldner“ keine weitere Verpflichtung zur Leistung eines Verfahrenskostenvorschusses, der eben bei dieser Vorschrift unterhaltsrechtlich zu qualifizieren ist. Sonst würden die üblichen, unterhaltsrechtlichen Grundsätze zur Halbteilung verletzt. Weitere Folgen:

- Bleibt der leistende Teil im Verfahren erfolglos, kann die Gegenseite Kostenfestsetzung und Kostenerstattung beantragen. Dort kann er nicht etwa geltend machen, er habe bereits einen Vorschuss gezahlt,

so dass eine „eigentliche“ Kostenfestsetzung gegen ihn nicht in Betracht komme. Auch die Verrechnung oder Aufrechnung steht ihm nicht offen, wenn Rückforderungsansprüche nicht bereits in anderer Form tituliert sein sollten (oder eine entsprechende Regelung zwischen den Beteiligten selbst getroffen worden ist, darauf sollte der Anwalt achten, wenn er für seinen Mandanten im Verfahren auf Leistung eines Verfahrenskostenvorschusses bei Gericht tätig wird, etwa durch entsprechende Fassung einer vergleichsweisen Regelung, die dann Vollstreckungsgrundlage sein kann). Seinen Vorschuss kann er allenfalls nach den allgemeinen Regeln zurückverlangen, also §§ 812 ff. BGB, zu weiteren Einzelheiten Jüdt, FuR 2016, 331 (338).

- Werden wie in Familiensachen häufig die Kosten gegeneinander aufgehoben, entstehen keine Ausgleichsforderungen. Der Verfahrenskostenvorschuss ist also „verloren“, denn er kann im Kostenfestsetzungsverfahren nicht geltend gemacht werden, wobei allenfalls wiederum Rückforderung nach den **allg. Regeln** verlangt werden kann, etwa **Bereicherungsrecht**, aber auch mit dem Risiko der Entreichung, §§ 812 ff. BGB.
- Deshalb wird häufig nach Abhilfe gesucht, **Darlehen**, wobei allerdings keine Verpflichtung für die Gegenseite besteht, sich auf ein entsprechendes Angebot einzulassen, dazu Herr, FuR 2010, 658 (660/661),
- und auch sonstige Verrechnungsabreden setzen Einverständnis beider Eheleute voraus. Doch sollte der Anwalt, der den Anspruchsgegner im Verfahren etwa auf Erlass einer einstweiligen Anordnung vertritt, alles versuchen, Ansprüche seines Mandanten in dieser Form zu sichern.
- Betreibt der Ast. ein Verfahren zum **Zugewinnausgleich**, kann sich (vielleicht) empfehlen, einen Vorschuss zu zahlen, wenn der Ag. der Auffassung ist, dass er diesen Betrag jedenfalls schuldet. Dann kann er (auch) die Auffassung vertreten, der Empfänger sei nicht mehr „anspruchsberechtigt“, denn er verfüge jetzt über ausreichende Mittel, sein Verfahren selbst zu führen, dazu Jüdt, FuR 2015, 331 (334/335). Wie wird die andere Seite reagieren? Das Angebot aus-

schlagen? Oder den Betrag entgegennehmen, um dann die eigenen Kosten übernehmen zu müssen?

- Auch § 1380 BGB kann vorliegen, Beispiel BGH, FamRZ 2005, 1974.

VII. Internationales Privatrecht

Die Regelungen für die Behandlung von Familiensachen mit Auslandsbezug sind (besonders) unübersichtlich geworden. Sie setzen sich zusammen aus nationalem Recht, immer noch teilweise enthalten im EGBGB, europarechtlichen Regeln, als Beispiele VO Nr. 2201/2003 und VO Nr. 1259/2010, internationalen Abkommen und Vereinbarungen, KSÜ, MSA, HKindEntÜ und vielen anderen Regelungen mehr, etwa auch dem dt-iran. Niederlassungsabkommen, das im Verhältnis zum Iran alles anders regelt als sonst. Deshalb sind auch Fehler bei der Rechtsanwendung besonders häufig. Im Januar 2019 sind die europ. GüterrechtsVOen in Kraft getreten, allerdings erst für Ehen, die nach dem 29.01.2019 geschlossen oder für die vertragliche Regelungen vereinbart werden. Deshalb ist voreilig, dass der Gesetzgeber Art. 15 EGBGB außer Kraft gesetzt hat (die Vorschrift wird noch für lange Zeit maßgeblich bleiben).

Beispiel: Ayse und Metin, beide türk. Staatsangehörige, haben 1999 in Izmir/Türkei geheiratet. Seit 2004 leben sie in Deutschland. Nun möchte Metin sich scheiden lassen. Aus der Ehe sind die Kinder Zümrüt, geboren 2006 und Ilknur, geboren 2008, hervorgegangen, die bei der Mutter leben. Für den Scheidungsantrag von Metin (bzw. von Ayse, wenn sie sich zur eigenen Antragstellung entschließt und vielleicht inzwischen sogar in der Türkei lebt) sind dt. Gerichte internat. zuständig (oder können zuständig sein). Maßgeblich wird **Art. 3 VO Nr. 2201/2003** (Neuregelung geplant für 2022, VO Nr.2019/1111) mit dem dort aufgeführten Katalog für die einzelnen Zuständigkeiten, wobei wir die europarechtlichen Regeln auch im Verhältnis zu türk. Staatsangehörigen zur Anwendung bringen, universelle Geltung. Allerdings können beide Eheleute ihr Scheidungsverfahren auch in der Türkei betreiben, die insoweit ihre Regeln zugrunde legt. Sachliche Grundlage im Scheidungsverfahren werden für uns die Vorschriften der **VO Nr. 1259/2010**, wie sonst maßgeblich im Verhältnis zu türk. Staatsangehörigen/der Türkei, universelle Anwendung. Jedenfalls haben die Eheleute ihren gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland, dazu Art. 8 a). Einigen sich Ayse und Metin im Verfahren bei uns und wählen türk. Recht (das können sie), dazu Art. 5 VO Nr. 1259/2010, ziehen wir die dortigen Regeln für die Ehescheidung heran, aber auch türk. Unterhaltsrecht, weil das HUÜ 1973 fortgilt, dort Art. 8, eine Regelung, die unserem früheren Art. 18 Abs. 4 EGBGB

entspricht und Unterhaltsansprüche für die Zeit nach der Ehescheidung nach dem auf die Scheidung tatsächlich angewandten Recht beurteilt. Die Türkei gehört zwar in der Zwischenzeit dem HUÜ 2007 an, aber eben nicht dem HUP, zu den Folgen Art. 18 HUP und Hausmann, Int. und europ. Familienrecht, C Rz. 774 und 775, a.A. OLG Karlsruhe, FamRZ 2017, 1491 (1492); Andrae, IPrax 2014, 326 (328) und Dutta, FamRZ 2014, 2005 (2006); OLG Karlsruhe, FamRZ 2017, 1491 (1492). Türk. Unterhaltsregeln sind für sich nicht ohne Weiteres schlechter als dt. Recht. Allerdings schließt Art. 175 türk. ZGB einen Unterhaltsanspruch eines Ehegatten bei überwiegendem Scheidungsverschulden auf seiner Seite aus, dazu auch Özen/Odendahl, FamRB 2010, 90 und Odendahl, IPrax 2018, 450 (451). Andererseits kann nach **§ 1578 b BGB** der Unterhalt begrenzt (auf das eheangemessene Maß, so dass nicht mehr die ehelichen Lebensverhältnisse für sich entscheidend werden) oder zeitlich befristet werden, je nach Dauer der Ehe, wobei nach langer Ehezeit und bei ehebedingten Nachteilen, die Anspruchsteller für sich nachweisen kann, Ausnahmen vorgesehen sind. Deshalb lässt sich nicht sicher sagen, welche Bestimmungen nun im Einzelfall die „besseren Ergebnisse“ für den Unterhaltsgläubiger bringen. Für den **Versorgungsausgleich** gilt das Recht, das für die Ehescheidung bestimmend geworden ist, also (zunächst) dt. Recht. Doch sind beide Eheleute türk. Staatsangehörige. Jeder von ihnen kann dann beantragen und muss das auch, wenn er den Versorgungsausgleich regeln will, denn die Türkei kennt den Versorgungsausgleich nicht, den Versorgungsausgleich nach (inzwischen) **Art. 17 Abs. 4 EGBGB** durchzuführen, falls einer von ihnen Versorgungswirtschaften erworben hat, der (nun) auch nach dt. Recht durchzuführen ist, wenn die sonstigen Voraussetzungen aus Art. 17 Abs. 4 EGBGB vorliegen (im Wesentlichen: **Billigkeitserwägungen**). Allerdings sind auch nachträgliche Anträge in einem isolierten Verfahren statthaft, wenn die Ehescheidung (etwa) in der Türkei erfolgt sein sollte oder in Deutschland bisher keine Anträge gestellt waren, wobei für sie **§ 102 FamFG** internationale Zuständigkeiten in Deutschland bereitstellt. Dabei ist zu beachten, dass im Verhältnis zum Iran kein Versorgungsausgleich stattfindet, wenn beide Beteiligte iran. Staatsangehörige sind. Güterrechtliche Rechtsbeziehungen richten sich dagegen nach ihrem Heimatrecht, das sie im Übrigen sogar vereinbaren können, wenn sie

- damals nur dem Iran angehört,
- später dann aber eine andere Staatsangehörigkeit hinzugeworben haben,
- denn dann ist das dt.-iran. Niederlassungsabk. nicht maßgeblich.

Variante: Klaus und Helga, dt. Staatsangehörige, verbringen ihren Lebensabend in Antalya/Türkei (dort leben sie inzwischen seit vier Jahren). Leider entwickeln sich die Dinge nicht so wie sie sich das erhofft haben. Deshalb möchte sich Helga scheiden lassen. Nach Art. 3 Abs. 1 b) VO Nr. 2201/2003 kann sie sich wegen ihrer gemeinsamen Staatsangehörigkeit mit Klaus an dt. Gerichte wenden, wobei das AG in Berlin Schöneberg örtlich zuständig ist. Denn beide haben keinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland. In der Sache zieht das dt. Gericht, Art. 8 a) VO Nr. 1259/2010 türk. Scheidungsrecht heran, gemeinsamer gewöhnlicher Aufenthaltsort der Beteiligten in der Türkei. Zudem kann Helga türk. Gerichte einschalten, wenn sie dort Zuständigkeiten vorfindet, die

- zunächst auf dt. Recht Bezug nehmen,
- dabei aber eben auch, Gesamtverweisung, Art. 2 türk. IPRG, dt. Kollisionsregeln zugrunde legen,
- nun nicht mehr aus den Bestimmungen des EGBGB, sondern aus der VO Nr. 1259/2010,
- die schon für das Scheidungsverfahren Art. 8 a) auf das Recht des gewöhnlichen Aufenthaltsortes verweist, also auf türk. Recht. Allenfalls könnten die Ehegatten dt. Recht wählen oder ihr Verfahren bei einem für sie zuständigen Gericht in einem anderen Land führen, das ohne Rückverweisung an die gemeinsame Staatsangehörigkeit beider Eheleute anknüpft, dazu Odendahl, IPrax 2018, 450 (451).
- Türk. Recht bleibt auch maßgeblich, falls seine Regeln vorher bestimmend waren, wenn Helga nun umzieht und ihr Umzug nicht länger als ein Jahr zurück liegt. Erst nach Ablauf (ein Jahr) würde sich die Rechtsanwendung ändern, zumindest unter den Mitgliedstaaten der VO Nr. 1249/2010, vgl. dazu Art. 8,
- so dass sie, dritte Priorität, dt. Recht zur Anwendung bringen kann, selbst wenn sie in einem Drittstaat lebt, denn beide Eheleute sind dt. Staatsangehörige.
- Haben die Eheleute unterschiedliche Staatsangehörigkeiten, würde mit dem Umzug dorthin sogar die Rechtsanwendung über die Regeln der lex fori möglich werden.

Bei seinen Empfehlungen muss der Anwalt dies alles berücksichtigen. Keineswegs darf er sich mit kurzfristigen Vorteilen zufrieden geben, die die Eheleute selbst erreichen sollen – ohne Trennungszeit geschieden werden, das ist in der Türkei möglich. Allerdings könnten die Ehegatten dt. Recht wählen.

Abschlussbeispiel

Beim AG in B. führt Rechtsanwalt F. ein güterrechtliches Verfahren mit einem Aktenzeichen aus dem Jahre 2003. Damals ist die Ehe der Eheleute C. geschieden worden, bevor überhaupt güterrechtliche Ansprüche in den Verbund einbezogen werden konnten. Im ersten Verhandlungstermin wollte sich Herr C. mit seiner Ehefrau versöhnen. Sie war zunächst unentschieden, aber als er sie dann bedrohte, erklärte sie, nun wolle sie auch geschieden werden. Umgehend hat daher das AG in B. die Ehescheidung ausgesprochen. Anschließend hat Frau C. Zugewinnausgleich mit Stufenanträgen verlangt, um sie nach Auskunftserteilung zu beziffern (ohne die Auskünfte selbst aber für erledigt zu erklären - auch die Gegenseite hat Auskünfte eingefordert, hat dann aber eine entsprechende Erledigungserklärung abgegeben). Erfasst sind viele Vermögenspositionen, die für sich zu Teilen schwer zu bewerten sind, etwa in den USA, in Jersey, aber auch – Eigentumswohnung – in Beirut und sonst in der Schweiz (und in Österreich und in Belgien u.ä.). Zunächst werden umfangreiche steuerliche Ermittlungen angestellt, weil sich die Familienangehörigen untereinander (das Verfahren wird in wechselnder Besetzung zwischen Mutter, Vater und Kindern geführt) gegenseitig beschuldigen. Die Auseinandersetzung beim Familiengericht zieht sich hin. Geschehen ist bisher wenig, Aktenzeichen 2003. In 2005 ist für einen Teil der Vermögenswerte ein Gutachten eingeholt worden, aber dann

- hat mehrfach der Richter/die Richterin gewechselt,

- und in der Zwischenzeit ist der Ehemann verstorben. An seine Stelle sind vier Beteiligte eingetreten, nämlich ein eigener Sohn, für den die Ehefrau nicht die Mutter ist, sowie drei weitere Söhne, von denen der Ehemann einen adoptiert hat, die anderen aber nicht (sie stammen aus einer anderen Verbindung der Ehefrau). Dadurch ist das Verfahren länger unterbrochen gewesen. Während dieser Zeit ist der Ag. zu 1, einer der Söhne, ebenfalls verstorben, und seine Kinder und seine Ehefrau sind an seine Stelle getreten. Die Ehefrau ist nun abgefunden, und deshalb sind die beiden Kinder Ag. zu 1 und 2 (durch die neue Zählung, so dass aus vier Ag. in der Zwischenzeit fünf geworden sind). Im Jahre 2018 findet nach einigen weiteren Versuchen jeweils etwa im Jahresabstand eine Verhandlung mit einer „neuen“ Richterin statt. Sie erklärt zunächst zur Verfahrenseinleitung, sie habe sich bisher mit Strafsachen beschäftigt. Jedenfalls fordert sie die Beteiligten auf, doch nun endlich einmal Auskunftsanträge zum Anfangsvermögen zu stellen, ohne zu sehen, dass altes Recht solche Anträge gar nicht vorsah. Nach den gesetzlichen Veränderungen 2009 hat sich daran jedenfalls nichts ändert, weil die entsprechenden Überleitungsregeln nach wie vor nicht zu Auskünften verpflichtet, die sich auf das Vermögen bei der Heirat beziehen, wenn die Vorgänge schon die Zeit vor 2009 betreffen. Im weiteren Verlauf dieser Verhandlung verlangt sie Anträge zur Sache. Rechtsanwalt F., der die Ast. vertritt, blättert längere Zeit in seinen Akten (und stellt dabei fest, dass in den vorausgegangenen Verhandlungen offensichtlich jahrelang keine Anträge formuliert worden sind). Deshalb greift er auf einen Terminsbericht aus dem Jahre 2007 zurück und wiederholt die dortigen Anträge, wobei er übersieht, dass nicht mehr die Ag. 1 bis 4 Verfahrensgegner sind (das waren die Söhne), sondern die Ag. 1 bis 5, weil an die Stelle des Ag. zu 1 dessen beide Kinder in das Verfahren einbezogen sind (gerade auf den Ag. zu 5 wird es aber ankommen, weil er der leibliche Sohn des verstorbenen Ehemannes ist, der in besonderem Maße illoyale Zuwendungen seines Vaters erhalten haben soll). Zunächst wird der Fehler übersehen. Später bemerkt ihn allerdings Frau C. Was kann Rechtsanwalt F. tun? **Protokollberichtigung**? Die Richterin hätte die Anträge nochmals vorlesen und genehmigen lassen müssen. Das hat sie nicht getan, und im Protokoll ist kein entsprechender Vermerk vorhanden. **Protokollergänzung**? Liegt in der Erklärung, das Verfahren werde gegen die Ag. zu 1 bis 4 geführt, eine teilweise **Klagerücknahme**? Was bedeutet das für das güterrechtliche Verfahren? Möglich wäre erneute **Klageerhebung**, aber mit der Rücknahme wäre, wenn nicht besondere abweichende Anordnungen zu finden wären, eben auch eine hässliche Folge verbunden - die zwischenzeitlich eingetretene **Verjährung**, denn das güterrechtliche Verfahren hat 2003 begonnen! Ein Glück, dass in den **Übergangsregeln** zum **Verjährungsrecht** eine Vorschrift enthalten ist, die bei der Klagerücknahme Verjährung erst sechs Monate später eintreten lässt. Sehr ausführlich weist Rechtsanwalt F. auf diese Folgen in mehreren Schriftsätzen hin. Seine Klageanträge formuliert er neu unter Einschluss des Ag. zu 5, bittet um Zustellung der veränderten Fassung (und um Protokollberichtigung) sowie möglichst baldige mündliche Terminierung. Monatelang geschieht nichts. Rechtsanwalt

- F. sieht noch vor Ablauf der Sechsmonatsfrist in der Akte beim AG B. nach und stellt fest, dass keine
- förmliche Zustellung erfolgt ist,
 - nicht einmal eine Übersendung mittels Empfangsbekanntnis,
 - sondern einfach eine Weiterleitung seines Schriftsatzes mit der üblichen Erklärung: „Beiliegender Schriftsatz wird Ihnen übersandt“.
 - Seinen Schriftsatz gibt er daher noch einmal in der notwendigen Form beiden beteiligten Anwälten (des Ag. zu 3 und des Ag. zu 5) und stellt von Anwalt zu Anwalt zu, gerade noch vor Ablauf der Frist von sechs Monaten.

Welche Folgen hat das alles? Protokollberichtigung? Verjährung? Klagerücknahme? Zu den einzelnen Punkten, die Rechtsanwalt F. umfassend vorbringt, äußern sich Gericht und Gegenseite mit keinem Wort. Lange nach Ablauf der Frist von sechs Monaten terminiert die Richterin neu. Über viele Einzelheiten wird nun erstmals ausführlich verhandelt, und am Ende macht sie klar, dass sie einen Beweisbeschluss verkünden werde. Niemand rührt sich sonst, und die Anträge, die bisher falsch gestellt waren, werden ohne Weiteres in „neuer Form“ zu Protokoll des Gerichts aufgenommen.