Dr. Mathias Grandel
Fachanwalt für Familienrecht, Augsburg
www.familienanwalt-augsburg.de

September 2022

Arbeitsgemeinschaft Familienrecht
Herbsttagung

Überzahlter Unterhalt
- Strategien gegen die Entreicherung -

Gliederung:

I. Ursache des Problems

II. Einwendungen gegen die Anordnung der sofortigen Wirksamkeit

III. Antrag auf Einstellung und Beschränkung der Vollstreckung gem. § 120 II FamFG

1. Einstellung durch Beschwerdegericht
2. Einstellung gegen Sicherheitsleistung?
3. Erfolgsaussichten der Beschwerde
4. „Nicht zu ersetzender Nachteil:“
5. Verhältnis zu § 64 III FamFG

IV. **Strategien gegen die (verlorene) Überzahlung von Unterhalt**

1. materiell rechtliche Möglichkeiten auf Rückforderung
2. Vermeidung des Entreicherungseinwandes
   a) Das Darlehensangebot
   b) Verfahrensrechtliche Möglichkeiten
      aa) Im Beschwerde- und Abänderungsverfahren
      bb) Besonderheiten bei Verfahren der einstweiligen Anordnung

I. Ursache des Problems:

Rechtslage vor 2009 - Rechtslage nach 2009

Änderung der Rechtslage ist Ursache der stark gestiegenen Fälle mit Entreicherungsproblematik

Alte gesetzliche Regelung (ZPO):

§ 708 ZPO: Vorläufige Vollstreckbarkeit ohne Sicherheitsleistung:
Für vorläufig vollstreckbar ohne Sicherheitsleistung sind zu erklären:
…
…
Nr.8:
Urteile, die die Verpflichtung aussprechen, Unterhalt, Renten wegen Entziehung einer Unterhaltsforderung oder Renten wegen einer Verletzung des Körpers oder der Gesundheit zu entrichten, soweit sich die Verpflichtung auf die Zeit nach der Klageerhebung und auf das ihr vorausgehende letzte Vierteljahr bezieht;

§ 711 ZPO Abwendungsbefugnis

In den Fällen des § 708 Nr. 4 bis 11 hat das Gericht auszusprechen, dass der Schuldner die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung abwenden darf, wenn nicht der Gläubiger vor der Vollstreckung Sicherheit leistet. § 709 Satz 2 gilt entsprechend, für den Schuldner jedoch mit der Maßgabe, dass Sicherheit in einem bestimmten Verhältnis zur Höhe des auf Grund des Urteils vollstreckbaren Betrages zu leisten ist. Für den Gläubiger gilt § 710 entsprechend.

Jetzige Rechtslage:
§ 120 II 1 FamFG:
Entscheidungen sind mit Wirksamwerden vollstreckbar.

§ 116 III FamFG:
Endentscheidungen in Familienstreitsachen werden mit Rechtskraft wirksam.
Das Gericht kann die sofortige Wirksamkeit anordnen.
Soweit die Endentscheidung eine Verpflichtung zur Leistung von Unterhalt enthält, **soll** das Gericht die sofortige Wirksamkeit anordnen.

Es gibt jedenfalls nach dem Wortlaut des Gesetzes keine dem § 711 ZPO entsprechende Regelung.

II. Einwendungen gegen die Anordnung der sofortigen Wirksamkeit:

Sie müssen in erster Instanz vorgebracht werden!

§ 116 Abs. 3 S. 2, 3 FamFG:
Das Gericht „kann“ die sofortige Wirksamkeit anordnen bzw. „soll“ sie anordnen in Unterhaltssachen.

Reichweite des Ermessens:
Maßstab: Inwiefern wird der Unterhalt zur Sicherung des Lebensbedarfs benötigt

a) Anordnung der sofortigen Wirksamkeit für zugesprochene Unterhaltsrückstände?

BGH FamRZ 2013, 1731:

„ …Die Ausgestaltung des § 116 Abs. 3 Satz 3 FamFG als Sollvorschrift bringt die Bedeutung des Unterhalts zur Sicherung des Lebensbedarfs zum Ausdruck. Dementsprechend sollen im Wesentlichen Entscheidungen über den laufenden Unterhalt für sofort wirksam erklärt werden ….. Entscheidungen über länger zurückliegende Unterhaltsrückstände sollen dagegen grundsätzlich erst mit Rechtskraft wirksam werden und damit auch erst zu diesem Zeitpunkt vollstreckbar sein.“

OLG Jena, FuR 2017, 98:

Für Unterhaltsrückstände soll die sofortige Wirksamkeit nicht angeordnet werden.

b) IdR keine Anordnung, wenn einstweilige Anordnung bereits ergangen ist

c) keine Anordnung bei Ansprüchen, die auf die Staatskasse übergegangen sind

Argumentationshilfe:

Gegenäußerung der Bundesregierung zu einer kritischen Stellungnahme des BRates zur geplanten Neuordnung der Regelungen zur Vollstreckbarkeit: BT-Drucks. 16/6308 S. 412:

„….Die Ausgestaltung bezüglich des Unterhalts als Soll-Vorschrift bringt die Bedeutung des Unterhalts zur Sicherung des Lebensbedarfs zum Ausdruck. Von dieser Regelung kann das Gericht abweichen, wenn es dieser Sicherung nicht bedarf (z. B. bei der Geltendmachung von Unterhaltsrückständen oder von an das Jugendamt übergegangenen Ansprüchen). …..“

III. Antrag auf Einstellung und Beschränkung der Vollstreckung gem. § 120 II FamFG

Fall: Der Antragsgegner legt fristgerecht Beschwerde gegen einen Unterhaltsbeschluss ein. Die sofortige Wirksamkeit wurde angeordnet.In seiner Beschwerdebegründung zum OLG beantragt er zusätzlich,

> „….die Vollstreckung aus dem Beschluss des Familiengerichts - hilfsweise gegen Sicherheitsleistung - in Höhe von …… € einstweilen einzustellen."

Zur Begründung führt er aus, dass der Beschluss unrechtmäßig ergangen sei und die Beschwerde – wie in der Beschwerdebegründung dargelegt – erfolgreich sei. Außerdem beziehe die Antragstellerin lediglich Erwerbsunfähigkeitsrente von 300,00 € zusätzlich zur ergänzenden Sozialhilfe. Der aufgrund des zu korrigierenden Beschlusses des Familiengerichts zu viel bezahlte Unterhalt wird daher von der Antragstellerin nicht mehr mit Erfolgsaussicht rückforderbar sein.

1) Einstellung durch Beschwerdegericht

Ist eine Einstellung durch Beschwerdegericht möglich?

Es ist streitig, ob ein Antrag im Beschwerdeverfahren möglich ist, wenn in I. Instanz kein Antrag gemäß § 120 FamFG gestellt worden war.

Verneinend: OLG Frankfurt (3. Senat) NJW-RR 2011, 1303

Bejahend: OLG Karlsruhe NJW 2018, 1409; OLG Frankfurt (1. Senat) BeckRS 2018, 36955; OLG Frankfurt (5. Senat) NZFam 2015, 426; OLG Rostock FamRZ 2011, 306; OLG Bremen FamRZ 2011, 322; OLG Düsseldorf FamRZ 2014, 870; Hk-ZV/Giers/Bachmann FamFG Rn. 87; Prütting/Helms § 120 Rn. 11

Nicht zulässig gemäß § 120 Abs. 2 S. 2, aber zulässig gemäß § 120 Abs. 2 S. 3, 719 ZPO: OLG Hamm, FamRZ 2011, 1678; OLG Hamburg, FamRB 2012, 279; Keidel/Weber § 120 FamFG Rn. 14.

differenzierend: OLG Frankfurt (6. Senat) FamRZ 2016, 76 und FamRZ 2015, 1233):

erstmalig im Beschwerdeverfahren gestellter Einstellungsantrag nur zulässig, wenn er auf Gründe gestützt wird, die zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung erster Instanz noch nicht vorlagen oder aus anderen Gründen nicht vorgetragen und glaubhaft gemacht werden konnten.

2) Einstellung gegen Sicherheitsleistung?

Gibt es die Möglichkeit der Einstellung der Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung bei § 120 II FamFG?

§ 120 II 2 u 3 FamFG:

Macht der Verpflichtete glaubhaft, dass die Vollstreckung ihm einen nicht zu ersetzenden Nachteil bringen würde, hat das Gericht auf seinen Antrag die Vollstreckung vor Eintritt der Rechtskraft in der Endentscheidung einzustellen oder zu beschränken.
In den Fällen des § 707 Abs. 1 und des § 719 Abs. 1 der Zivilprozessordnung kann die Vollstreckung nur unter denselben Voraussetzungen eingestellt oder beschränkt werden.

a) Wille des Gesetzgebers:

Kritik: Stellungnahme des Bundesrates zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 16/6308 S. 373:

„Die im Gesetzentwurf vorgesehene Regelung, wonach auch in Güterrechts- und Unterhaltsverfahren eine Zwangsvollstreckung ohne Sicherheitsleistung bzw. Abwendungsbefugnis ab Wirksamkeit des Beschlusses zulässig ist, bürdet das Risiko der Vollstreckung einer unrichtigen Entscheidung der ersten Instanz dem Voll-streckungsschuldner auf. Dies ist nicht gerechtfertigt……

…..Daher kommt die gesetzliche Anordnung der sofortigen, sicherheitslosen Vollstreckbarkeit erstinstanzlicher Urteile hier einer Unanfechtbarkeit dieser Urteile für die Zeit vor Erlass der Rechtsmittelentscheidung gleich. Dies ist kaum akzeptabel…“

Stellungnahme der Bundesregierung: BT-Drucks. 16/6308 S. 412:

„….. *Bei der Prüfung einer Anordnung der sofortigen Wirksamkeit hat das Gericht im Rahmen der Ermessensprüfung das Interesse des Gläubigers an der Erlangung der Leistung und das Schutzinteresse des Schuldners gegeneinander abzuwägen.* (Anm.: Unterstreichung durch den Verfasser)……..

……..Auch dann, wenn die Abwägung im Rahmen des § 116 Abs. 3 FamFG zur Anordnung der sofortigen Wirksamkeit geführt hat, kann der Schuldner eine Einstellung oder Beschränkung der Zwangsvollstreckung vor Eintritt der Rechtskraft verlangen, wenn ihm die Vollstreckung einen nicht zu ersetzenden Nachteil bringen würde.

Die Bundesregierung ist der Auffassung, dass diese flexiblen Regelungen den Schuldner vor einem Schaden durch eine Vollstreckung des Gläubigers schützen und das Institut der vorläufigen Vollstreckbarkeit insgesamt entbehrlich machen."

⇨ Wille des Gesetzgebers: keine Einstellung gegen Sicherheitsleistung bei § 120 II 2 u 3 FamFG

b) Meinungsbild in Rspr. und Literatur:
Einstellung gegen Sicherheitsleistung:

Bejahend: OLG Jena FuR 2017, 98; OLG Frankfurt BeckRS 2018, 36955; OLG Frankfurt FamRZ 2010, 1370; Rasch FPR 2010, 150; Hk-ZV/Giers/Bachmann FamFG Rn. 78

Verneinend: Musielak/Borth FamFG § 120 Rn. 3; Prütting/Helms FamFG § 120 Rn. 3; OLG Bremen FamRZ 2011, 322; OLG Hamm FamRZ 2011, 589

Differenzierend Thomas/Putzo/Seiler FamFG § 120 Rn. 6d, 7 und Keidel/Weber FamFG § 120 Rn. 18 f: verneinend für § 120 II 2, aber bejahend für § 120 II 3 FamFG

Problem: **Wertungswiderspruch** zu § 242 FamFG i.V.m. § 769 ZPO:

Verneint man die Einstellung gegen Sicherheitsleistung bei § 120 Abs. II, 2,3 FamFG ergibt sich ein Wertungswiderspruch zu § 242 FamFG i.V.m. § 769 ZPO:

Im **Abänderungsverfahren** wird die Einstellung gegen Sicherheitsleistung oder Fortsetzung nur gegen Sicherheitsleistung allgemein für möglich angesehen.

Ebenso für Vollstreckungsabwehr- oder Drittwiderspruchsantrag (Prütting/Helms § 120 Rn. 12).

3. Erfolgsaussichten der Beschwerde:

Welche Bedeutung hat die Beurteilung der Erfolgsaussichten des Rechtsmittels im Rahmen des § 120 II 2,3 FamFG?

Wertungsmaßstab: Kommt es nur auf das Vorliegen eines nicht zu ersetzenden Nachteils an oder rechtfertigt auch die Erfolgsaussicht der Beschwerde die Einstellung der Vollstreckung?

Erfolgsaussichten eines Rechtsmittels (Musielak/Borth FamFG § 120 Rn. 4; OLG Rostock FamRZ 2011, 1679: Ja, wenn Rechtsmittel von vornherein als aussichtslos erscheint bzw. OLG Hamm FamRZ 2011, 589: wenn angefochtene Entscheidung greifbar gesetzeswidrig ist.

Positive Erfolgsaussichten der Beschwerde reichen nicht aus (Prütting/Helms § 120 Rn. 11; Schulte-Bunert/Weinreich/ FamFG § 120 Rn. 12).
a.A: OLG Rostock FamRZ 2011, 1679: Auch der Grad der Erfolgsaussicht ist zu beachten

OLG Karlsruhe, NJW 2018, 1409:

Einstellung möglich bei evident bestehender Erfolgsaussicht oder bei Titulierung exorbitant hoher Unterhaltsverpflichtungen

Wurde im Ergebnis im konkreten Fall verneint; es ging um die Vollstreckung laufenden Kindesunterhalts.

4. „Nicht zu ersetzender Nachteil:“

Stellt die Gefahr, dass überzahlter Unterhalt nicht wieder zurückerlangt werden kann, einen nicht zu ersetzenden Nachteil dar?

Der dauerhafte Verlust einer nicht geschuldeten Geldsumme ist ein nicht zu ersetzender Nachteil::

so BGH NJW-RR 2007, 1138; OLG Hamm FamFR 2012, 160; OLG Hamm FamRZ 2011, 1317; OLG Rostock FamRZ 2011, 1679; OLG Frankfurt FamRZ 2010, 1370; OLG Bremen FamRZ 2011, 322; Musielak/Voit/Lackmann ZPO § 707 Rn. 9

Reicht es, dass wegen vorübergehender Leistungsunfähigkeit des Gläubigers die Rückforderung erschwert ist?
Oder müssen irreparable Folgeschäden vorliegen? (so OLG Hamm FamRZ 2000, 363; OLG; Koblenz FamRZ 2005, 468)

OLG Hamm FamRZ 2011, 1678: dass der Gläubiger derzeit Leistungen nach SGB II bezieht, genügt alleine nicht, die künftigen Erwerbsmöglichkeiten sind zu berücksichtigen.

Differenzierend:
OLG Brandenburg FamRZ 2015, 1741; OLG Brandenburg FamRZ 2014, 866:

Differenziert danach, ob aus einem noch nicht rechtskräftigen Titel wegen des **laufenden** Unterhalts oder wegen **Rückständen** vollstreckt wird.
Systematik des Gesetzes verbietet, den dauerhaften Verlust der **laufenden** Unterhaltszahlungen als nicht zu ersetzenden Nachteil anzusehen.
Anderes soll gelten, soweit es sich um **rückständigen** Unterhalt handelt.

OLG Karlsruhe NJW 2018, 1409:

Jedenfalls bei Vollstreckung laufenden Unterhalts (hier: Kindesunterhalt) kommt eine Einstellung der Vollstreckung im Regelfall auf der Ermessensebene nicht in Betracht, auch wenn eventuelle Rückforderungsansprüche wegen Mittellosigkeit ins Leere laufen würden.

Kein isolierter Rechtsbehelf gegen Entscheidung zu § 120 II FamFG

Fazit: § 120 II 2,3 FamFG erweist sich als „stumpfes Schwert“

5. Verhältnis zu § 64 III FamFG

Verhältnis § 120 II zu § 64 III FamFG:

KG FamRZ 2014, 1934: § § 116 III, 120 II FamFG sind vorrangig und verdrängen § 64 III FamFG

IV. Strategien gegen die (verlorene) Überzahlung von Unterhalt:

1. materiell rechtliche Möglichkeiten auf Rückforderung:

a) Schadensersatzanspruch

Anspruchsgrundlagen:

- § 826 BGB ⟶ Schadensersatzanspruch
- § 823 II BGB i.V.m. § 263 StGB ⟶ Schadensersatzanspruch
- § 945 ZPO, 119 I 2 FamFG ⟶ kein Schadensersatzanspruch bei e.A.
  Ausnahme: § 248 V 2 FamFG

- § 717 II ZPO, § 120 FamFG — Schadensersatzanspruch bei Hauptsachebeschluss

Anwendbarkeit im FamFG?

§ 120 I FamFG erklärt die Vorschriften des ZPO über die Zwangsvollstreckung für entsprechend anwendbar;
aber nur soweit die Sonderregelungen des § 120 II, III FamFG nicht entgegenstehen.

§ 717 II ZPO stellt ab auf das System der vorläufigen Vollstreckbarkeit in der ZPO ab, das es im FamFG nicht gibt.

aber: vergleichbarer Sachverhalt – Vollstreckung aus nicht rechtskräftiger Entscheidung

⇨ entsprechend anwendbar bei Aufhebung eines für sofort wirksam erklärten Beschlusses.

BGH NJW 2013, 161 (für § 717 III ZPO); OLG Karlsruhe NJW 2018, 1409; Prütting/Helms § 120 Rn. 3; Cirullies, Vollstreckung in Familiensachen, 2. Aufl. 2017 Rn. 66; Giers FamRB 2009, 87; Büte FuR 2010, 124; Keidel/Weber FamFG § 120 Rn. 16 u. § 113 Rn. 9; Wendl/Dose/Siebert § 6 Rn. 203; Handbuch Familienrecht/Kintzel, Kap. 6 Rn. 1094

Vor. des § 717 II ZPO:
- Materiell rechtlicher Schadensersatzanspruch

- vom Verschulden unabhängige Gefährdungshaftung

- Anspruch auf Ersatz des Schadens, der entstanden ist

durch Vollstreckung

eine zu deren Abwehr gemachte Leistung

Vollstreckung muss ernsthaft gedroht haben;
konkreter Vollstreckungsdruck
BGH NJW-RR 2011, 338; BGH NJW 1996, 397; Musielak/Voit/Lackmann ZPO § 717 Rn. 9

b) ungerechtfertigte Bereicherung

Anspruchsgrundlagen:

- § 812 I BGB → bereicherungsrechtl. Anspruch

- § 812 I 1 1.alt. BGB: ohne rechtlichen Grund → bei einstweiliger Anordnung

- § 812 I 2 BGB: → rechtlicher Grund entfällt bei Aufhebung oder Abänderung der Hauptsachentscheidung

- § 818 III BGB: Einwendung der Entreicherung

Zweck: Schutz des gutgläubig Bereicherten

Entreicherung liegt vor, wenn der Unterhalt für allgemeinen Lebensunterhalt verbraucht wurde, keine Ansparungen daraus gebildet und kein bleibender Vermögensvorteil erzielt wurde (BGH NJW 2008, 1663).

rechtsvernichtende Einwendung ⇨

Darlegungs- und Beweislast liegt beim Unterhaltsempfänger

aber: Vermutung des Verbrauchs bei kleinen und mittleren Unterhaltsbeträgen (BGH NJW 1992, 2415; Grüneberg/Sprau § 818 Rn. 55)

- § 819 I BGB:

Kennt der Empfänger den Mangel des rechtlichen Grundes bei dem Empfang oder erfährt er ihn später, so ist er von dem Empfang oder der Erlangung der Kenntnis an zur Herausgabe verpflichtet, wie wenn der Anspruch auf Herausgabe zu dieser Zeit rechtshängig geworden wäre.

Anspruch setzt positive Kenntnis von der Rechtsgrundlosigkeit des Erwerbs voraus.

2. Vermeidung des Entreicherungseinwandes:

Welche Möglichkeiten bestehen?

a) Das Darlehensangebot :

Rspr. des BGH:

BGH FamRZ 1983, 574: (Unterhaltsbedürftigkeit während beantragter, aber noch nicht bewilligter Erwerbsunfähigkeitsrente):

Problem: der Unterhaltsberechtigte erhält Unterhaltszahlungen und später die Rente nachbezahlt.

BGH: Zur Vermeidung dieser Benachteiligung des Unterhaltsleistenden sind verschiedene Wege denkbar.

„….Er kann dem Berechtigten, der den Antrag auf Bewilligung einer Erwerbsunfähigkeitsrente gestellt hat, zur Abwendung der Bedürftigkeit zins- und tilgungsfreie Darlehen mit der Verpflichtung anbieten, im Falle der endgültigen Ablehnung des Rentenantrages auf deren Rückzahlung zu verzichten….. Dem Unterhaltsberechtigten obliegt es, einen in dieser Weise angebotenen Kredit zur Behebung oder Verminderung seiner Bedürftigkeit aufzunehmen…..

Tut er es nicht, muss er sich so behandeln lassen, als habe er seiner Obliegenheit genügt. Denn es verstößt gegen Treu und Glauben, wenn der Unterhaltsberechtigte durch die Ablehnung eines solchen zumutbaren Kreditangebotes seine Bedürftigkeit zu Lasten des Unterhaltsverpflichteten aufrechtzuerhalten trachtet“

BGH FamRZ 1988, 259 (stark verkürzt):

Eheleute G und S leben seit Sept. 1977 getrennt. Das AG hatte den G verurteilt auf Zahlung eines über den freiwillig gezahlten Unterhalt von 1000,- DM hinausgehenden weiteren Trennungsunterhalts von monatlich 250,- DM.
Beide hatten Berufung eingelegt.
Streitig war u.a., ob der G zuzumuten gewesen sei, ihren Miteigentumsanteil am gemeinsamen Hausgrundstück zu verwerten.
S begründet es damit, dass er während des Berufungsverfahrens der G folgendes Angebot gemacht hatte:

„….Dies vorausschickend biete ich jetzt diese von mir ab September 1977 immerfort unter Vorbehalt und bislang ohne (rechtskräftigen) Rechtsgrund an Ihre seit 6 3/4 Jahren im gut situierten Dauerkonkubinat lebende Mandantin erbrachte Gesamtleistung ihr als zins- und tilgungsfreies Darlehen zur Behebung oder Verminderung einer (allerdings nur in ihren Augen) bestehenden Bedürftigkeit an.

Im Falle eines endgültigen Obsiegens ihrer Mandantin i.S. …. OLG ... - bis dahin sollten auch alle meine weiteren, künftigen Zahlungen Darlehen sein - verpflichte ich mich, auf die Rückzahlung dieses Insgesamt-Darlehens zu verzichten. Andererseits bitte und erwarte ich zur Sicherung meines Anspruchs auf Darlehensrückzahlung die Bewilligung der Eintragung einer leistungsentsprechenden, bestrangigen Sicherungsgrundschuld auf dem hälftigen ... Hausanteil Ihrer Klientin.…“

51

BGH FamRZ 1988, 259:

Angebot war darauf gerichtet, „einen etwaigen Anspruch des Beklagten auf Rückzahlung der als Unterhalt geleisteten Beträge in einen Darlehensanspruch umzuwandeln und diesen zudem dinglich zu sichern. Darauf brauchte sich die Klägerin nicht einzulassen.“

BGH FamRZ 1989, 718:
ähnlicher Fall wie vorstehend: Nachträgliche Bewilligung von EU-Rente für einen Zeitraum, für den Unterhalt geleistet wurde.
S fordert bezahlten Unterhalt zurück; G wendet ein, den Unterhalt und die Rentennachzahlung verbraucht zu haben.

BGH:
- wiederholt die Möglichkeit der Darlehensgewährung

- Es besteht ein Anspruch aus Treu und Glauben, der auch das gesetzliche Unterhaltsschuldverhältnis zwischen geschiedenen Ehegatten beherrsche und es ausschließe, dem Unterhaltsberechtigten die nachträglich gezahlte Rente ungeschmälert für einen Zeitraum zu belassen, in dem der Verpflichtete Unterhalt geleistet habe.

BGH FamRZ 1992, 1152:

Darlehensangebot bei Abänderungsverfahren möglich:

„..Schließlich hätte er der Beklagten die Überzahlungen als zins- und tilgungsfreies Darlehen anbieten können, verbunden mit der Verpflichtung, im Falle der Abweisung des Abänderungsbegehrens auf die Rückzahlung zu verzichten…“

BGH FamRZ 2000, 751:

Möglich ist die Gewährung der Überzahlung aus einer einstweiligen Anordnung als zins- und tilgungsfreies Darlehen, verbunden mit der Verpflichtung, auf Rückzahlung zu verzichten, falls es beim zugesprochenen Unterhalt bleibt.

BGH FamRZ 2010, 1637:

BGH weist auf Möglichkeit der Darlehensgewährung hin in Zusammenhang mit einem Hauptsacheverfahren mit (unzulässiger) Feststellungsklage auf Rückzahlung geleisteten Unterhalts.

Zusammenfassung der denkbaren Fallgestaltungen für das Darlehensangebot:

- bei Unterhaltsbedürftigkeit während beantragter, aber noch nicht bewilligter Erwerbsunfähigkeitsrente

- Darlehensangebot während laufendem Unterhaltsverfahren und im Rechtsmittelverfahren.

- während des Abänderungsverfahrens

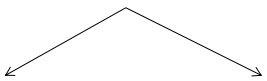
- wenn auf Grund einer einstweiligen Anordnung Unterhalt bezahlt werden muss

Probleme bei der Darlehenslösung:

- Fraglich ist, ob die Darlehenslösung nachrangig gegenüber anderen einfacheren Fallgestaltungen ist. Wegen der erweiterten Einstellungsmöglichkeit gem. § 242 FamFG, § 769 ZPO und des Ausschlusses des Entreicherungseinwandes in diesen Fällen, macht ein Darlehensangebot unabhängig davon, ob man es als zulässig ansieht oder nicht, keinen Sinn, Christl, NZFam 2017, 791, 793.

- das Darlehensangebot muss zumutbar sein. Das ist zwar i.d.R. in den Fällen des Ehegattenunterhalts zu bejahen.
  Problem: Kindesunterhalt minderjähriger Kinder (BGH NJW 1985, 2331; Heiter FamRZ 2015, 1353): Wenn das Kind gem. § 1602 II BGB sein Vermögen nicht zur Bedarfsdeckung einsetzen muss, braucht es auch kein Darlehen aufzunehmen.

- es ist unklar, welche Folgen es hat, wenn der Unterhaltsberechtigte das Darlehensangebot nicht annimmt:



infolge der Obliegenheitsverletzung entsteht ein Schadensersatzanspruch im Umfang der Überzahlung; keine Kündigung notwendig

kein Schadensersatz, da nur Obliegenheitsverletzung; aber konkludent geschlossener Darlehensvertrag durch Entgegennahme der Zahlungen; Kündigung erforderlich

Wird nicht freiwillig zurückbezahlt, ist weiteres Prozessverfahren erforderlich

Aktuelle Literatur zur Problematik der Darlehensgewährung:

Seiler, Rückforderung von zu Unrecht gezahltem Unterhalt und Entreicherungseinwand, FuR 2017, 583

Christl, Streitiger Unterhalt als Darlehen, NZFam 2017, 791

Heiter, Unterhalt als Darlehen, FamRZ 2015, 1353

b. Verfahrensrechtliche Möglichkeiten

aa) Im Beschwerde- und Abänderungsverfahren:

Leistungsantrag auf Rückzahlung des künftig bezahlten Unterhalts im Beschwerde- oder Abänderungsverfahren (§ 818 IV BGB):

- BGH FamRZ 1992, 1152:
  zulässig analog § § 257, 258 ZPO

- praktische Schwierigkeiten

Formulierung eines Hilfsantrages auf Rückforderung des zukünftig auf Grund der erstinstanzlichen Entscheidung zu zahlenden Unterhalts im Beschwerdeverfahren:

„… hilfsweise wird für den Fall der vollständigen oder teilweisen Begründetheit der Beschwerde beantragt, die Antragstellerin zu verpflichten, den ab ….. monatlich bezahlten Unterhalt in Höhe von …… Euro an den Antragsgegner zurückzubezahlen."

Wichtig: Bezifferung des Gesamtbetrages in der letzten mündlichen Verhandlung im Beschwerdeverfahren

Folge: ⟶ § 818 IV BGB: Entreicherungseinwand entfällt
⟶ bei Erfolg der Beschwerde ist Rückforderung tituliert

In Abänderungsverfahren ist der Rückzahlungsantrag wegen § 241

FamFG nicht zwingend notwendig, aber dennoch zulässig und sinnvoll.

bb) Besonderheiten bei Verfahren der einstweiligen Anordnung:

aaa) Einstweilige Anordnung durch Beschluss:

Fall 1: Im Verfahren der einstweiligen Anordnung war ein Beschluss ergangen, der M verpflichtet, monatlich 500,- € nachehelichen Unterhalt zu bezahlen.
M will wegen verringerter Einkünfte eine Abänderung auf 200,- € erreichen und künftige Überzahlungen vermeiden.

Möglichkeiten und Strategien:

- Antrag, F zu verpflichten, ein Hauptsacheverfahren einzuleiten, § 52 FamFG.

Nachteil:

- Zeitrahmen, bis Hauptsachverfahren eingeleitet werden muss

⇒ zeitliche Lücke uU bis zu drei Monaten, § 52 II 2 FamFG

- Zeitdauer des Hauptsacheverfahrens (VKH-Antrag; Stufenantrag)

- kein Ausschluss des Entreicherungseinwandes

- keine Einstellungsmöglichkeit gem. § 55 FamFG

- Antrag auf Abänderung des Beschlusses zur eA und Antrag auf Aussetzung der Vollziehung, § § 54, 55 FamFG:

Nachteile:

- Zeitdauer des Verfahrens

- Ungewissheit, ob und wann eine Vollziehung gem. § 55 FamFG ausgesetzt wird

- kein Hauptsacheverfahren, daher beschränkte Beweismittel

- kein Rechtsmittel möglich

- § 241 FamFG nicht anwendbar (wohl hM OLG Karlsruhe FamRZ 2014, 1387 ;Prütting/Helms/Dürbeck FamFG § 54 Rn. 6;T/P/Hüßtege FamFG § 241 Rn. 1; aA Musielak/Borth FamFG § 54 Rn. 19)

Die Aussicht, dass das Gericht, das die einstweilige Anordnung erlassen hat, bei unveränderter Sachlage die Vollstreckung einstellen und die eA abändern wird, ist eher gering.

⇨ Antrag auf Abänderung gem. § 54 FamFG wohl nur sinnvoll, wenn das Gericht einen gravierenden Umstand bei seiner Entscheidung übersehen hat oder eine geänderte Sach- oder Rechtslage eingetreten ist.

- negativer Feststellungsantrag:

Negativer Feststellungsantrag, nach h.M. zulässig trotz der Möglichkeit, Antrag auf Einleitung des Hauptverfahrens zu stellen oder Abänderung gem. § 54 FamFG zu beantragen
(Prütting/Helms/Bömelburg FamFG § 246 Rn. 77 mwN).

Vorteile:

- Hauptsacheverfahren mit allen Beweismitteln

- Rechtsmittel möglich

Nachteile:

- Laufzeit des Verfahrens

- § 241 FamFG nach h.M. nicht analog anwendbar (T/P/Seiler § 246 FamFG Rn. 9),

  ⇨ Entreicherungseinwand bleibt bestehen

  aber: möglich ist entsprechend § 242 FamFG ein Antrag auf Einstellung der Vollstreckung (Prütting/Helms/Bömelburg FamFG § 242 Rn. 6; OLG Karlsruhe FamRZ 2004, 1209)

- negativer Feststellungsantrag, verbunden mit hilfsweisem Rückforderungsantrag, § 812 I 1 1. alt BGB

Vorteile:

- Hauptsacheverfahren mit allen Beweismitteln

- Rechtsmittel möglich

- Entreicherungseinwand, § 818 III BGB ab Rechtshängigkeit des hilfsweisen Rückforderungsantrages ausgeschlossen

- entsprechend § 242 FamFG kann zusätzlich ein Antrag auf Einstellung der Vollstreckung gestellt werden (Prütting/Helms/Bömelburg FamFG § 246 Rn. 6).

Nachteile:

- keine, allenfalls fehlende Vollstreckbarkeit des Rückzahlungsanpruchs, falls dem Einstellungsantrag nicht stattgegeben wird

bbb) Vergleich im Verfahren der einstweiligen Anordnung:

Fall 2: Wie Fall 1, das Verfahren der eA wurde aber nicht durch gerichtlichen Beschluss beendet, sondern durch einen Vergleich

Möglichkeiten:

Wichtige Unterscheidung:

Beendet der Vergleich

nur das Verfahren der eA

Vergleich ist kein Rechtsgrund

⟹ Abänderungsantrag, § 239 FamFG nicht zulässig (BGH FamRZ 1991, 1175)

.

auch die Hauptsache

Abänderungsantrag, § 239 FamFG, § 242 FamFG, nebst hilfsw. Rückforderungsantrag

73

Dr. M. Grandel, Augsburg

Strategien gegen den Vergleich, der nur das Verfahren eA beendet:

- § 54 FamFG Abänderungsantrag mit Antrag auf Aussetzung der Vollziehung gem. § 55 FamFG
  § 54 FamFG ist auch anwendbar für Vergleiche im eA Verfahren (BGH FamRZ 1991, 1175; T/P/Seiler § 54 FamFG Rn. 2)

- idR notwendig: negativer Feststellungsantrag, verbunden mit hilfsweisem Rückforderungsantrag und Antrag auf Einstellung der Vollstreckung entspr. § 242 FamFG

74

Dr. M. Grandel, Augsburg

Fall 3: Wie Fall 1 oder 2, es ist aber bereits in der Hauptsache ein Leistungsantrag auf Zahlung von Unterhalt rechtshängig.

Möglichkeiten, gegen die eA bzw. die Zahlungsverpflichtung aus dem Vergleich im eA Verfahren vorzugehen:

- Abänderungsantrag § 54 FamFG s.o.

- negativer Feststellungsantrag mit hilfsweisem Rückforderungsantrag

Problem: Feststellungsinteresse

entfällt, wenn Unterhaltsgläubiger einen nicht mehr einseitig rücknehmbaren Leistungsantrag gestellt hat

(Prütting/Helms/Bömelburg FamFG § 246 Rn. 77; T/P/Seiler § 246 Rn. 9; OLG Brandenburg FamRZ 1999, 1210)

⇒ § 22 FamFG nicht anwendbar in Unterhaltssachen, § 113 I FamFG;
es gilt § 269 ZPO: Rücknahme nur möglich ohne Zustimmung des Gegners bis zum Beginn der mündlichen Verhandlung des Antragsgegners zur Hauptsache

- Unter Umständen bessere Alternative:

  hilfsweiser Widerantrag im Hauptsacheverfahren auf Rückzahlung des künftig monatlich bezahlten Unterhalts für den Fall der vollständigen oder teilweisen Unbegründetheit des gegnerischen Leistungsantrages

  - Zulässig, weil eA bzw. der Vergleich, der das Verfahren der eA beendet, keinen Rechtsgrund für die Unterhaltszahlung darstellt;

  - Wirkung des Vergleichs reicht nicht weiter als die eines gerichtlichen Beschlusses zur eA (BGH FamRZ 1991, 1175)

  - Hilfswiderantrag zulässig, wenn die Bedingung sich darauf bezieht, dass der Hauptantrag erfolgreich bzw. erfolglos ist (st. Rspr: BGH NJW 1996, 2165; BGH NJW 2009, 148).

Problem: wohl keine Möglichkeit, entspr. § 242 FamFG eine Einstellung der Vollstreckung aus der eA bzw. des Vergleichs im eA Verfahren zu beantragen

⇨ man muss uU zusätzlich eine Abänderung gem. § 54 FamFG mit Einstellung gem. § 55 FamFG versuchen, wenn spätere Durchsetzbarkeit eines Rückzahlungsanspruchs nicht gegeben ist

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit !