Familien Anwälte
In jeder Beziehung.

Deutscher Anwaltverein
Arbeitsgemeinschaft Familienrecht

Herbsttagung 2010 und Mitgliederversammlung

25. bis 27. November 2010 in Hannover

Aktuelle Stunde

Probleme mit dem neuen FamFG

Helmut Borth, Präsident des AG Stuttgart a.D.

Heilbronn

Helmut Borth
Präsident des Amtsgerichts aD.
Heilbronn

Aktuelle Stunde

Probleme mit dem neuen FamFG

I. Vertretung minderjähriger Kinder in Kindschaftssachen gemäß § 151 FamFG

- ► Ob und wie ist minderjähriges Kind am Verfahren zu beteiligen, wenn es in seinen Rechten i.S.d. § 7 II Nr. 1 FGG betroffen ist. Zweifelsfrei erfasst diese Vorschrift auch Kinder unter 14. Lebensjahr.
- ► Muss generell Ergänzungspfleger bestellt werden? Dies verneint das OLG Stuttgart.[1] Zum Kind ab dem 14. Lebensjahr s. § 60 FamFG sowie § 164 FamFG. In den §§ 151 ff. FamFG fehlt eine Regelung zur Beteiligtenstellung (zum Abstammungsverf. S. 172 FamFG).
- ► Aus § 9 I Nr. 3, II FamFG ist wohl zu entnehmen, dass Kind durch gesetzlichen Vertreter im Verfahren vertreten wird; lediglich das Kind ab 14. Lebensjahr ist selbst verfahrensfähig (in Bezug auf die Person bezogenes Verfahren).
- ► Der Verfahrensbeistand ist nach § 158 Abs. 4 S. 6 FamFG nicht gesetzlicher Vertreter des Kindes.
- ► Im Falle einer **Interessenkollision** im Eltern – Kind – Verhältnis (§§ 1629 Abs. 2 S. 3, 1796 BGB) ist dann aber ein **Ergänzungspfleger** nach § 151 Nr. 5 i.V.m. § 1909 Abs. 1 BGB zu bestellen; das ist in den Fällen des § 1687 Abs. 1 S. 1 BGB, deren Regelung für das Kind von erheblicher Bedeutung ist, regelmäßig anzunehmen,[2] wenn die konkrete Gefahr besteht, dass der gesetzliche Vertreter bei seiner Entscheidung das Kindeswohl nicht mit der geboten Objektivität verfolgt (wenn ein Elternteil dem anderen die Umgangsbefugnis abspricht!).[3] Zur unbeeinflussbaren Kontrollfunktion s. BVerfG FamRZ 2000, 731.

II. Einstweilige Anordnung zum Unterhalt – Rückforderung zuviel gezahlten Unterhalts

- ► Auf Grund der unterschiedlichen Bestandskraft ist neben einer einstwAnO auch gleichzeitig der Leistungsklageantrag zuzulassen. Dies ergibt sich auch mittelbar aus § 52. Der Ansicht, dem Leistungsklageantrag fehle das Rechtsschutzbedürfnis, solange ein Abänderungsverfahren durchge-

[1] FamRZ 2010, 1166 = JAmt 2009, 569 f.; das OLG Oldenburg verlangt dies grundsätzlich, FamRZ 2010, 662.

[2] S. auch OLG Stuttgart FamRZ 2010, 1166 – dort wird von einem erheblichen Interessengegensatz gesprochen.

[3] Zum Verfahren zur Bestellung eines Ergänzungspflegers OLG Oldenburg FamRZ 2010, 662, 663 f.

führt werden könne,[4] steht entgegen, dass einstwAnO grds. auch rückwirkend abgeändert werden können, weil sie nicht in Rechtskraft erwachsen[5] und der Unterhaltsberechtigte nicht die Gewähr hat, den nach §§ 246, 54 titulierten Anspruch auch behalten zu dürfen.

- ► Soweit der Antragsgegner mit dem Abänderungsantrag nach § 54 nicht durchdringt, kann er **im Wege des negativen Feststellungsklageantrags** die Aufhebung der Unterhaltsfestsetzung des Anordnungsverfahrens erreichen und zwar auch rückwirkend ab dem Beginn der Unterhaltsverpflichtung gemäß der einstwAnO. Der Schutz des Vertrauens auf das Behaltendürfen der Leistung wird nach BGH[6] ausreichend durch den **Entreicherungseinwand** nach § 818 Abs. 3 BGB bei einer Rückzahlungsforderung sichergestellt.
- ► Ob die **Einreichung eines Rückforderungsantrags** gemäß §§ 812 ff. BGB in **analoger Anwendung des § 241 BGB** dieselbe Rechtsfolge wie im Fall der Anträge nach §§ 238, 239 FamFG führt ist, nicht geklärt.
- ► Unklar ist, ob die Vorschrift des § 241 auch auf den Abänderungsantrag nach § 54 entsprechend anzuwenden ist.[7] Jedoch wird durch den bestehenden Rückforderungsanspruch nicht das **Problem des Einwands der Entreicherung** gemäß § 818 Abs. 3 BGB durch Verbrauch der Unterhaltsleistungen beseitigt. Dem kann der Unterhaltsschuldner nur durch einen Rückforderungsantrag begegnen. Die Regelung des § 241 will in seinem Regelungsbereich genau dieses prozessuale Vorgehen vermeiden, um den Beteiligten nicht ein weiteres Verfahren zuzumuten.

III. Anfechtung von Kostenentscheidungen

- ► Das FamFG legt für alle Verfahrensbereiche verbindlich die Entscheidungsform im Wege des Beschlusses fest. Aus den Kostenbestimmungen gemäß den §§ 80 ff. ergibt sich jedoch nicht, in welcher Form eine Entscheidung zu den Kosten (Gebühren und Auslagen) erfolgt, wenn zur Hauptsache keine Sachentscheidung zu treffen ist; § 83 Abs. 2 i.V.m. § 81 geht von einer einheitlichen Entscheidung zur Hauptsache sowie zu den Kosten aus. Deshalb sind auch selbständige Entscheidungen zu den Kosten als Endentscheidungen i.S.d. § 38 Abs. 1 anzusehen.
- ► Deren Anfechtbarkeit ist jedoch nur dann gegeben, wenn der Wert des Beschwerdegegenstands den Betrag von 600 € übersteigt (§ 61 Abs. 1 FamFG)[8] oder das Gericht nach § 61 Abs. 2, 3

---

[4] So *Johannsen/Henrich/Sedemund-Treiber* (4. Aufl.) Rn. 14.

[5] BGH NJW 1983, 1330 = FamRZ 1983, 355, 356; FamRZ 1985, 802, 803; FamRZ 1991, 1175, 1176.

[6] BGH NJW-RR 1989, 709 = FamRZ 1989, 850.

[7] Bejahend *Prütting/Helms/Bömelburg* § 241 Rn. 12; *Rüntz/Viefhus*, FamRZ 2010, 1285, 1291; ablehnend *Dose* Rn. 529; *Götz* NJW 2010, 897, 900; zum Meinungsstand insgesamt *Schlünder* FamRZ 2010, ■ (H. 22/23).

[8] S. a. BT-Drucks. 16/6308 S. 204; anders noch § 20 a Abs. 1 S. 1 FGG.

FamFG die Beschwerde zugelassen hat.[9] Entsprechend geht die Gesetzesbegründung davon aus, dass auch für die Kostengrundentscheidung der Wert der Beschwerde von 600 € erforderlich ist.[10]

- In **Familienstreitsachen** stellt sich jedoch die Frage, ob in Bezug auf eine selbständige Kostenentscheidung dieselben Grundsätze wie in den FG – Angelegenheiten gelten, also die Beschwerde nach § 58 Abs. 1 FamFG vorrangig oder aufgrund der Verweisung in § 113 Abs. 1 S. 2 FamFG auf die Kostenbestimmungen der ZPO zurückzugreifen ist. Für die Familienstreitsachen wird teilweise vertreten, dass auf die Bestimmungen der §§ 91 ff. ZPO zurückzugreifen ist.[11] Für diese Ansicht könnte der Hinweis in der Gesetzesbegründung sprechen, dass im Falle einer übereinstimmenden Erledigterklärung § 91a Abs. 2 ZPO eingreife.[12] In diesem Fall wäre nach § 91a Abs. 2 ZPO die sofortige Beschwerde gemäß den §§ 567 ff. ZPO gegeben; ferner würde § 99 ZPO eingreifen - Beschwerdewert nach § 567 Abs. 2 ZPO: 200 €. Dies überzeugt nicht, weil § 58 gerade nicht ausgenommen wurde und deshalb auch die Ansicht vertreten werden kann, dass der **Vorrang der Entscheidungsform in Kostensachen** auch in Bezug auf die selbständige Kostenentscheidung eingreift.[13]

IV. Beiordnung einer Rechtsanwältin/eines Rechtsanwalts nach § 78 II FamFG

- Maßgebend für die Beiordnung eines Rechtsanwalts ist nach dem Wortlaut des Gesetzes **allein die Schwierigkeit der Sach- und Rechtslage**, dagegen nicht die die Bedeutung der Sache oder Schwere des Eingriffs in die Rechte eines Beteiligten. [14] Auch der Gesichtspunkt der Waffengleichheit soll keine Bedeutung haben. [15]
- Dies entspricht jedoch nicht den Vorgaben des BVerfG zum Gebot der Gleichstellung von Bemittelten und weniger Bemittelten zur **Verwirklichung eines effektiven Rechtsschutzes**.[16] In Ausprägung dieses Grundsatzes verlangt der BGH eine konkrete, an den **objektiven wie subjektiven Gegebenheiten** des konkreten Falls orientierte Notwendigkeitsprüfung. Danach ist neben dem Umfang und der Schwierigkeit der Rechtssache auch die Fähigkeit des Beteiligten, sich mündlich und schriftlich

---

[9] OLG Oldenburg FamRZ 2010, 1466; s.a. OLG Köln FamRZ 2010, 1834; OLG Zweibrücken FamRZ 2010, 1835; OLG Düsseldorf FamRZ 2010, 1835; OLG Karlsruhe FamRZ 2010, 1695; OLG Stuttgart FamRZ 2010, 664.

[10] BT-Drucks. 16/6308 S. 204.

[11] *Keidel/Meyer-Holtz*, § 58 Rn. 95, 97; *Zöller/Feskorn* § 58 Rn. 4; *Schulte-Bungert/Weinreich/Unger* § 58 Rn. 14.

[12] BT-Drucks. 16/12717 S. 60 – aufgrund Subsidiaritätsklausel des § 58 Abs. 1; s. a. OLG Frankfurt/M. FamRZ 2010, 1697.

[13] S. auch OLG Oldenburg FamRZ 2010, 1831 m. Anm. *Götz*; ferner *Johannsen/Henrich/Maier* § 243 Rn. 11.

[14] BT-Drucks. 16/6308 S. 214; s. hierzu BVerfG FamRZ 2002, 531, 532.

[15] BT-Drucks. 16/6308 S. 214.

[16] BVerfG NJW – RR 2007, 1713, 1714; eingehend BGH FamRZ 2010, 1427, 1430; aA KG FamRZ 2010, 1460 – durch BGH-Rechtsprechung überholt.

auszudrücken, zu berücksichtigen.[17] Entsprechend legt der BGH § 78 Abs. 2 FamFG verfassungskonform aus, indem er davon ausgeht, dass der Gesetzgeber angesichts der Rechtsprechung des BVerfG die Berücksichtigung **subjektiver Kriterien** nicht habe ausschließen wollen. Damit fließen in die Entscheidung der Beiordnung eines Rechtsanwalts auch die persönlichen Fähigkeiten eines Beteiligten ein.[18]

- Aus dem Begriffspaar >>**Schwierigkeit der Sach- und Rechtslage**<< folgt jedoch nicht, dass **beide Tatbestandselemente** gegeben sein müssten.[19]
- Zutreffend weist der BGH[20] darauf hin, dass vor allem in Kindschaftssachen i.S.d. § 151 Nr. 1 – 3 die Eltern eigene Rechte geltend machen, die verfassungsrechtlich gesichert sind und deshalb, insbesondere wenn dem Kind ein Verfahrensbeistand beigeordnet wird, auch die Eltern zur Wahrnehmung ihrer Rechte der Vertretung durch einen Rechtsanwalt bedürfen. Insoweit nimmt auch der **Grundsatz der Waffengleichheit** Einfluss auf die Beiordnungsentscheidung.[21]
- Besonderheiten bestehen bei selbständigen Verfahren zu **einstwAnO in Unterhaltssachen.** Insoweit besteht nach § 114 Abs. 4 – anders als in Hauptsacheverfahren nach § 114 Abs. 1 in Verbindung mit § 112 – kein Rechtsanwaltszwang. Geht es um die Regelung des Trennungsunterhalts, ist vor allem in Bezug auf die Änderung der steuerlichen Verhältnisse sowie den Berechnungsvorgang von einer schwierigen Sachlage auszugehen Soll im Wege der einstwAnO nach § 246 ein **Kostenvorschuss** geltend gemacht werden, so spricht bereits die Erfordernis für einen bezifferten Antrag für eine aus der Sicht des Antragstellers eine schwierige Sach- und Rechtslage, weil regelmäßig ein Beteiligter außer Stande ist, die Voraussetzungen des Anspruchs nach § 1360a Abs. 4 BGB zu beherrschen. Auch die Verweisung auf einen Kostenvorschuss gegen den Antragsgegner schränkt den Anspruch auf einen effektiven Rechtsschutz i.S.d. Art. 20 Abs. 3 GG ein, weil ohne einen Rechtsanwalt die Durchsetzung erheblich erschwert wäre.[22]
- **Subjektive Umstände bei Entscheidung zur Beiordnung**. Besteht zwischen den Beteiligten in Bezug auf den Kenntnisstand sowie den persönlichen Fähigkeiten ein deutliches Ungleichgewicht, so ist dieses Gefälle in Bezug auf die Wahrnehmung eines Rechtsanspruchs zu beachten.[23] Insoweit lassen sich auch die Schwierigkeit der Sach- und Rechtslage von den subjektiven Voraussetzungen kaum trennen; je schwieriger die Sach- und Rechtslage zu beurteilen ist, umso mehr sind auch die subjektiven Voraussetzungen eines Beteiligten zu berücksichtigen.[24]

---

[17] BGH FamRZ 2009, 857 zu § 121 Abs. 2 ZPO.

[18] BGH FamRZ 2010, 1427, 1430; s.a. FamRZ 2009, 2744.

[19] So BGH FamRZ 2010, 1427, 1428 f.; s.a. OLG Düsseldorf FamRZ 2010, 580, 581.

[20] BGH FamRZ 2010, 1427, 1429; s.a. OLG Bremen FamRZ 2010, 1362; OLG Celle FamRZ 2010, 582; FamRZ 2010, 1267.

[21] S. a. OLG Bremen FamRZ 2010, 1362.

[22] S.a. OLG Saarbrücken FamRZ 2010, ■ B.v. 8.6.2010 – 6 WF 56/10.

[23] S. BVerfG FamRZ 2002, 531; s. a. OLG Bremen FamRZ 2010, 1362; OLG Celle FamRZ 2010, 582.

[24] OLG Zweibrücken FamRZ 2010, 1002; s.a. OLG Saarbrücken FamRZ 2010, 1001; s. aber OLG Hamburg FamRZ 2010, 1689 – seelische Belastungen im Zusammenwirken mit dem anderen Elternteil kein Anlass zur Beiordnung.

V. Vollstreckung eines gebilligten Vergleichs - Alttitel in Umgangssachen

- ► In Bezug auf die Vollstreckung einer Umgangs- oder Herausgabesache, die durch einen nach § 156 Abs. 2 i.V.m. § 36 FamFG gebilligten Vergleich verfahrensmäßig abgeschlossen wird, muss zur Erfüllung der in § 89 Abs. 2 FamFG enthaltenen **Warnfunktion im Anschluss an die Billigungsentscheidung**, die sich nur auf die Wahrung des Kindeswohls bezieht, zugleich auch auf die Folgen der Zuwiderhandlung gegen den Vollstreckungstitel hingewiesen werden.[25]
- ► Unterbleibt der Warnhinweis im Billigungsbeschuss und wird insoweit auf das Vollstreckungsverfahren verwiesen, ist diese **Ablehnung mit der Beschwerde** anfechtbar, weil ansonsten für einen künftigen Sachverhalt der Warnhinweis fehlen würde.[26] Dem steht nicht entgegen, dass der Warnhinweis nach § 89 Abs. 2 nicht selbständig anfechtbar ist.[27] Erfolgt der Hinweisbeschluss nach § 89 Abs. 2 FamFG nicht, so muss der Umgangsberechtigte vor der Vollstreckung zunächst den Antrag zur Nachholung dieses Hinweises stellen, was eine Verzögerung der Herausgabe sowie der Durchführung der Umgangsbefugnis zur Folge hat.

VI. Der Ärger mit der Zwei – Wochen – Frist nach § 137 II S. 1 FamFG

- ► Strittig ist, ob sich die Frist von zwei Wochen auf den >>ersten Termin<< zur mündlichen Verhandlung bezieht oder den anberaumten Termin, bei dem die Scheidungssache sowie die Folgesachen entscheidungsreif sind.[28]
- ► Ein im frühen ersten Termin verspätet eingereichter Antrag bleibt zulässig (sog. Heilung), wenn zu diesem Zeitpunkt noch keine Entscheidungsreife zur Scheidungssache und einer Folgesache vorlag.[29]
- ► Fraglich ist ferner, was mit dem verspätet eingereichten Folgeantrag (nachehelicher Unterhalt, Zugewinn) geschehen soll. Lässt man neben dem Verbund kein selbständiges Verfahren in einer echten Folgesache zu, müsste der Antrag als unzulässig angewiesen werden, weil neben der Scheidungssache keine selbständige Folgesache wegen der <<zeitlichen Überholung<< zulässig ist.

---

[25] S. a. *Giers* FuR 2008, 442; krit. *Schlünder* FamRZ 1636, 1638.

[26] So aber OLG Frankfurt/M FamRZ 2010, 918 m. Anm. *Borth.*

[27] S. BT-Drucks. 16/6308 S. 218.

[28] S, hierzu OLG Hamm FamRZ 2010, ■B. v. 30.6.2010; 5 WF 95/10 (H. 23/24); für letztere Ansicht Hoppenz/Walter FamS 9. Aufl. § 137 Rn 10; *Thomas/Putzo/Hüßtege* § 137 Rn. 20*; Musielak/Borth*, § 137 Rn 27; aA *Prütting/Helms* § 137 Rn. 47; s.a. *Rüntz/Viefhus* FamRZ 2010, 1285, 1291; *Götz* NJW 2010, 897, 900.

[29] So *Keidel/Weber* § 137 Rn 20; krit. *Rüntz/Viefhus* FamRZ 2010, 1285, 1291.

VII. Exotenfall – Verfahren nach §§ 33, 34 VersAusglG und Abänderungsverfahren nach §§ 238, 239 FamFG

Besteht bei **vollzogener Kürzung der Versorgung** aufgrund des Versorgungsausgleichs ein **Titel zum nachehelichen Unterhalt** auf der Grundlage des bisher vorhandenen (höheren) Erwerbseinkommens, muss der Unterhaltspflichtige seine eingeschränkte oder fehlende Leistungsfähigkeit durch verschiedene Verfahrensmaßnahmen geltend machen, indem er

- ► den Unterhaltsberechtigten auffordert, auf eine **Vollstreckung** bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens nach § 33 VersAusglG **zu verzichten**.
- ► Ferner muss der Unterhaltspflichtige im Hinblick auf den Zeitpunkt der Abänderung einer rechtskräftigen Entscheidung gemäß § 238 III S. 2 FamFG vorgehen, also insbesondere ein Verzichtsverlangen auf den Unterhalt dem Unterhaltsberechtigten zuleiten.
- ► Vollstreckt der Unterhaltsberechtigte dennoch, muss der Unterhaltspflichtige - neben dem Verfahren nach § 33 VersAusglG ein Abänderungsverfahren nach den §§ 238, 239 FamFG einleiten und in diesem zugleich nach § 242 FamFG i.V.m. § 769 ZPO den **Antrag auf Einstellung der Zwangsvollstreckung** stellen.
- ► Nach Einstellung der Zwangsvollstreckung ist das Verfahren gemäß §§ 238, 239 FamFG wegen **Vorgreiflichkeit** gemäß §§ 113 I S. 2 FamFG i.V.m. § 148 ZPO auszusetzen, soweit aufgrund der Aussetzung der Kürzung nach § 33 VersAusglG die unterhaltsrechtliche Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen bestimmt wird.
- ► Bei dieser Sachlage lässt sich die Zweispurigkeit der Verfahren nicht vermeiden.
- ► Grundsätzlich bleibt das Problem, ob die im Verfahren nach §§ 33, 34 VersAusglG geltend gemachte Versagung des Unterhalts nach § 1579 BGB oder Befristung/Begrenzung nach § 1578 b I BGB, über die im FG – Verfahren zu entscheiden ist, auch in Bezug auf das originäre Unterhaltsverhältnis zwischen den Ehegatten bindend zwischen diesen festgestellt wird oder ob dies nur im Verfahren nach den §§ 231 ff. FamFG erfolgen kann.

Borth