Deutscher Anwaltverein
Arbeitsgemeinschaft Familienrecht

Familien Anwälte
In jeder Beziehung.

Mitgliederversammlung und Herbsttagung
26. bis 28. November 2015
in Weimar

Fallstricke und Fehlerquellen im Verfahrensrecht und deren Auswirkungen

Gisela Kühner, Rechtsanwältin
Hamm

Fallstricke und Fehlerquellen im Verfahrensrecht und deren Auswirkungen

Gisela Kühner
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Familienrecht
Hamm

Gliederung

A. Einleitung 3
I. Fallstricke und Fehlerquellen im Unterhaltsverfahren 3
1. Risiken und Nebenwirkungen freiwilliger (Teil-)Zahlungen 3
2. „Vergessene“ freiwillige Zahlungen 5
3. Risiken bei der Inverzugsetzung 6
4. Der vergessene Altersvorsorgeunterhalt 7
5. Die Tücken des einstweiligen Anordnungsverfahrens 8
a) Allgemeine Grundlagen des Verfahrens 8
b) Antrag auf Einleitung des Hauptsacheverfahrens, § 52 FamFG 12
c) Antrag auf Abänderung, § 54 Abs. 1 FamFG 13
d) Negativer Feststellungsantrag, § 256 ZPO 15
e) Rückforderungsantrag 16
f) Außerkrafttreten der einstweiligen Anordnung, § 56 FamFG 17
(1) Wegen Wirksamwerden einer anderweitigen Regelung 17
(2) Aus sonstigen Gründen 19
6. Fallstricke und Fehlerquellen im gerichtlichen Unterhaltsvergleich 21
II. Fallstricke und Fehlerquellen im Ehescheidungs- und Verbundverfahren 25
1. Formalien der Antragsschrift 25
2. Frist gem. § 137 Abs. 2 FamFG 25
3. Eintritt der Rechtskraft 27
a) Teilanfechtung einer Verbundentscheidung 27
b) Rechtsmittelverzicht 28
III. Fallstricke und Fehlerquellen in Güterrechtssachen 29
1. Vorzeitiger Zugewinn 29
2. Stundungsantrag gem. § 1382 BGB 33

A. Einleitung

Das Verfahrensrecht in Familiensachen hält zahlreiche verstreckte Stolpersteine bereit. Fallstricke und Fehlerquellen im Verfahrensrecht können nicht losgelöst von den zuvor außergerichtlich getroffenen Maßnahmen betrachtet werden. Vielfach sind die Ursachen bereits außergerichtlich gesetzt mit u. U. gravierenden Rechtsnachteilen für den Mandanten / die Mandantin. Mit den nachfolgenden Ausführungen können nur einige wenige Themenbereiche angesprochen werden, die jedoch im Alltag des Familienanwalts typisch sind.

I. Fallstricke und Fehlerquellen im Unterhaltsverfahren

1. Risiken und Nebenwirkungen freiwilliger (Teil-)Zahlungen

Fallbeispiel 1:
M und F leben seit 2 Monaten getrennt. F ist Hausfrau ohne eigenes Einkommen, in ihrem Haushalt leben die beiden gemeinschaftlichen minderjährigen Kinder Max und Moritz. RAin Schlau hat für F außergerichtlich Trennungsunterhalt in Höhe von 800,00 € und Kindesunterhalt in Höhe von jeweils 120% des Mindestunterhalts beziffert geltend gemacht und M aufgefordert, über den Kindesunterhalt vollstreckbare Jugendamtsurkunden[1] beizubringen. RA Flink erwidert fristgerecht, dass sein Mandant den geltend gemachten Kindesunterhalt pünktlich und regelmäßig zahlen werde. Trennungsunterhalt schulde sein Mandant nur in Höhe von 600,00 €, die er selbstverständlich ebenfalls pünktlich zahlen werde, der weitergehende Anspruch sei jedoch unbegründet. Zwei Monate später wendet sich M entrüstet an RA Flink, nachdem ihm ein Unterhaltsantrag zugestellt wurde, in dem der gesamte außergerichtlich geltend Ehegatten- und Kindesunterhalt anhängig gemacht wurde. Noch im schriftlichen Vorverfahren erkennt RA Flink den Kindesunterhalt in voller Höhe sowie Trennungsunterhalt in Höhe von 600,00 € monatlich an und beantragt, F insoweit die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen. Mit Teilanerkenntnis- und Schlussbeschluss wurde der volle geltend gemachte Unterhalt zuerkannt, M wurden die Kosten des Verfahrens auferlegt.
Ist die Entscheidung zutreffend und wie hätte das Ergebnis vermieden werden können?

Die Kostenentscheidung ist zutreffend. Der Unterhaltsberechtigte hat grundsätzlich einen Anspruch auf vollständige Titulierung des Unterhalts, weil der Schuldner seine freiwilligen Zahlungen ohne die Titulierung ja jederzeit einstellen kann, der Unterhaltsgläubiger jedoch auf die Unterhaltsleistungen zur Deckung seines Lebensbedarfs auf regelmäßige Zahlungen angewiesen ist. Dem Antragsteller sind nur dann die Kosten aufzuerlegen, wenn der Unterhaltsschuldner rechtswirksam ein sofortiges Anerkenntnis abgegeben hat (§ 243 Nr. 4 FamFG i. V. m. § 93 ZPO). Dies setzt grundsätzlich voraus, dass der volle geschuldete Unterhalt ohne Vorbehalt freiwillig und regelmäßig gezahlt und der Unterhaltsschuldner vor Antragserhebung ordnungsgemäß aufgefordert wird, einen Unterhaltstitel vorzulegen. Der Aufforderung zur Vorlage vollstreckbarer Jugendamtsurkunden ist M jedoch nicht nachgekommen. Wegen des Ehegattenunterhalts wurde M zwar nicht zur Vorlage eines Titels, der in Form einer einseitigen notariellen Urkunde gem. § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO hätte errichtet werden können, aufgefordert. Diese Aufforderung war aber auch nicht notwendig, weil M außergerichtlich nur einen Teilbetrag des geltend gemachten Unterhalts als Sockelbetrag anerkannt hat. Erbringt der Unterhaltsschuldner nur Teilleistungen, ist daraus bereits ersichtlich, dass er eben nicht freiwillig bereit ist, den gesamten geschuldeten Unterhalt zu leisten[2] und es bedarf noch nicht einmal der Aufforderung zur außergerichtlichen Titulierung des freiwillig gezahlten Teilunterhalts.[3]

[1] Die Urkunden können kostenfrei bei dem örtlichen Jugendamt bis zur Vollendung des 21. Lebensjahres errichtet werden (vgl. §§ 59 Abs. 1 Nr.3, 60, 91 SGB VIII)
[2] BGH v. 2.12.2009 XII ZB 207/08, FamRZ 2010, 196 = FamRB 2010, 75; NJW 2010, 238-240
[3] BGH aaO

Das Risiko, das durch freiwillige Teilzahlungen mit der oben beschriebenen Kostenfolge für den Unterhaltsschuldner besteht, ist nicht zu unterschätzen. Hierüber ist umfassend aufzuklären und zu beraten. Ist tatsächlich ein Teil des bezifferten Unterhalts unstreitig, ist zu überlegen, ob selbst ohne Aufforderung seitens des Unterhaltsgläubigers die wesentlich kostengünstigere notarielle Urkunde über den Sockelbetrag - ggf. auch mit zeitlicher Befristung - errichtet werden soll. Der Unterhaltsgläubiger könnte dann nur noch den Spitzenbetrag im Wege eines Titelergänzungsantrages (§§ 253, 258 ZPO) gerichtlich titulieren lassen.
Im Einzelfall kann es jedoch sogar zweckmäßig sein, selbst bei einem unstreitigen Sockelbetrag das gerichtliche Verfahren in Kauf zu nehmen, wenn in Kürze ohnehin Änderungen (wie z.B. der Wechsel der Steuerklasse, Erwerbsobliegenheit des Unterhaltsberechtigten u.v.m.) bevorstehen, die zu einer Reduzierung des Anspruches führen. Anderenfalls wäre der Unterhaltsschuldner gezwungen, die Abänderung des bereits existierenden Titels zu beantragen, der Unterhaltsgläubiger hätte aber zunächst einmal einen vollstreckbaren Titel gegen ihn in der Hand.
Zu beachten ist, dass die Abänderung einer notariellen Urkunde oder einer gerichtlichen Endentscheidung unterschiedlichen Voraussetzungen unterliegen. Der Unterhaltsschuldner, der z.B. über den Sockelbetrag von 600,00 € monatlich eine notarielle Urkunde errichtet hat und durch Endentscheidung zur Zahlung weiterer 200,00 € verpflichtet wurde und später die Herabsetzung des Unterhalts um insgesamt 300,00 € monatlich erreichen will, muss wegen der titulierten 200,00 € die Abänderung gem. § 238 FamFG und wegen der weiteren 100,00 € die Abänderung der notariellen Urkunde gem. § 239 FamFG beantragen. Der Unterhaltsgläubiger, der in der Folgezeit höheren Unterhalt beansprucht, muss die Abänderung des titulierten weiteren Spitzenbetrages gem. § 238 FamFG beantragen.

Hinweis:
Die notarielle Urkunde stellt nicht nur einen Vollstreckungstitel i. S. d. § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO dar, sondern hat zur Folge, dass grundsätzlich die Obliegenheit zur Inanspruchnahme des Realsplittings besteht, weil der Unterhaltsschuldner nicht nur freiwillig zahlt, sondern durch die Vorlage der Urkunde die Unterhaltsverpflichtung anerkannt hat.[4]

Fallbeispiel 2:
In Abwandlung des obigen Sachverhalts legt M die vollstreckbaren Jugendamtsurkunden vor. RA Flink teilt der gegnerischen Bevollmächtigten mit, dass M auch bereit sei, den verlangten Ehegattenunterhalt zu leisten. RAin Schlau verlangt die Vorlage einer notariellen Urkunde über den Trennungsunterhalt. Als M der Aufforderung nicht fristgerecht nachkommt, erhebt RAin Schlau einen Unterhaltsantrag im Hauptsacheverfahren. RA Flink gibt im schriftlichen Vorverfahren für M fristgerecht die Verteidigungsanzeige ab, innerhalb der Antragserwiderungsfrist erkennt er den Unterhaltsanspruch unter Protest gegen die Kostenlast an. Antragsgemäß ergeht ein Anerkenntnisbeschluss, die Kosten werden F auferlegt (§ 243 Nr. 4 FamFG i.V.m. § 93 ZPO).
Zu Recht?

Vorliegend hat M keine Veranlassung zur Antragserhebung gegeben, so dass F die Kosten auferlegt werden mussten. Im Unterschied zu dem vorangegangenen Fallbeispiel wird der volle geltend gemachte Unterhalt gezahlt. M ist zwar der Aufforderung zur Vorlage der Urkunde nicht nachgekommen, Ehegattenunterhalt kann jedoch nicht kostenfrei tituliert werden, so dass die Aufforderung zur Titulierung auch zugleich ein Kostenübernahmeangebot des Unterhaltsgläubigers für die Titulierung enthalten muss, anderenfalls gibt der

[4] vgl. BGH FamRZ 2007, 793

Unterhaltspflichtige keine Veranlassung zur Einleitung des gerichtlichen Verfahrens und den Unterhaltsgläubiger trifft die Kostenfolge des § 243 Nr. 4 FamFG i.V.m. § 93 ZPO, wenn er rechtswirksam anerkennt.[5] Das von M innerhalb der Antragserwiderungsfrist abgegebene Anerkenntnis war als sofortiges Anerkenntnis wirksam.

Hinweis:
Wird ein schriftliches Vorverfahren angeordnet, steht die bloße Abgabe der Verteidigungsanzeige einem späteren sofortigen Anerkenntnis grundsätzlich nicht entgegen, sofern der Unterhaltspflichtige lediglich die Verteidigungsanzeige abgegeben hat und diese keinen auf eine Abweisung des Unterhaltsantrages gerichteten Sachantrag enthält.[6]

Zu beachten ist, dass beim Kindesunterhalt Anträge auf Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe regelmäßig bereits wegen Mutwilligkeit zurückgewiesen werden, wenn nicht zuvor zur Vorlage vollstreckbarer Jugendamtsurkunden[7] aufgefordert wurde. Zahlt der Unterhaltsschuldner **freiwillig** den **vollen** geschuldeten Ehegattenunterhalt, ist der Antrag auf Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe für das beabsichtigte Verfahren auf Zahlung von Ehegattenunterhalt ebenfalls wegen Mutwilligkeit zurückzuweisen, wenn der Unterhaltsschuldner zuvor nicht zur Vorlage einer notariellen Urkunde unter gleichzeitiger Zusicherung der Kostenübernahme aufgefordert wurde.

2. „Vergessene“ freiwillige Zahlungen

Fallbeispiel 3:
M wurde in der Beschwerdeinstanz vor dem OLG unter Abänderung des erstinstanzlichen Beschlusses aufgrund mündlicher Verhandlung vom 10.8.2014 zur Zahlung von Kindesunterhalt ab 1.9.2012 in Höhe von 392,00 € monatlich verpflichtet. Die seit 1.12.2013 von M geleisteten Zahlungen von jeweils 300,00 € monatlich wurden weder von M eingewandt noch vom Unterhaltsgläubiger angegeben und bei der Tenorierung somit nicht berücksichtigt. Aus dem Unterhaltstitel betreibt das Kind (gesetzlich vertreten durch die Kindesmutter) die Zwangsvollstreckung in Höhe des tenorierten Unterhalts für die Zeit ab 1.9.2012. M erhebt einen Vollstreckungsabwehrantrag mit dem Einwand der Erfüllung und beantragt, die Zwangsvollstreckung für unzulässig zu erklären. F beantragt Zurückweisung des Antrages und beruft sich auf Präklusion.
Zu Recht?

Der Vollstreckungsabwehrantrag scheitert wegen der Präklusionswirkung des § 767 Abs. 2 ZPO. Der Erfüllungseinwand kann für sämtliche vor Schluss der mündlichen Verhandlung im Beschwerdeverfahren am 10.8.2014 auf die bis dahin fälligen Unterhaltsansprüche erfolgten Zahlungen nicht mit Erfolg erhoben werden! Die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung kann nur auf Gründe gestützt werden, die erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung, in der die Einwendungen spätestens hätten geltend gemacht werden müssen, entstanden sind. Auch dieser Fall aus der Praxis belegt, wie wichtig es ist, zur Vermeidung eines Anwaltsregresses rechtzeitig und spätestens in der mündlichen Verhandlung im Beschwerdeverfahren geleistete Zahlungen darzulegen und zu belegen.

[5] Friderici/Kemper/*Viefhues*, § 243 FamFG Rz. 30; Musielak/*Borth*, FamFG 2009, 231 Rz. 16; KG v. 1.3.2011 - 13 UF 263/10, FamRZ 2011, 1319 = NJW 2011, 2672; OLG Hamm FamRZ 2007, 1660; OLG Frankfurt v. 2.10.1997 - 1 WF 219/96, FamRZ 1998, 445; OLG Stuttgart v. 11.1.2001 - 18 WF 545/00, FamRZ 2001, 1381; OLG Düsseldorf FamRZ 1994, 1484; a. A.: OLG Nürnberg v. 25.1.2002 - 10 WF 4230/01, FuR 2002, 280 = FamRB 2002, 263
[6] BGH v. 30.5.2006 - VI ZB 64/05, FamRZ 2006, 1189
[7] gem. §§ 59 Abs. 1 Nr. 3, 60, 91 SGB VIII

Ob M dem Präklusionseinwand des Unterhaltsgläubigers den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung entgegenhalten kann, dürfte äußerst zweifelhaft sein. Unterbliebener Sachvortrag kann also nicht einfach im Nachhinein „repariert“ werden!
In besonderem Maß gilt dies im Übrigen für Abänderungsbegehren, die sich gegen eine gerichtliche Endentscheidung richten. Jeder Anwalt ist gut beraten, bereits im Erstverfahren umfassenden Sachvortrag zu halten, um eine spätere Präklusion zu vermeiden.
Werden einkommenserhöhende Positionen oder einkommensvermindernde Abzugsposten „vergessen“, die bereits zum Schluss der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung bestanden, wäre ein darauf gestütztes Abänderungsbegehren unzulässig.

3. Risiken bei der Inverzugsetzung

Fallbeispiel 4:
Nachdem F 1.10.2014 von M Auskunft zur Zwecke der Geltendmachung nachehelichen Unterhalts verlangt hatte, bezifferte sie ihren Unterhaltsanspruch zunächst auf 400,00 €, die sie am 1.10.2014 gerichtlich in einem isolierten Hauptsacheverfahren geltend machte. Der Antrag auf nachehelichen Unterhalt wurde abgewiesen. F hat Beschwerde gegen den Beschluss eingelegt und in der Beschwerdeinstanz ihren Zahlungsantrag rückwirkend erhöht und für die Zeit vom 1.6.2014 zusätzlich zu dem zunächst bezifferten Unterhalt Altersvorsorgeunterhalt verlangt und ab 1.3.2015 Elementarunterhalt in Höhe von 1.000,00 € zuzüglich Altersvorsorgeunterhalt in Höhe von 300,00 €.
Hat F mit der rückwirkenden Erhöhung des bereits bezifferten Unterhalts bzw. mit der Erweiterung um den Altersvorsorgeunterhalt Erfolg?

Der Fallstrick liegt in der Inverzugsetzung. F kann die rückwirkende Erhöhung nicht verlangen. Grundsätzlich kann zwar gem. § 1613 Abs. 1 Satz 1 BGB Unterhalt für die Vergangenheit ab dem Zeitpunkt verlangt werden, zu dem der Unterhaltspflichtige zur Auskunftserteilung zum Zwecke der Geltendmachung des gesetzlichen Unterhaltsanspruches aufgefordert worden ist. Hat der Unterhaltsberechtigte seinen Unterhaltsanspruch nach Auskunftserteilung beziffert, muss der Unterhaltspflichtige nur noch damit rechnen, in Höhe des bezifferten Unterhaltsanspruches in Anspruch genommen zu werden.[8] Rückwirkend kann der Unterhaltsberechtigte für die Vergangenheit ab Zugang des Auskunftsbegehrens nur dann noch höheren Unterhalt geltend machen, wenn er sich ausdrücklich vorbehalten hat, den Anspruch ggf. im Hinblick auf noch nicht erfolgte oder nicht ordnungsgemäß erteilte Auskunft zu erhöhen.[9] Anderenfalls würde nicht nur dem Schuldner das Risiko unkalkulierbar angewachsener Rückstände aufgebürdet, wogegen er durch § 1613 BGB geschützt werden soll, sondern der Unterhaltsberechtigte, der seine Forderung nach vorangegangener Auskunft beziffert hat, würde dann sogar besser gestellt als derjenige, der seine Unterhaltsforderung sogleich beziffert hat. Für die Inanspruchnahme des Unterhaltspflichtigen auf Altersvorsorgeunterhalt reicht es für die Zukunft grundsätzlich aus, dass er zur Auskunftserteilung mit dem Ziel der Geltendmachung des gesetzlichen Unterhaltsanspruches aufgefordert worden ist, ohne dass es zunächst eines Hinweises bedarf, dass auch Altersvorsorgeunterhalt verlangt werde.[10]
Haftungsfalle: Wird der Unterhaltsanspruch **beziffert**, ohne zugleich auch Altersvorsorgeunterhalt geltend zu machen, scheidet ein rückwirkend verlangter, über den bezifferten Betrag hinausgehender Unterhalt aus.[11]

[8] BGH FamRZ 2013, 112
[9] BGH aaO
[10] BGH aaO; BGH FamRZ 2007, 193
[11] BGH aaO

Unterhalt wird regelmäßig in voller Höhe geltend gemacht, so dass die Vermutung gegen eine Teilforderung spricht.[12] Altersvorsorgeunterhalt kann also nur dann geltend gemacht werden, wenn ein erkennbarer Vorbehalt hinsichtlich einer etwaigen Nachforderung erklärt wurde. Von einem solchen Vorbehalt kann nicht ausgegangen werden, wenn sich der Unterhaltsgläubiger nicht bewusst war, den Altersvorsorgeunterhalt verlangen zu können.[13] Eine Reparatur in der zweiten Instanz ist also nicht mehr möglich.

4. Der vergessene Altersvorsorgeunterhalt

Fallbeispiel 5:
Vor dem Familiengericht ist seit 1.6.2014 ein Unterhaltshauptsacheverfahren zwischen F und M rechtshängig. In der Antragsschrift hat F beantragt: *„… den Antragsgegner zu verpflichten, an die Antragstellerin ab 1.5.2014 Unterhalt in Höhe von monatlich 1.500,00 € zum 1. eines jeden Monats im Voraus zu zahlen“*. Nach der mündlichen Verhandlung am 26.3.2015 wird dem Antrag vollumfänglich stattgegeben. Der Beschluss des Familiengerichts wird am 30.4.2015 rechtskräftig. Am 2.2.2015 wurde das Scheidungsverfahren rechtshängig; der Verfahrensbevollmächtigte der F hatte sich im Scheidungsverfahren auch bereits bestellt und schriftsätzlich dem Scheidungsantrag zugestimmt. Nachdem in der Folgesache Versorgungsausgleich sämtliche Auskünfte vorliegen, hat das Familiengericht für den 2.12.2015 terminiert. Die Terminsladung wurde dem Anwalt der F (RA Mutig) am 3.11.2015 zugestellt. In der Besprechung am 25.11.2015 spricht F RA Mutig darauf an, dass sie im Internet gelesen habe, dass ihr auch noch ein sog. Altersvorsorgeunterhalt zustehen müsse, über den sie bisher überhaupt noch nicht informiert worden sei. Sie möchte den Unterhaltsanspruch gegen M geltend machen und möchte wissen, ob sie den Unterhalt rückwirkend erhält.

Eine rückwirkende Geltendmachung scheitert an der notwendigen Inverzugsetzung gem. §§ 1613 Abs. 1 Satz 1, 1360a Abs. 1 BGB. Der Altersvorsorgeunterhalt ist ein unselbständiger Teil eines einheitlichen, den gesamten Lebensbedarf umfassenden Unterhalts.[14] Sofern ein Anspruch auf Trennungsunterhalt gem. § 1361 Abs. 1 Satz 2 BGB besteht, entsteht der Anspruch der Altersvorsorgeunterhalt frühestens zu Beginn des Monats, in dem der Scheidungsantrag rechtshängig geworden ist[15], vorliegend also am 1.2.2015. Somit hätte ab Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens neben dem Anspruch auf Trennungsunterhalt gem. § 1361 Abs. 1 Satz 2 BGB der Anspruch auf Altersvorsorgeunterhalt geltend gemacht werden können. Um Altersvorsorgeunterhalt für seine Mandantin durchzusetzen, hätte RA Mutig in dem Trennungsunterhaltsverfahren den Altersvorsorgeunterhalt beziffert geltend machen müssen. Dies ist nicht geschehen. Für die bis zur Rechtskraft der Scheidung noch verbleibende Trennungszeit kann der Anspruch ebenfalls nicht mehr geltend gemacht werden. Der Altersvorsorgeunterhalt ist ein unselbständiger Teil des einheitlichen Unterhalts, die isolierte Geltendmachung ist nicht zulässig; ein Nachforderungsantrag in einem isolierten Verfahren noch während der Trennungszeit wäre unzulässig. Ein Abänderungsantrag der F würde an der Präklusionswirkung des § 238 Abs. 2 FamFG scheitern, weil der Anspruch auf Altersvorsorgeunterhalt bereits vor Schluss der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung entstanden war. Der Altersvorsorgeunterhalt hätte auch im Verbund mit dem nachehelichen Elementarunterhaltsanspruch für die Zeit ab Rechtskraft anhängig gemacht werden können. Vorliegend scheidet auch diese Möglichkeit aus, weil die Frist des § 137 Abs. 2 FamFG bereits verstrichen ist. Es bleibt somit nur noch die Geltendmachung des nachehelichen Elementarunter- und Altersvorsorgeunterhalts nach Rechtskraft der Scheidung in einem isolierten und/oder ggf. in einem einstweiligen Anordnungsverfahren.

[12] BGH FamRZ 2013,109; FamRZ 1985, 690
[13] BGH FamRZ 2013, 109
[14] BGH FamRZ 2013, 109
[15] BGH FamRZ 2007, 193

Hinweis:
Der Fehler hätte vermieden werden können, wenn RA Mutig entweder den Altersvorsorgeunterhalt in dem bereits anhängigen Trennungsunterhaltsverfahren beziffert mit geltend gemacht oder deutlich gemacht hätte, dass es sich bei dem im Trennungsunterhaltsverfahren geltend gemachten Unterhalt nur um einen Teil des gesamten Unterhalts, also nur um Elementarunterhalt handele und sich F vorbehalte, auch noch Altersvorsorgeunterhalt zu verlangen. Wird ausdrücklich im Vorprozess nur ein Teil des Unterhaltsanspruches als Elementarunterhalt geltend gemacht bzw. der Vorbehalt der Nachforderung des Altersvorsorgeunterhalts erklärt, kann der Altersvorsorgeunterhalt für die Zeit ab Inverzugsetzung mit einem sog. Nachforderungsantrag (§ 113 Abs. 1 Satz 2 FamFG i. V. m. § 258 ZPO) geltend gemacht werden.
Wird der Altersvorsorgeunterhalt „vergessen", besteht also erhebliche Regressgefahr. Der Anwalt muss den Unterhaltsberechtigten über den Altersvorsorgeunterhalt informieren und mit ihm erörtern, ob der Anspruch geltend zu machen ist.

5. Die Tücken des einstweiligen Anordnungsverfahrens

a) Allgemeine Grundlagen des Verfahrens

Mit dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gem. §§ 49, 246 FamFG kann entsprechend der geltenden Rechtslage[16] **zeitlich unbegrenzt** der **volle Unterhalt**[17] verlangt werden. Es handelt sich um eine **Leistungsverfügung**, durch die im Ergebnis ein tatsächlicher Zustand geschaffen wird, wie er sonst erst nach der Entscheidung in der Hauptsache zu erreichen wäre. Wenn auch die Hauptsacheentscheidung nicht vorweggenommen wird, lässt sich eine tatsächliche Zahlung i. d. R. aufgrund des Einwands der Entreicherung nicht rückgängig machen. Es handelt sich daher um einen sehr schwerwiegenden Eingriff in die Schuldnerrechte.

Für jede einstweilige Anordnung muss allerdings ein dem Verfahrenszweck entsprechender **Regelungsbedarf** bestehen. Dies setzt zunächst das Bestehen eines **materiellrechtlichen Anspruches** (§§ 1361, 1569 f., 1601 f., 1615l BGB) voraus. Die Voraussetzungen sind daher in jedem Fall sowohl hinsichtlich des Grundes als auch der Höhe des Anspruches zu prüfen, wobei im Streitfall kein voller Beweis verlangt werden kann, sondern **Glaubhaftmachung** genügt. Dies gilt sowohl für die **Begründung** des Anspruches als auch für **Einwendungen** des Schuldners. Ein **Regelungsbedürfnis fehlt**, soweit Ansprüche auf **rückständigen Unterhalt** durchgesetzt werden sollen.
Für diese steht das Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes nicht zur Verfügung.[18] Ein Regelungsbedürfnis liegt regelmäßig vor, wenn der Unterhaltsschuldner nach vorausgegangener Zahlungsaufforderung keinen Unterhalt oder nur Teilzahlungen leistet oder die Einstellung der bisher freiwillig geleisteten Zahlungen angekündigt hat.[19]

Hinweis:
Auch bei Teilzahlungen besteht grundsätzlich ein Anspruch auf Titulierung des vollen Betrages.

---

[16] *Zöller/Philippi* (Fn. 15) § 620 ZPO Rz. 57
[17] vgl. AG München, Beschluss v. 27.2.1998 - 553 F 5058/97 -, FamRZ 1998, 1583: 15.000 DM Elementarunterhalt
[18] *Dose*, Einstweiliger Rechtsschutz in Familiensachen 2. Aufl. (2005) Rz. 33
[19] Prütting/Helms/*Bömelburg*, § 246 FamFG Rz. 41; Zöller/*Lorenz*, § 246 FamFG Rz. 3

Das Rechtsschutzbedürfnis für ein einstweiliges Anordnungsverfahren kann jedoch entfallen, wenn der Unterhaltsschuldner den vollen geschuldeten Betrag als **Darlehen** anbietet[20].

Zahlt der Unterhaltsschuldner den vollen geschuldeten laufenden Unterhalt pünktlich und regelmäßig, liegt **kein Regelungsbedürfnis** für eine einstweilige Anordnung vor. Der Bezug von Sozialleistungen lässt das Regelungsbedürfnis für den Erlass einer einstweiligen Anordnung nicht entfallen, weil für den Unterhaltsgläubiger ein begründetes und anerkennenswertes Interesse besteht, den Unterhalt künftig von dem Unterhaltsschuldner und nicht vom Sozialleistungsträger zu erhalten[21]; der Antragsteller muss jedoch für die Ansprüche zwischen der Anhängigkeit des Anordnungsverfahrens und der mündlichen Verhandlung oder Entscheidung des Familiengerichts die Zahlung des Unterhalts in Höhe der empfangenen Leistungen an den Sozialleistungsträger beantragen[22]. Besteht bereits ein vollstreckbarer Unterhaltstitel, fehlt das Regelungsbedürfnis; dies gilt auch dann, wenn die Beteiligten über auskömmliche Einkommensverhältnisse verfügen und lediglich geringer Aufstockungsunterhalt im Wege der einstweiligen Anordnung zuzusprechen wäre[23]. Die Entscheidung über den Antrag soll nach mündlicher Verhandlung ergehen, wenn dies „geboten erscheint“ (§ 246 Abs. 2 FamFG). Die Gesetzesbegründung betont zwar die Bedeutung der mündlichen Verhandlung. Sie soll der Regelfall sein - dies kommt jedoch in dieser Deutlichkeit im Gesetz nicht zum Ausdruck. Nach dem Wortlaut der Norm erscheint die mündliche Verhandlung eher als fakultativ.
Die besondere Bedeutung der mündlichen Verhandlung hätte sich in der Gesetzesfassung widerspiegeln sollen. Ist die Entscheidung **ohne mündliche Verhandlung** ergangen, kann der Unterhaltsschuldner wie bisher einen **Antrag auf mündliche Verha**ndlung stellen **(§ 54 Abs. 2 FamFG)**. Aufgrund dieser Verhandlung ist dann erneut zu entscheiden. Das Verfahren soll auf der Grundlage der besseren Erkenntnismöglichkeiten in der mündlichen Verhandlung zu einer neuen Beschlussfassung führen. Es handelt sich um eine besondere Form des Rechtsbehelfs, über den die Beteiligten dann auch nach § 39 FamFG zu belehren sein werden.[24] Der Beschluss ist in Unterhaltssachen unanfechtbar (§ 57 Abs. 1 FamFG).[25]

Als Korrektiv zur Unanfechtbarkeit bleibt der jederzeit mögliche **Antrag auf Abänderung** einer einstweiligen Anordnung **(§ 54 Abs. 1 Satz 2 FamFG)**[26] sowie die ggf. auch von Amts wegen anzuordnende Aussetzung oder Beschränkung der Vollstreckung (§ 55 FamFG).[27]

---

[20] *Gießler/Soyka*, Rz. 543; vgl. auch AG Marburg FamRZ 2013, 318; AG Kassel FuR 2010, 710; Scholz/Kleffmann/Motzer/*Kühner* Teil K Rz. 610; offen gelassen *Langheim* FamRZ 2014, 1413
[21] BGH v. 2.4.2008 - XII ZB 266/03 = FamRZ 2008, 1159; Prütting/Helms/*Bömelburg*, § 246 FamFG Rz. 43.
[22] BGH v. 2.4.2008 - XII ZB 266/03 = FamRZ 2008, 1159; Prütting/Helms/*Bömelburg*, § 246 FamFG Rz. 43.
[23] Wendl/Dose/*Schmitz*, § 10 Rz. 404; Schulte-Bunert/Weinreich/*Schwonberg*, FamFG § 246 Rz. 11
[24] Die Vorschrift erwähnt zwar nur Rechtsmittel, Einspruch, Widerspruch und Erinnerung, soll aber für alle ordentlichen Rechtsbehelfe gelten; vgl. BT-Drucks. 16/6308, 196
[25] Mit der Beschwerde (Beschwerdefrist 2 Wochen - § 63 Abs. 2 FamFG) sind nur Entscheidungen über die elterliche Sorge, Kindesherausgabe, Gewaltschutzgesetz und Wohnungszuweisung anfechtbar (§ 57 FamFG)
[26] BT-Drucks. 16/6308, 201 f., allerdings mit dem Vorrang des Antrags nach § 54 Abs. 2 FamFG; vgl. zum bisherigen Recht *Philippi* in Zöller (Fn. 15) § 620a ZPO Rz. 2a
[27] BT-Drucks. 16/6308, 202; einstweilige Anordnungen unterliegen nur insoweit der Beschwerde, als aufgrund mündlicher Verhandlung über die elterliche Sorge, die Herausgabe eines Kindes bzw. dessen Verbleiben bei einer Pflegeperson, einen Antrag nach dem Gewaltschutzgesetz oder die Wohnungszuweisung entschieden worden ist (§ 57 FamFG).

Der Schuldner hat jederzeit die Möglichkeit, durch einen eigenen **Antrag nach § 52 Abs. 2 FamFG** die Durchführung des **Hauptsacheverfahrens** und damit u. U. rückwirkend für mehrere Jahre eine endgültige Klärung zu **erzwingen**.[28] Es handelt sich hierbei um keinen Rechtsbehelf, da die einstweilige Anordnung keine sachlich verbindliche Regelung trifft. Gleichwohl sollen die Beteiligten nach § 39 FamFG auch über dieses Recht ausdrücklich belehrt werden.[29] Auf einen solchen Antrag hat das Gericht eine **Frist** zu **bestimmen**, innerhalb der der Unterhaltsgläubiger den Antrag auf Einleitung eines Hauptsacheverfahrens oder einen Antrag auf Verfahrenskostenhilfe zu stellen hat. Diese Frist kann bis zu drei Monate betragen, sollte aber in Unterhaltssachen angesichts der Schwere des Eingriffs deutlich kürzer ausfallen und i. d. R. vier Wochen nicht überschreiten. Geht der Antrag nicht fristgerecht ein, ist die **einstweilige Anordnung aufzuheben**. Der unanfechtbare Beschluss hat zur Folge, dass die Grundlage für alle beigetriebenen Zahlungen rückwirkend entfällt.[30] Daraus resultiert ein Rückzahlungsanspruch aus Bereicherungsrecht, dem der Unterhaltsschuldner wiederum mit dem Einwand der Entreicherung (§ 818 Abs. 3 BGB) begegnen kann. Hierfür enthält das FamFG keine eigenständige Vorschrift. Nachdem aber im Unterhaltsverfahren die Rechtshängigkeit eines Abänderungsantrages zu der verschärften Haftung nach § 818 Abs. 4 BGB führt (§ 241 FamFG), sollte abweichend von der bisherigen Rechtsprechung des BGH[31] bereits die Zustellung des Antrages auf mündliche Verhandlung (§ 54 Abs. 2 FamFG) oder die Zustellung einer Anordnung nach § 52 Abs. 2 FamFG genügen.[32] Es ist nach wie vor streitig, ob § 241 FamFG auf Abänderungsanträge in einer einstweiligen Anordnungssache anwendbar ist.[33]

In beiden Fällen kann der Gläubiger nicht mehr berechtigterweise darauf vertrauen, dass ihm der im Wege der einstweiligen Anordnung zugesprochene Betrag tatsächlich zusteht.

Auf den rechtzeitig eingegangenen Antrag ist das Hauptsacheverfahren nach den allgemeinen Regeln durchzuführen - und zwar für den gesamten streitigen Zeitraum. Erst dessen Ausschluss regelt die Verhältnisse endgültig. Die einstweilige Anordnung bleibt in dieser Zeit in Kraft; die Vollstreckung kann aber wie bislang nach § 620e ZPO durch unanfechtbaren Beschluss ausgesetzt oder beschränkt werden (§ 55 Abs. 1 FamFG).

Hinweis:
Das Nebeneinander von einstweiliger Anordnung und Hauptsache führt zu getrennten Titeln in zwei jeweils selbständigen abgeschlossenen Verfahren. Diese sind aber inhaltlich voneinander abhängig. Werden Leistungen aufgrund einer einstweiligen Anordnung erbracht, wirken diese nur dann als Erfüllung (§ 362 BGB), wenn die Zahlung auf einen auch

[28] BGH, Urteil v. 9.5.1984 - IVb ZR 7/83 -, FamRZ 1984, 767, 768
[29] BT-Drucks. 16/6308, 201
[30] BGH, Urteil v. 9.5.1984 - IVb ZR 7/93 -, FamRZ 1984, 767, 768; Beschluss v. 22.3.1989 - IVb ZA 2/89 -, FamRZ 1989, 850
[31] Urteil v. 9.5.1984 - IVb ZR 7/83 -, FamRZ 1984, 767, 768; zum Bereicherungsanspruch vgl. *Hans-Joachim Dose* (Fn. 31), Rz. 86 f.; *Sedemund-Treiber* in Johannsen/Henrich, Eherecht 4. Aufl. § 620b ZPO Rz. 12; kritisch gegenüber der Rechtsprechung des BGH *Martin Schwab*, Rückforderung von Ehegattenunterhalt nach einstweiliger Anordnung, FamRZ 1994, 1567.
[32] Ebenso *Thomas Roßmann*, Das neue Unterhaltsverfahren nach dem FamFG, ZFE 2008, 245, 249f. (analoge Anwendung).
[33] Bejahend: Prütting/Helms/*Bömelburg* § 241 FamFG Rz. 19; Musielak/*Borth*, FamFG § 54 Rn. 18; Johannsen/Henrich/*Büte* § 54 FamFG Rz. 15; *Zöller/Lorenz* § 241 FamFG Rz. 4; *Schlünder* FamRZ 2010, 2038; aA: OLG Karlsruhe v. 6.2.2014 - 2 UF 148/13 -, FamRZ 2014, 1387 = FamRB 2014, 259

materiell akzeptierten Anspruch erfolgt. I. d. R. erfolgt die Leistung hingegen nur zur Abwendung der Vollstreckung. Dann tritt keine Erfüllungswirkung ein.[34] Dies ist im Verfahren zur Hauptsache zu beachten. Im ersten Fall ist das Verfahren jeweils für erledigt zu erklären, während im zweiten Fall der Anspruch tituliert werden muss, weil es ohne Titel an einem Rechtsgrund für das Behaltendürfen fehlt. Da die einstweilige Anordnung mit Rechtskraft der Entscheidung zur Hauptsache kraft Gesetzes außer Kraft tritt (§ 56 Abs. 1 FamFG), ist nur noch eine Vollstreckung aus dem Titel zur Hauptsache statthaft. Wird weiterhin aus der einstweiligen Anordnung vollstreckt, bleibt dem Schuldner nur die Vollstreckungsabwehrklage (§§ 113 FamFG, 767 ZPO).

- Die einstweilige Anordnung kann sich durch die faktische Belastung als sehr nachteilig für den Unterhaltsschuldner erweisen. Denn eine Rückzahlung zu Unrecht beigetriebener Beträge kann er aufgrund des Entreicherungseinwandes nicht erwarten. Das Gesetz bürdet damit dem Schuldner das alleinige Risiko einer Fehlentscheidung auf.

Obwohl das Verfahren der einstweiligen Verfügung (§§ 935 f. ZPO) angenähert ist, wurde die **Schadensersatzpflicht** aus **§ 945 ZPO nicht** für die **Unterhaltsverfahren** übernommen. Der Gesetzgeber hat sich in der Begründung darauf beschränkt, dass es auch nach bisherigem Recht keine Haftung gegeben habe und der BGH eine entsprechende Anwendung des § 945 ZPO abgelehnt habe.[35] Eine sachliche Auseinandersetzung mit den im Urteil des BGH angeführten Gesichtspunkten ist unterblieben, obwohl sich dies angesichts der seit langem bekannten Problematik aufgedrängt hätte.

Fallbeispiel 6:
M, bisher nicht anwaltlich vertreten, wird nach mündlicher Verhandlung durch eAO verpflichtet, Trennungs-UH an F ab 01.03.2013 in Höhe von mtl. 600,00 € zu zahlen. Sie werden beauftragt, die eAO zu überprüfen und gegen den Beschluss vorzugehen.
Sie stellen fest, dass M nach seinem Einkommen und der zu berücksichtigenden Verbindlichkeiten nicht zu Unterhaltszahlungen verpflichtet ist. Wie M Ihnen mitteilt, hat F bereits die Zwangsvollstreckung eingeleitet und für den Monat März 2013 den Unterhalt bereits beigetrieben (Gehaltspfändung).
Was ist zu tun?

Das Rechtsmittel der Beschwerde ist unzulässig (vgl. § 57 FamFG). Die einstweilige Anordnung ist **grundsätzlich unanfechtbar**. § 57 FamFG ermöglicht nur in besonderen Fällen eine begrenzte Anfechtbarkeit der nach **mündlicher Erörterung** ergangenen Entscheidungen. § 57 Satz 2 FamFG nennt abschließend **fünf Ausnahmefälle** für Entscheidungen
- über die elterliche Sorge für ein Kind (§ 57 Nr. 1 FamFG),
- über die Herausgabe des Kindes an den anderen Elternteil (§ 57 Nr. 2 FamFG),
- über einen Antrag auf Verbleiben eines Kindes bei einer Pflege- oder Bezugsperson (§ 57 Nr. 3 FamFG),
- über einen Antrag nach den §§ 1, 2 GewSchG (§ 57 Nr. 4 FamFG) oder
- in einer Wohnungszuweisungssache über einen Antrag auf Zuweisung der Wohnung (§ 57 Nr. 5 FamFG),

die mit der Beschwerde anfechtbar sind.
Der Katalog des § 57 FamFG ist abschließend. Nicht anfechtbar ist also
- eine einstweilige Anordnung über Unterhalt und

[34] BGH FamRZ 1985, 908, 910
[35] BT-Drucks. 16/6308, 226 unter Bezug auf BGH, NJW 2000, 740, 742 f.

- eine einstweilige Anordnung über die Verpflichtung zur Zahlung eines Verfahrenskostenvorschusses.

Fortsetzung Fallbeispiel 6:
Am 17.4.2013 beantragen Sie bei dem FamG, F aufzugeben, das Hauptsacheverfahren einzuleiten (§ 52 Abs. 2 FamFG). Am 22.4.2013 wird der Verfahrensbevollmächtigten der F, RAin Flink, dieser Antrag zur Stellungnahme binnen zwei Wochen zugeleitet. Eine Stellungnahme erfolgt nicht, daraufhin erlässt das Gericht am 21.05.2013 den Beschluss, mit dem F aufgegeben wird, das Hauptsacheverfahren binnen eines Monats einzuleiten. Der Beschluss geht RAin Flink am 7.6.2013 zu.

b) Antrag auf Einleitung des Hauptsacheverfahrens, § 52 FamFG

In Antragsverfahren kann derjenige Beteiligte, der durch die einstweilige Anordnung in seinen Rechten beeinträchtigt ist, gem. § 52 Abs. 2 Satz 1 FamFG die **Einleitung** eines **deckungsgleichen Hauptsacheverfahrens erzwingen**, etwa um eine streitige Tatsache mit besseren Erkenntnismöglichkeiten oder höherem richterlichen Überzeugungsgrad abschließend zu klären.[36] Die Vorschrift lehnt sich weitestgehend an die für Arrest und einstweilige Verfügung geltende Vorschrift des § 926 ZPO an.[37]
Mit der Selbständigkeit des einstweiligen Anordnungsverfahrens, das im Gegensatz zur früheren Rechtslage nicht mehr in einem Abhängigkeitsverhältnis zu einem Hauptsacheverfahren steht, wird dem Antragsgegner nun ermöglicht, im Erkenntnisverfahren eine Entscheidung in der Hauptsache herbeizuführen und diese ggf. durch das Rechtsmittelgericht überprüfen zu lassen, während Entscheidungen im Verfahren der einstweiligen Anordnung in Unterhaltssachen unanfechtbar sind (§ 57 Satz 1 FamFG). Grundsätzlich setzt § 52 FamFG voraus, dass eine einstweilige Anordnung erlassen worden ist, so dass Anträge auf Einleitung eines Hauptsacheverfahrens nach § 52 Abs. 2 FamFG nicht in Betracht kommen, wenn der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung zurückgewiesen wurde[38].
Die Einleitung des Hauptsacheverfahrens **setzt** einen **Antrag** des Antragsgegners **voraus**, der schriftlich gestellt oder zur Niederschrift der Geschäftsstelle erklärt werden kann. Der Antrag ist nur zulässig, wenn der Antragsgegner durch die einstweilige Anordnung in seinen Rechten beeinträchtigt ist[39]. Das Rechtsschutzbedürfnis für den Antrag auf Fristsetzung für das Hauptsacheverfahren fehlt, wenn der Antragsteller bereits das Hauptsacheverfahren oder einen Antrag auf Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe für das Hauptsacheverfahren anhängig gemacht, die einstweilige Anordnung keinen Bestand mehr hat, der zu sichernde Anspruch aus der einstweiligen Anordnung wegen Erfüllung oder Erledigung weggefallen ist oder der Unterhaltsgläubiger auf den Anspruch verzichtet hat[40]. Entgegen dem Gesetzeswortlaut kann der Antrag auf Fristsetzung zur Einleitung des Hauptsacheverfahrens **hilfsweise** mit dem Antrag auf Zurückweisung gestellt werden, weil sich die Vorschrift weitestgehend an § 926 ZPO anlehnt und auch der Antrag auf Fristsetzung und Aufhebung des Arrestes als Hilfsantrag zulässig ist[41].

---

[36] BT-Drucks. 16/6308, 201
[37] BT-Drucks. aaO
[38] Prütting/Helms/*Stößer*, § 52 FamFG Rz. 7.
[39] BT-Drucks. 16/6308, 201.
[40] OLG Karlsruhe v. 3.9.2010 – 5 WF 179/10, FamRZ 2011, 571; Zöller/*Feskorn*, § 52 FamFG Rz. 1; Schulte-Bunert/Weinreich/*Schwonberg*, § 52 FamFG Rz. 11.
[41] So auch Johannsen/Henrich/*Büte*, § 52 FamFG Rz. 7; Schulte-Bunert/Weinreich/*Schwonberg*, § 52 FamFG Rz. 10; *Löhnig/Heiß*, FamRZ 2009, 1101; aA: Prütting/Helms/*Stößer*, § 52 FamFG Rz. 7.

Wird der **Antrag** auf Fristsetzung zur Einleitung des Hauptsacheverfahrens bzw. eines Antrages auf Verfahrenskostenhilfebewilligung für ein Hauptsacheverfahren **zurückgewiesen**, ist gegen diesen Beschluss, der eine abschließende Endentscheidung i. S. d. § 38 FamFG darstellt[42], das Rechtsmittel der Beschwerde zulässig (§ 58 FamFG).

Wird dem **Antrag stattgegeben**, hat das Gericht gegenüber dem Antragsteller, der die einstweilige Anordnung erwirkt hat, anzuordnen, binnen einer zu bestimmenden Frist entweder
- das Hauptsacheverfahren einzuleiten oder
- einen Antrag auf Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe für das Hauptsacheverfahren zu stellen.

Die Frist zur Einleitung des Hauptsacheverfahrens oder des Antrages auf Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe für das Hauptsacheverfahren darf **höchstens drei Monate** betragen, muss sich aber an den Umständen des Einzelfalles orientieren und wird in Unterhaltssachen regelmäßig deutlich kürzer zu bemessen sein (ca. einen Monat/vier Wochen[43]). Nach fruchtlosem **Fristablauf ist** die **einstweilige Anordnung** durch Beschluss zwingend **aufzuheben**, eines gesonderten Antrages bedarf es nicht[44]. Der Beschluss ist **unanfechtbar**[45] mit der Folge, dass damit die Grundlage für alle beigetriebenen Zahlungen rückwirkend entfällt[46]. In diesem Fall steht dem Unterhaltsschuldner zwar ein Bereicherungsanspruch zu[47], ein Schadensersatzanspruch gem. § 945 ZPO besteht hingegen nicht, weil § 945 ZPO gem. § 119 Abs. 1 Satz 2 FamFG auf Unterhaltssachen keine Anwendung findet.

Wird der Antrag gem. § 52 FamFG auf Einleitung des Hauptsacheverfahrens vor Ablauf der von dem Gericht gesetzten Frist gestellt, ist dieser verfrühte Antrag nach dem Wortlaut des Gesetzes unzulässig und damit zu verwerfen, zumal die Fristsetzung gerade verhindern soll, dass die Beteiligten vorschnell einen Antrag auf Einleitung des Hauptsacheverfahrens stellen. Im Übrigen haben die Beteiligten die Möglichkeit, nach Fristablauf einen erneuten Antrag zu stellen.

c) Antrag auf Abänderung, § 54 Abs. 1 FamFGc)

Sowohl in Antrags- als auch in Amtsverfahren können die Entscheidungen im einstweiligen Anordnungsverfahren nach § 54 FamFG überprüft und eine Aufhebung und Abänderung vorgenommen werden. Die Vorschrift entspricht im Wesentlichen § 620b ZPO. Diese weitgehende Abänderungsmöglichkeit ist in Familiensachen Ersatz für die regelmäßig nicht bzw. nur unter bestimmten Voraussetzungen gegebene Anfechtbarkeit der einstweiligen Anordnung.[48] § 54 Abs. 1 Satz 2 FamFG regelt die **Abänderungsmöglichkeit** für **Antragsverfahren**, deren Aufhebung oder Änderung einen entsprechenden Antrag der Beteiligten voraussetzt.

---

[42] *Gießler/Soyka*, Rz. 224; Prütting/Helms/*Stößer*, § 52 FamFG Rz. 4; Johannsen/Henrich/*Büte*, § 52 FamFG Rz. 7; *van Els*, FamRZ 2011, 573; aA: Zöller/*Feskorn*, § 52 FamFG Rz. 5; OLG Karlsruhe v. 3.9.2010 – 5 WF 179/10, FamRZ 2011, 571: analog §§ 567 f. ZPO, weil es sich bei dem Beschluss um eine Zwischenentscheidung handele.

[43] Keidl/*Giers* § 52 FamFG Rz. 9; *Bömelburg* FF 2011, 355

[44] Zöller/*Feskorn*, § 52 FamFG Rz. 6; Zöller/*Lorenz*, § 246 FamFG Rz. 30; aA: Prütting/Helms/*Stößer*, § 52 FamFG Rz. 5.

[45] BT-Drucks. 16/6308, 201; Prütting/Helms/*Bömelburg*, § 246 FamFG Rz. 82.

[46] BGH v. 22.3.1989 – IV b ZA 2/89, FamRZ 1989, 850; Prütting/Helms/*Bömelburg*, § 246 Rz. 82.

[47] BGH v. 27.10.1999 – XII ZR 239/97, FamRZ 2000, 751; Prütting/Helms/*Bömelburg*, § 246 Rz. 82.

[48] BT-Drucks. 16/6308, 201

Der Antrag ist nur entbehrlich, wenn die Entscheidung des Gerichts ohne vorherige Durchführung einer nach dem Gesetz notwendigen Anhörung erlassen wurde (§ 54 Abs. 1 Satz 2 FamFG). Antragsbefugt sind die Beteiligten, die in ihren Rechten durch den Beschluss beeinträchtigt sind.

Wichtig:
Der Antrag auf Änderung oder Aufhebung ist nur zulässig, wenn entweder **neue Tatsachen** oder neue Beweismittel oder die Änderung rechtlicher Verhältnisse vorgebracht werden können, die eine Änderung oder Aufhebung rechtfertigen. Werden keine neuen Tatsachen vorgebracht, fehlt es am Rechtsschutzbedürfnis und der Antrag ist als unzulässig zurückzuweisen.[49] Das Änderungsbegehren setzt jedoch **keine wesentliche** Veränderung voraus, wie sie z. B. in Unterhaltssachen für ein Abänderungsverfahren gem. § 238 Abs. 1 FamFG verlangt wird.[50] Der Antrag ist zu begründen.
Der Abänderungsantrag kann auf eine rückwirkende Abänderung gerichtet sein und zeitlich unbefristet gestellt werden, solange die einstweilige Anordnung gem. § 56 FamFG noch nicht außer Kraft getreten ist.

Im Übrigen gelten für den Ablauf des Verfahrens dieselben Vorschriften, wie für einen erstmals gestellten Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung. Das Gericht kann auch über den Abänderungsantrag ohne mündliche Verhandlung entscheiden, dies ermöglicht sodann aber wieder einen Antrag gem. § 54 Abs. 2 FamFG mit dem Ziel, aufgrund mündlicher Verhandlung neu zu entscheiden. In der Praxis wird aus diesem Grund regelmäßig über die Abänderung erst nach mündlicher Verhandlung entschieden. **Zuständig** für den Antrag auf Abänderung ist das Gericht, das die einstweilige Anordnung erlassen hat (§ 54 Abs. 3 Satz 1 FamFG). Ist die einstweilige Anordnungssache beim Beschwerdegericht anhängig, ist gem. § 54 Abs. 4 FamFG das Beschwerdegericht für den Abänderungsantrag zuständig. Streitig ist, ob das Beschwerdegericht auch dann zuständig ist, wenn in erster Instanz in der Hauptsache ein Stufenantrag rechtshängig ist und sich nur die Auskunftsstufe in der zweiten Instanz befindet. Hier wird die Auffassung vertreten, dass selbst nur bei Anhängigkeit der Auskunftsstufe beim Beschwerdegericht dessen Zuständigkeit z. B. für eine einstweilige Anordnung über bezifferten Unterhalt gegeben sei, weil bei einem Stufenantrag auch der bezifferte Anspruch sogleich rechtshängig wird.[51] Nach anderer Auffassung[52] scheitert die Zuständigkeit des Beschwerdegerichts jedenfalls daran, dass im Beschwerdeverfahren nicht der Leistungsantrag anhängig ist. § 50 Abs. 1 Satz 2 FamFG setzt voraus, dass der Streitgegenstand zwischen dem in der Beschwerdeinstanz geltend gemachten Anspruch und dem mit der einstweiligen Anordnung verfolgte Zahlungsanspruch identisch sein muss[53], so dass es für das einstweilige Anordnungsverfahren bei der Zuständigkeit des Amtsgerichts verbleibt, wenn in einem Stufenverfahren alleine der Auskunftsanspruch Gegenstand des Beschwerdeverfahrens ist.

Wird der Antrag auf **Abänderung** gem. § 54 Abs. 1 FamFG **zurückgewiesen**, ist eine **Beschwerde** gegen den Beschluss **nicht statthaft**.[54]

[49] *Zöller/Philippi*, § 620b Rn. 2 mwN; *Schürmann*, FamRB 2008, 375 (380)
[50] *Schwab/Maurer/Borth*, Teil I Rz. 949
[51] Prütting/Helms/*Stößer* § 50 FamFG Rz. 4
[52] OLG Frankfurt v. 3.3.2014 - 1 UFH 1/14 -, NJW 2014, 2052
[53] *Zöller/Feskorn* § 50 FamFG Rz. 4; OLG Frankfurt aaO
[54] OLG Karlsruhe FamRZ 2014, 1317

Hinweis:
Ist eine einstweilige Anordnung erlassen worden und ein Abänderungsantrag anhängig, sollte unbedingt für den Antragsgegner, der eine Abänderung anstrebt, der Antrag auf **Aussetzung der Vollstreckung** gem. § 55 Abs. 1 FamFG gestellt werden[55], auch wenn ein Antragserfordernis nicht besteht. Die Vollstreckung kann ausgesetzt oder beschränkt werden, sie kann von Bedingungen oder Auflagen abhängig gemacht werden, insbesondere auch von einer Sicherheitsleistung[56] (§ 55 Abs. 1 Satz 1 FamFG). Über den Antrag auf Aussetzung ist vorab zu entscheiden (§ 55 Abs. 2 FamFG). Die Entscheidung ist allerdings unanfechtbar. Wichtig ist der Antrag auf Aussetzung insbesondere z. B. in Kindschaftssachen.

Fortsetzung Fallbeispiel 6:
Inzwischen wurde auch der UH für die Monate April, Mai und Juni 2013 gepfändet, insgesamt sind somit einschließlich März 2013 2.400,00 € beigetrieben worden. Am 8.7.2013 geht der VKH-Antrag der F für das Hauptsacheverfahren bei Gericht ein. Dieser Antrag wird M am 22.7.2013 zur Stellungnahme binnen zwei Wochen zugeleitet. Zeitgleich wird RAin Flink aufgefordert, noch die angegebenen Wohnkosten in der VKH-Erklärung binnen einer Frist von zwei Wochen zu belegen. RAin Flink beantragt aufgrund ihres Jahresurlaubs um stillschweigende Fristverlängerung von zwei Wochen bis zum 19.8.2013. Inzwischen wurde auch der UH für die Monate Juli und August 2013 gepfändet, seit März 2013 also insgesamt 3.600,00 €. Bis zum 19.8.2013 gehen die Belege nicht ein, das Gericht setzt eine Nachfrist zur Vorlage der Belege binnen zwei Wochen, diese Verfügung geht RAin Flink am 30.8.2013 zu. Auch diese Frist verstreicht fruchtlos, mit Beschluss vom 17.9.2013, zugestellt an RAin Flink am 25.9.2013, wird der VKH-Antrag wegen fehlender Bedürftigkeit zurückgewiesen. Am 23.10.2013 legt RAin Flink Beschwerde ein und überreicht die fehlenden Belege. Mit Beschluss vom 4.11.2013 wird F VKH unter Beiordnung von RAin Flink bewilligt, der Beschluss wird RAin Flink und auch Ihnen am 12.11.2013 zugestellt. Inzwischen wurde auch der UH für die Monate September bis einschließlich November 2013 gepfändet, so dass insgesamt bisher 5.400,00 € beigetrieben wurden!
Mit der Zustellung des Bewilligungsbeschlusses wird RA Schlau die beglaubigte Abschrift der Antragsschrift zugestellt und das schriftliche Vorverfahren angeordnet. RA Schlau gibt die Verteidigungsanzeige fristgerecht am 26.11.2013 ab und beantragt, die Frist zur Antragserwiderung, die am 18.12.2013 ausläuft, wegen seines Jahresurlaubs bis zum 8.1.2014 zu verlängern. Dem Antrag wird stattgegeben und die Antragserwiderung fristgerecht am 8.1.2014 bei Gericht eingereicht. Inzwischen hat F weitere zwei Monate Unterhalt gepfändet. M kündigt nun RA Schlau das Mandat und beauftragt RA Ernst mit der Wahrnehmung seiner Interessen. Er versteht nicht weshalb F immer noch weiter vollstrecken kann und weshalb nicht endlich vernünftige Maßnahmen ergriffen werden.
Welche Überlegungen muss RA Ernst nun anstellen und welche Maßnahmen sollte er ergreifen?

d) Negativer Feststellungsantrag, § 256 ZPO

Neben dem Abänderungsantrag gem. § 54 FamFG und dem Antrag auf Einleitung des Hauptsacheverfahrens gem. § 52 Abs. 2 Satz 1 FamFG hat der Unterhaltsschuldner die Möglichkeit, sich gegen die einstweilige Anordnung mit einem negativen Feststellungsantrag gem. § 256 ZPO zur Wehr zu setzen[57]. Das Rechtsschutzinteresse für einen negativen Feststellungsantrag ist jedenfalls bis zur Rechtshängigkeit eines Hauptsacheverfahrens aus Gründen des Schuldnerschutzes zu bejahen[58]. Der negative Feststellungsantrag kann mit einem Antrag auf Einstellung der Zwangsvollstreckung analog § 769 ZPO gestellt werden[59].

[55] Im Wortlaut des Gesetzes ist § 53 FamFG genannt, gemeint ist zweifellos § 54 FamFG, so dass es sich hier um ein Redaktionsversehen handeln dürfte; *Schürmann*, FamRB 2008, 375 (381)
[56] BT-Drucks. 16/6308, 202
[57] Prütting/Helms/*Bömelburg*, § 246 FamFG Rz. 77.
[58] Prütting/Helms/*Bömelburg*, § 246 FamFG Rz. 77; Prütting/Helms/*Stößer*, § 57 FamFG Rz. 15.
[59] Prütting/Helms/*Stößer*, § 57 Rz. 15.

Der negative Feststellungsantrag kann mit einem Hilfsantrag auf Rückzahlung des zuviel gezahlten Unterhalts verbunden werden, alternativ kann auch sofort ein Verfahren auf Rückforderung (zuviel) gezahlten Unterhalts eingeleitet werden[60]. Rechtshemmende (z. B. Stundung) oder rechtsvernichtende (z. B. wegen Erfüllung oder Verzicht) Einwendungen gegen die einstweilige Anordnung können mit dem Vollstreckungsabwehrantrag gem. § 767 ZPO geltend gemacht werden.

e) Rückforderungsantrag

Hat der Unterhaltspflichtige aufgrund einer einstweiligen Anordnung zur Vermeidung der Vollstreckung Zahlung geleistet bzw. der Unterhaltsgläubiger die titulierten Beträge beigetrieben, stellt sich die Frage, ob die überzahlten Beträge zurückgefordert werden können, wenn die einstweilige Anordnung ganz oder teilweise durch eine spätere rechtskräftige Hauptsacheentscheidung außer Kraft gesetzt worden ist. Eine **Schadensersatzpflicht** gem. § 945 ZPO **besteht nicht**, da die Vorschrift gem. § 119 Abs. 1 Satz 2 FamFG keine Anwendung findet. In Betracht kommt ein Antrag auf Rückzahlung wegen ungerechtfertigter Bereicherung gem. § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB. Die Geltendmachung scheitert häufig jedoch an dem Entreicherungseinwand des § 818 Abs. 3 BGB, weil sich der Unterhaltsgläubiger i. d. R. darauf berufen kann, die erhaltenen Beträge zum Lebensunterhalt verbraucht zu haben. Die **verschärfte Haftung** nach § 818 Abs. 4 BGB setzt erst **mit Rechtshängigkeit** des **Rückforderungsantrages** ein. Für die Zeit vor Rechtshängigkeit des Rückforderungsantrages wird sich der Unterhaltsschuldner regelmäßig auch nicht auf die verschärfte Haftung gem. § 819 Abs. 1 BGB i. V. m. § 818 Abs. 4 BGB berufen können, weil die verschärfte Haftung voraussetzt, dass der Unterhaltsgläubiger das Fehlen des rechtlichen Grundes selbst und die sich daraus ergebenden Rechtsfolgen positiv kennen muss[61] und dieser Nachweis regelmäßig nicht geführt werden kann. Auf § 820 Abs. 1 BGB kann die verschärfte Haftung schon deshalb nicht gestützt werden, weil die Unterhaltsleistung nicht auf einem Rechtsgeschäft, sondern auf der gerichtlichen Entscheidung beruht[62].

Hinweis:

Bei der Bezifferung eines Rückzahlungsantrages ist zu beachten, dass die jeweils vollstreckten oder geleisteten Unterhaltsbeträge dem jeweiligen Unterhaltszeitraum aus der einstweiligen Anordnung zugeordnet werden[63]. Das Rückzahlungsbegehren ist Monat für Monat anzupassen.

Zusammenfassung:

Nach Erlass einer einstweiligen Anordnung ist ein isolierter Rückforderungsantrag zu stellen. Die Rechtshängigkeit dieses Antrages bewirkt, dass die Unterhaltsgläubigerin dem Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung den Entreicherungseinwand gem. § 818 Abs. 3 BGB nicht entgegenhalten kann.

Achtung: Die einstweilige Anordnung tritt erst mit Rechtskraft des Beschlusses über den Rückforderungsantrag außer Kraft.

Soll ein Rückforderungsantrag nicht anhängig gemacht werden und ist (bereits) von der Unterhaltsgläubigerin das Unterhaltshauptsacheverfahren anhängig gemacht worden, ist alternativ im Hauptsacheverfahren zu überlegen, ob in dem Hauptsacheverfahren nicht nur

[60] Prütting/Helms/*Stößer*, § 57 Rz. 15.
[61] BGH v. 22.4.1998 – XII ZR 221/96, FamRZ 1998, 951.
[62] BGH v. 22.4.1998 – XII ZR 221/96, FamRZ 1998, 951.
[63] Wendl/Dose/*Schmitz*, § 10 Rz. 442.

der Antrag auf Abweisung, sondern darüber hinaus **hilfsweise** für den Fall des Obsiegens ein Widerantrag auf Rückzahlung des überzahlten Unterhalts gestellt werden soll.

Fortsetzung Fallbeispiel 6:
Mit Beschluss des Familiengerichts vom 10.6.2014 wurde der Unterhaltsantrag der F zurückgewiesen. Der Beschluss wurde den Beteiligten am 20.6.2014 zugestellt. Auch der weitere titulierte Unterhalt von 600,00 € monatlich ab Februar 2014 bis einschließlich Juni 2014 wurde gepfändet; insgesamt hat F 9.600,00 € im Wege der Vollstreckung erlangt.
Nachdem F fristgerecht Beschwerde gegen die Entscheidung des Familiengerichts eingelegt hat und weiterhin die Vollstreckung betreibt, ist M der Meinung, diese Vollstreckung sei unzulässig, weil ja bereits das Familiengericht jetzt endlich zu seinen Gunsten entschieden habe.
Ist diese Auffassung richtig?

f)Außerkrafttreten der einstweiligen Anordnung, § 56 FamFG

(1) Wegen Wirksamwerden einer anderweitigen Regelung

Das Außerkrafttreten der einstweiligen Anordnung richtet sich nach § 56 FamFG. Grundsätzlich gelten einstweilige Anordnungen bis zum **Wirksamwerden** einer **anderweitigen Regelung** weiter (§ 56 Abs. 1 Satz 1 FamFG). Eine anderweitige Regelung i. S. d. § 56 Abs. 1 Satz 1 FamFG kann
- eine **Endentscheidung** in der **Hauptsache**,
- ein **abändernder oder aufhebender Beschluss** nach § 54 FamFG[64],
- ein **gerichtlich protokollierter Vergleich** i. S. d. § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO,
- eine **vollstreckbare Urkunde** i. S. d. § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO oder
- eine **außergerichtliche Vereinbarung** sein.

Voraussetzung für das Außerkrafttreten ist, dass zwischen dem Gegenstand der einstweiligen Anordnung und dem Gegenstand der anderweitigen Regelung **vollständige Deckungsgleichheit** in sachlicher und zeitlicher Hinsicht besteht[65]. Die gerichtliche Entscheidung in der Hauptsache, mit der der Unterhaltsantrag im Hauptsacheverfahren aus verfahrensrechtlichen Gründen zurückgewiesen wurde, ohne dass eine Entscheidung zur Sache getroffen wurde, stellt keine anderweitige Regelung i. S. d. § 56 Abs. 1 Satz 1 FamFG dar[66].

Die einstweilige Anordnung soll nach ihrem eigentlichen Zweck nur eine vorläufige Regelung bis zur Entscheidung in der Hauptsache treffen. Ihre Wirksamkeit ist daher begrenzt, anschließend verliert die Anordnung ihre Wirkung. Das Gesetz bestimmt im Einzelnen, wann die einstweilige Anordnung außer Kraft tritt:
§ 56 Abs. 1 Satz 1 FamFG verdeutlicht, dass eine einstweilige Anordnung auch für eine begrenzte Zeit erlassen werden kann. Sie verliert dann ihre Wirkung, ohne dass es einer weiteren Entscheidung bedarf. Um Missverständnisse zu vermeiden, sollte aber eine zeitliche Schranke im Tenor eindeutig zum Ausdruck kommen. Eine Unterhaltsregelung wird nicht bereits deshalb wirkungslos, weil der Antrag in einer Ehesache zurückgenommen oder zurückgewiesen worden ist.[67]

[64] Zöller/*Feskorn*, § 56 FamFG Rz. 3.
[65] *Gießler/Soyka*, Rz. 271.
[66] Musielak*/Borth*, § 56 FamFG Rz. 6; Zöller/*Feskorn*, § 56 FamFG Rz. 3.
[67] BT-Drucks. 16/6308, 202

Wichtig:
Streitig ist, ob eine während der Trennungszeit ergangene einstweilige Anordnung über Ehegattenunterhalt mit Rechtskraft der Ehescheidung außer Kraft tritt oder bis zum Wirksamwerden einer anderweitigen Regelung weiter fort gilt. Nach der Entscheidung des BGH[68], die aus der Zeit vor Inkrafttreten des FamFG stammt, wurde ausgeführt, dass die einstweilige Anordnung (nach § 620 Satz 1 Nr. 6 ZPO) auch für die Zeit nach Eintritt der Rechtskraft des Scheidungsurteils fort gelte.
Teilweise wird angenommen, dass eine einstweilige Anordnung über die Scheidung hinaus fort wirkt.[69] Nach anderer Auffassung tritt die einstweilige Anordnung gem. § 56 Abs. 1 FamFG außer Kraft.[70] Ferner wird die Auffassung vertreten, dass die einstweilige Anordnung zwar weiterhin fort gelte, jedoch auf Antrag gem. § 54 Abs. 1 FamFG aufgehoben werden könne, ohne dass es eines negativen Feststellungsantrages bedürfe.[71]

Das Problem der Fortgeltung tritt insbesondere auch dann auf, wenn im einstweiligen Anordnungsverfahren ein gerichtlich protokollierter Vergleich geschlossen wird. In diesen Fällen können sich erhebliche Haftungsfallen ergeben. Auch der Unterhaltsvergleich, der im einstweiligen Anordnungsverfahren über den Trennungsunterhalt abgeschlossen wird, kann auch nach Rechtskraft der Ehescheidung fort gelten.[72]

Ist die Ehe rechtskräftig geschieden, kann der Unterhaltsschuldner den Antrag auf Aufhebung der einstweiligen Anordnung gem. § 54 Abs. 1 FamFG[73] oder einen negativen Feststellungsantrag stellen[74], solange noch kein Hauptsacheverfahren auf Zahlung nachehelichen Unterhalts rechtshängig ist. Hat das Gericht für das Außerkrafttreten der einstweiligen Anordnung einen früheren Zeitpunkt bestimmt, ist dieser für das Außerkrafttreten maßgebend. Handelt es sich bei der anderweitigen Regelung um die Endentscheidung im isolierten Hauptsacheverfahren, tritt die einstweilige Anordnung gem. § 56 Abs. 1 Satz 2 FamFG **erst mit Rechtskraft der Endentscheidung außer Kraft**, und zwar unabhängig davon, ob dem Hauptsacheantrag in der Sache vollumfänglich stattgegeben oder der Antrag zurückgewiesen wurde.

Hinweis:
Grundsätzlich werden Endentscheidungen in Familienstreitsachen, also in den Unterhaltssachen gem. § 231 Abs. 1 FamFG, erst mit Rechtskraft wirksam (§ 116 Abs. 3 Satz 1 FamFG).

Das Gericht soll jedoch die sofortige Wirksamkeit anordnen, wenn die Endentscheidung in der Hauptsache eine Verpflichtung zur Zahlung von Unterhalt enthält (§ 116 Abs. 3 Satz 3 FamFG); i. d. R. gilt dies jedoch nur für laufenden Unterhalt[75].

---

[68] BGH v. 9.2.1983 - IV b ZR 343/81, FamRZ 1983, 355
[69] Prütting/Helms/*Stößer*, § 56 FamFG Rn. 5; Prütting/Helms/*Bömelburg*, § 246 FamFG Rn. 26; Musielak/Borth, § 246 Rn. 16
[70] Johannsen/Henrich/*Büte*, § 56 FamFG Rn. 3
[71] Johannsen/Henrich/*Maier*, vor §§ 246 - 248 FamFG Rn. 13; Prütting/Helms/*Bömelburg*, § 246 FamFG Rn. 84; Keidel/Giers, § 246 Rn. 9; vgl. auch AG Rosenheim, FamRZ 2012, 1823; OLG Jena, FamRZ 2012, 54
[72] OLG Hamm - 3 WF 215/12, juris
[73] Prütting/Helms/*Bömelburg*, § 246 FamFG Rz. 84.
[74] Musielak/*Borth*, § 246 FamFG Rz. 11; Prütting/Helms/*Bömelburg*, § 246 FamFG Rz. 84.
[75] BT-Drucks. 16/6308, 412; Zöller/*Lorenz*, § 116 FamFG Rz. 10; *Griesche*, FamRB 2009, 258.

Besteht eine einstweilige Anordnung und ist die Endentscheidung im isolierten Hauptsacheverfahren, in der geringerer Unterhalt zuerkannt wurde, noch nicht rechtskräftig, existieren **zwei Vollstreckungstitel** nebeneinander und der Unterhaltsgläubiger kann, weil die anderweitige Regelung noch nicht rechtskräftig ist, weiter aus der einstweiligen Anordnung vollstrecken.

Für den Unterhaltsschuldner ist zur Vermeidung von Überzahlungen daher entweder ein Antrag auf Abänderung der einstweiligen Anordnung gem. § 54 Abs. 1 FamFG[76] i. V. m. dem Antrag auf Aussetzung der Vollstreckung gem. § 55 FamFG zu stellen oder ggf. mit einem Vollstreckungsabwehrantrag gem. § 767 ZPO[77] verbunden mit einem Antrag auf Einstellung der Vollstreckung gem. § 769 ZPO gegen die einstweilige Anordnung vorzugehen.

Eine Einschränkung enthält § 56 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 FamFG für die Fälle, in denen die Endentscheidung in einer Familienstreitsache erst zu einem späteren Zeitpunkt eintritt. Hiervon erfasst wird die **Folgesache Unterhalt im Scheidungsverbund**, die gem. § 148 FamFG erst mit **Rechtskraft der Ehescheidung** wirksam wird, so dass die einstweilige Anordnung auch erst mit Rechtskraft der Ehescheidung außer Kraft tritt. Auch in diesem Fall können also zwei Vollstreckungstitel nebeneinander bestehen und es muss ggf. ein Antrag nach § 54 FamFG i. V. m. § 55 FamFG gestellt werden.

Hinweis:
In den isolierten Familienstreitsachen wird die einstweilige Anordnung nicht bereits dann wirkungslos, wenn die vorläufige Wirksamkeit der Endentscheidung in der Hauptsache angeordnet wird (§ 116 Abs. 3 FamFG). Die einstweilige **Anordnung bleibt** vielmehr **bis zur Rechtskraft der Entscheidung wirksam**. Dieser Gesichtspunkt ist insbesondere in Unterhaltsverfahren zu beachten, so dass eine inhaltlich abweichende Entscheidung in der Hauptsache Anlass für eine Anpassung (§ 54 FamFG) der bestehenden einstweiligen Anordnung sein kann. Da es sich um ein Antragsverfahren handelt, erfordert dies eine erhöhte Aufmerksamkeit der Verfahrensbevollmächtigten. In den Antragsverfahren tritt die einstweilige Anordnung **auch** bei jeder Art der Erledigung der Hauptsache (Zurücknahme oder Zurückweisung des Antrags, übereinstimmende Erledigung oder anderweitige tatsächliche Erledigung) außer Kraft.

(2) Aus sonstigen Gründen
Die einstweilige Anordnung tritt auch dann außer Kraft (§ 56 Abs. 2 Nr. 1 - 4 FamFG), wenn
- der **Antrag** in der **Hauptsache zurückgenommen** oder
- der Hauptsacheantrag **rechtskräftig zurückgewiesen** oder
- die Hauptsache **übereinstimmend** für **erledigt erklärt** oder
- die **Erledigung** der Hauptsache **anderweitig** eintritt,

Voraussetzung ist, dass es sich um ein deckungsgleiches Hauptsacheverfahren handelt. Eine anderweitige Erledigung ist z. B. ein Beschluss über die Erledigung des Hauptsacheverfahrens aufgrund einseitiger Erledigungserklärung, nicht aber das Ruhen des Verfahrens.

[76] Prütting/Helms/*Bömelburg*, § 246 FamFG Rz. 87; Zöller/*Feskorn*, § 56 FamFG Rz. 2.
[77] Zöller/*Feskorn*, § 56 Rz. 2; Schulte-Bunert/Weinreich/*Schwonberg*, § 56 FamFG Rz. 14.

Wird das Hauptsacheverfahren nicht weiterbetrieben, tritt eine Erledigung i. S. d. § 56 Abs. 2 Nr. 4 FamFG nicht ein[78].In diesem Fall hat der Antragsgegner jedoch die Möglichkeit, auf die Fortführung des Hauptsacheverfahrens zu drängen und im Übrigen einen Antrag auf Aufhebung oder Abänderung gem. § 54 FamFG zu stellen, der damit begründet werden kann, dass ein Regelungsbedürfnis wegen des Verfahrensstillstandes nicht mehr gegeben sei[79].

Fallbeispiel 7:
F hat gegen M eine einstweilige Anordnung auf Zahlung von Trennungsunterhalt erwirkt. M wurde verpflichtet, Trennungsunterhalt in Höhe von 800,00 € monatlich zu zahlen. F hat, weil noch Unterhaltsrückstände aus der Zeit vor Antragstellung im einstweiligen Anordnungsverfahren bestehen, einen Verfahrenskostenhilfeantrag für ein isoliertes Hauptsacheverfahren gestellt. Über diesen Antrag ist noch nicht entschieden worden. F beantragt Verfahrenskostenhilfe sowohl für den Antrag auf Zahlung rückständigen als auch auf Zahlung laufenden Unterhalts. Nachdem M außergerichtlich den von F für das Hauptsacheverfahren geltend gemachten Verfahrenskostenvorschuss anerkannt und auch Zahlung geleistet hat, nimmt der Anwalt der F den Verfahrenskostenhilfeantrag zurück. M reduziert daraufhin seine Unterhaltszahlungen, weil er die Auffassung vertritt, F stehe nur noch ein monatlicher Unterhaltsanspruch in Höhe von 300,00 € statt der titulierten 800,00 € zu. F droht mit Vollstreckung.

Wird lediglich für das Hauptsacheverfahren ein **isolierter Verfahrenskostenhilfeantrag** gestellt, stellt sich die Frage, ob die **Rücknahme** des **Verfahrenskostenhilfeantrages** für das Hauptsacheverfahren zum Außerkrafttreten der einstweiligen Anordnung gem. § 56 Abs. 2 Nr. 1 FamFG führt. Hier ist zu **unterscheiden**, **ob** lediglich
- ein **isolierter Antrag** auf Bewilligung von **Verfahrenskostenhilfe** für das Hauptsacheverfahren gestellt worden ist oder
- ob das **Hauptsacheverfahren anhängig** gemacht **und** gleichzeitig beantragt wurde, **Verfahrenskostenhilfe** für die gestellten Anträge zu bewilligen.

Wurde nur ein isolierter Verfahrenskostenhilfeantrag gestellt, so führt die Rücknahme des Verfahrenskostenhilfeantrages zum Außerkrafttreten der einstweiligen Anordnung.[80]
Ist das Hauptsacheverfahren jedoch bereits anhängig, schadet die Rücknahme des Verfahrenskostenhilfeantrages nicht.
Die einstweilige Anordnung tritt auch dann außer Kraft, wenn ein isolierter Verfahrenskostenhilfeantrag zurückgewiesen wird, nicht aber wenn das Hauptsacheverfahren bereits anhängig und dem Antrag auf Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe nicht stattgegeben wird. Bei Zurückweisung des Verfahrenskostenhilfeantrages tritt die einstweilige Anordnung entweder mit Ablauf der Beschwerdefrist gem. § 127 Abs. 3 Satz 3 ZPO[81] oder zu dem Zeitpunkt außer Kraft, in dem die eingelegte sofortige Beschwerde mit Beschluss des OLG zurückgewiesen wird.
Wird keine Verfahrenskostenhilfe bewilligt, das Verfahren jedoch nicht auf eigene Kosten weiterbetrieben, kann ein Antrag auf Aufhebung der einstweiligen Anordnung gem. § 54 Abs. 1 FamFG beantragt werden.[82]

[78] so auch Musielak/*Borth*, § 56 FamFG Rz. 5; aA: *Gießler/Soyka*, Rz. 277.
[79] Musielak/*Borth*, § 56 FamFG Rz. 5.
[80] Wendl/Dose/*Schmitz* § 10 Rz. 455
[81] OLG Stuttgart FamRZ 2005, 1187; OLG Stuttgart FamRZ 1984, 720; Wendl/Dose/*Schmitz* § 10 Rz. 455
[82] Wendl/Dose/*Schmitz* § 10 Rz. 455

Auf Antrag eines Beteiligten (§ 56 Abs. 3 FamFG) hat das Gericht auszusprechen, ob, ab welchem Zeitpunkt und ggf. in welchem Umfang die einstweilige Anordnung außer Kraft getreten ist[83].Zuständig ist das Gericht, das im einstweiligen Anordnungsverfahren im ersten Rechtszug zuletzt entschieden hat. Bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 56 Abs. 1 oder Abs. 2 FamFG tritt die einstweilige Anordnung ipso iure[84] außer Kraft. Der Beschluss kann mit der Beschwerde angefochten werden (§ 56 Abs. 3 Satz 2 FamFG) und ist mit einer Rechtsbehelfsbelehrung zu versehen. Die Beschwerdefrist beträgt zwei Wochen (§63 Abs. 1 Nr. 2 FamFG). Das Beschlussverfahren gem. § 56 Abs. 3 FamFG, in dem deklaratorisch das Außerkrafttreten der einstweiligen Anordnung festgestellt wird[85], dient vor allem als Nachweis für die Einstellung oder Beschränkung der Zwangsvollstreckung gem. §§ 775 Nr. 1, 776, 795 ZPO[86]. Ist der Antrag auf Feststellung des Außerkrafttretens der einstweiligen Anordnung zulässig, wird für einen Vollstreckungsabwehrantrag (§ 767 ZPO) i. d. R. das Rechtsschutzinteresse zu verneinen sein[87].

Wichtig:
Die Streitfrage, ob die Beschwerde gem. § 58 FamFG innerhalb der Zwei-Wochen-Frist des § 63 Abs. 2 Nr. 1 FamFG[88] oder innerhalb eines Monats gem. § 63 Abs. 1 FamFG eingelegt werden muss[89], ist durch die gesetzliche Änderung des § 63 Abs. 1 Nr. 2 FamFG geklärt. Die Beschwerdefrist beträgt zwei Wochen.

Hinweis:
Der Antrag auf Feststellung des Außerkrafttretens löst weder Gerichtskosten noch besondere Anwaltsgebühren aus.

6. Fallstricke und Fehlerquellen im gerichtlichen Unterhaltsvergleich

Fallbeispiel 8:
M und F sind getrennt lebende Eheleute. Vor dem Familiengericht ist ein Unterhaltshauptsacheverfahren anhängig. F ist Hausfrau und verfügt lediglich über ein Erwerbseinkommen aus einer geringfügigen Tätigkeit in Höhe von 200,00 € monatlich. Sie hat Trennungsunterhalt in Höhe von 600,00 € monatlich verlangt. Im Termin zur mündlichen Verhandlung schließen die Beteiligten nach zweistündiger Verhandlung folgenden Vergleich:

1. M verpflichtet sich, an F rückständigen Unterhalt für die Zeit von Mai 2015 bis einschließlich Oktober 2015 in Höhe von 1.500,00 € zu zahlen.
2. M verpflichtet sich, an F ab 1.11.2015 laufenden Unterhalt zum 1. eines jeden Monats im Voraus in Höhe von 500,00 € zu zahlen.
3. F stimmt der Inanspruchnahme des steuerlichen Realsplittings zu. M verpflichtet sich, die F dadurch entstehenden Nachteile auszugleichen.
4. Die Abänderbarkeit des Vergleichs richtet sich nach § 239 FamFG.
5. Die Kosten des Verfahrens und des Vergleichs werden gegeneinander aufgehoben.

---

[83] Prütting/Helms/*Stößer*, § 56 FamFG Rz. 10.
[84] Zöller/*Feskorn*, § 56 FamFG Rz. 1; *Gießler/Soyka*, Rz. 278.
[85] *Gießler/Soyka*, Rz. 278.
[86] Zöller/*Feskorn*, § 56 FamFG Rz. 1; *Gießler/Soyka*, Rz. 278.
[87] *Gießler/Soyka*, Rz. 281.
[88] OLG Zweibrücken v. 13.12.2010 – 5 WF 159/10, FamRZ 2011, 987; Schulte-Bunert/Weinreich/*Schwonberg*, § 56 FamFG Rz. 25; Musielak*/Borth*, § 56 FamFG Rz. 14; so wohl auch Prütting/Helms/*Bömelburg*, § 246 FamFG Rz. 90.
[89] So zu Recht Prütting/Helms/*Stößer*, § 56 FamFG Rz. 11; Zöller/*Feskorn*, § 56 FamFG Rz. 7; *Schürmann*, FamRB 2008, 375, weil es sich nicht um eine Entscheidung über die einstweilige Anordnung, sondern nur um eine dem nicht gleichgestellte Entscheidung im Anordnungsverfahren handelt.

Der Fallstrick liegt in der Formulierung in der Vereinbarung zu Ziff. 3. Die beitragsfreie Mitversicherung in der Familienversicherung endet grundsätzlich mit Rechtskraft der Ehescheidung (§ 10 SGB V); sie setzt sich gem. § 188 SGB V jedoch mit dem Tag nach dem Ende der Familienversicherung als freiwillige Mitgliedschaft fort, es sei denn, innerhalb von zwei Wochen nach Hinweis der Krankenkasse wird der Austritt erklärt. Die Mitversicherung kann aber auch bereits während der **Trennungszeit enden**, **wenn** das Gesamteinkommen (§ 16 SGB V) der Einkünfte i. S. d. Einkommensteuerrechts nach § 2 Abs. 2 EStG, d. h. das Arbeitsentgelt gem. § 14 SGB IV und das Arbeitseinkommen gem. § 15 SGB IV, 450,00 € monatlich bzw. wenn kein Minijob ausgeübt wird, gem. § 10 Abs. 1 Nr. 5 1. Halbs. SGB V 1/7 der monatlichen Bezugsgröße nach § 18 SGB IV übersteigt. 2014 belief sich die Bezugsgröße auf 395,00 € und 2015 auf 405,00 €. Während grundsätzlich die Unterhaltszahlungen während der Trennungszeit für die Familienversicherung sowohl für die Sozialversicherung als auch für die Steuern ohne Bedeutung sind, tritt eine Änderung in dem Moment ein, in dem das sog. **steuerliche Realsplitting** in Anspruch genommen wird. In diesem Fall stellen die Unterhaltsleistungen bei dem berechtigten Ehegatten einkommensteuerpflichtiges Einkommen i. S. d. § 10 Abs. 1 Nr. 5 SGB V dar. Der Unterhaltsberechtigte ist damit nicht mehr familienversichert.[90]

Die Nachteile sowohl für den Unterhaltsberechtigten als auch für den Unterhaltspflichtigen liegen auf der Hand. Zwar haben die Beteiligten vereinbart, dass M die Nachteile durch die Inanspruchnahme des Realsplittings ausgleicht, ein ausreichender Schutz der Unterhaltsberechtigten ist damit m. E. jedoch nicht gegeben. F wird beitragspflichtig, muss die Beiträge aufbringen, ob und wann sie die Beiträge als Mehrbedarf oder als Nachteilsausgleich gegen M durchsetzen kann, ist ungewiss. M hat hingegen durch die Inanspruchnahme des steuerlichen Realsplittings möglicherweise im Hinblick auch auf den Nachteilsausgleich sogar noch mehr Nachteile als Vorteile erlangt. Fraglich ist im Übrigen, ob die vorliegende Formulierung tatsächlich den Nachteil der durch das Realsplitting entstehenden Krankenversicherungspflicht umfasst.

Das Problem kann vermieden werden, in dem entweder die Vereinbarung über die Inanspruchnahme des Realsplittings unterbleibt oder die Vereinbarung über die Inanspruchnahme des Realsplittings so gefasst wird, dass das Gesamteinkommen i. S. d. § 16 SBG V bzw. 1/7 der monatlichen Bezugsgröße nach § 18 SGB IV nicht überschreitet.

Vorliegend erzielt die Unterhaltsberechtigte bereits eigenes Einkommen in Höhe von 200,00 € monatlich, so dass lediglich noch 205,00 € von den Unterhaltszahlungen für die Inanspruchnahme des Realsplittings risikolos verbleiben.

Fallbeispiel 9:

Zwischen M und F ist ein Unterhaltsverfahren über Ehegattenunterhalt in Höhe von monatlich 600,00 € für die Zeit ab 1.3.2015 rechtshängig. Seit 1.5.2015 zahlt M auf den geltend gemachten Unterhaltsanspruch Teilbeträge in unterschiedlicher Höhe. Der Termin zur mündlichen Verhandlung am 19.10.2015 wird wegen ausführlicher Vergleichsgespräche mehrfach unterbrochen. Schließlich kommt es zwischen den anwaltlich vertretenen Beteiligten zum Abschluss eines Vergleichs, in dem sich M unter Ziff. 1. zur Zahlung von monatlich 800,00 € Ehegattenunterhalt ab 1.3.2015 verpflichtet. Ziff. 2 enthält die Formulierung, dass „bereits gezahlte Beträge anzurechnen sind“. Aufgrund der durch die Vergleichsverhandlungen eingetretene erhebliche Zeitverzögerung und Uneinigkeit über die Höhe der geleisteten Teilzahlungen konnten die exakten Zahlungen nicht mit in den Vergleich aufgenommen werden. Nach Zustellung des Vergleichs stellt M sämtliche Zahlungen ein und wird von der gegnerischen Anwältin zur Vermeidung der Zwangsvollstreckung aufgefordert, den laufenden Unterhalt und die nach Abzug der geleisteten Zahlungen offenstehenden Rückstände zu begleichen. Nachdem sein bisheriger Anwalt das Mandat niedergelegt hat, lässt M durch seinen neuen Anwalt mitteilen, dass keine Bereitschaft bestehe, Zahlungen zu leisten und die Vollstreckung aus dem Vergleich auch unzulässig sei.

Zu Recht?

[90] BSG FamRZ 1994, 1239

Tatsächlich würde eine Zwangsvollstreckung scheitern, weil der Titel mangels Bestimmtheit nicht vollstreckungsfähig ist.[91] Ein Titel - und dies gilt sowohl für einen gerichtlichen Vergleich als auch für einen gerichtlichen Beschluss - ist nur dann hinreichend bestimmt und zur Vollstreckung geeignet, wenn er den Anspruch des Gläubigers ausweist und Inhalt und Umfang der Leistungspflicht bezeichnet, der zu vollstreckende Zahlungsanspruch also betragsmäßig festgelegt ist oder sich zumindest ohne weiteres aus dem Titel errechnen lässt.[92] Zwar kann das Vollstreckungsorgan den Inhalt des Titels auslegen, der Titel muss jedoch aus sich heraus für eine Auslegung genügend bestimmt sein oder jedenfalls sämtliche Kriterien für seine Bestimmbarkeit eindeutig festlegen; nicht ausreichend ist es, wenn die Leistung nur aus dem Inhalt anderer Schriftstücke ermittelt werden kann.[93] Mangels Konkretisierung und Bezifferung kann einer Anrechnungsklausel „unter Anrechnung bereits gezahlter Beträge“ jedoch nicht entnommen werden, unter Abzug welcher Beträge der titulierte Unterhalt jeweils zu vollstrecken ist. Mit einer derartigen Anrechnungsklausel ist für den Anwalt des Unterhaltsgläubigers ein Anwaltsregress vorprogrammiert.[94] Für den Unterhaltsgläubiger darf der Vergleich nur abgeschlossen werden, wenn die gezahlten Beträge entweder genau aufgelistet oder aber der aufgelaufene Rückstand unter Berücksichtigung der geleisteten Zahlungen in einer betragsmäßigen Summe ausgewiesen ist.
Es ist daher dringend anzuraten, zeitnah vor der Verhandlung zu klären, ob und welche Zahlungen geleistet wurden. Dies gilt auch für den Unterhaltsschuldner, der - falls schriftsätzlich hierzu noch nicht vorgetragen wurde - die jeweiligen Belege in der Verhandlung bereithalten sollte. Verfahrensrechtlich müssen die Unterhaltszahlungen bereits bei der Antragstellung berücksichtigt werden. Dabei ist im Vorfeld zu prüfen, ob die gezahlten Beträge erfüllungshalber oder nur unter Vorbehalt geleistet wurden. Wurde der Unterhaltsanspruch teilweise durch die Zahlungen erfüllt, handelt es sich um eine teilweise Erledigung der Hauptsache (§ 91a ZPO). Der Unterhaltsgläubiger muss seine Anträge unter Abzug der jeweils für die einzelnen Zeiträume geleisteten Beträge stellen. Wird die teilweise Erledigung nicht erklärt, muss das Gericht den Unterhaltsantrag in Höhe der Teilforderung mit der Kostenfolge des § 243 Nr. 1 FamFG zurückzuweisen. Dies gilt jedoch nur, wenn tatsächlich erfüllungshalber gezahlt wurde; diese Erklärung kann vom Unterhaltsschuldner noch in der mündlichen Verhandlung abgeben werden.
In jedem Fall muss der Verfahrensbevollmächtigte des Unterhaltsschuldners aber spätestens in der mündlichen Verhandlung die geleisteten Zahlungen einwenden und nachweisen.

Fallbeispiel 10:
M und F streiten über Trennungsunterhalt. Im einstweiligen Anordnungsverfahren vor dem Familiengericht wird im Termin zur mündlichen Verhandlung am 23.10.2014 lange über die Unterhaltsbedürftigkeit und über die Höhe des auf Seiten des M zugrunde zu legenden anrechenbaren Einkommens debattiert. Schließlich schließen die Beteiligten einen Vergleich mit folgendem Wortlaut:

1. Der Antragsgegner verpflichtet sich, an die Antragstellerin ab 1.11.2014 eine laufende monatliche Unterhaltsrente in Höhe von 1.000,00 € - fällig zum 01. eines jeden Monats im Voraus - zu zahlen.
2. Die Beteiligten sind sich darüber einig, dass Unterhaltsrückstände nicht bestehen.
3. Die Kosten des Rechtsstreits und des Vergleichs werden gegeneinander aufgehoben.

Im Juni 2015 - M wird inzwischen von einem anderen Anwalt vertreten - wird bei dem zuständigen Familiengericht ein Abänderungsantrag gestellt, den der Kollege damit begründet, dass wegen der nach der mündli-

[91] BGH v. 7.12.2005 - XII ZR 94/03, FamRZ 2006, 261 = NJW 2006, 695
[92] BGH aaO
[93] BGH aaO; BGH v. 6.11.1985 - IV b ZR 73/84, FamRZ 1986, 45
[94] zu Haftungsfallen bei Vergleichsabschluss vgl. *Bräuer*, Haftungssituationen im Familienrecht, AnwBl 2013, 66 f.

chen Verhandlung eingetretenen wesentlichen Änderungen M nur noch verpflichtet sei, monatlichen Unterhalt in Höhe von 400,00 € zu zahlen. Der Verfahrensbevollmächtigte der F beantragt Zurückweisung des Antrages mit der Begründung, der Antrag gem. § 238 FamFG sei unzulässig.

Diese Auffassung ist zutreffend. Ein **Vergleich**, der im **einstweiligen Anordnungsverfahren** abgeschlossen wurde, kann nicht gem. § 239 FamFG abgeändert werden. Der Vergleich hat i. d. R. nur vorläufigen Charakter, weil durch ihn nichts anderes erreicht werden soll, als eine der beantragten einstweiligen Anordnung entsprechende Regelung[95]. Ein Vergleich im einstweiligen Anordnungsverfahren kann somit nur gem. § 54 FamFG abgeändert werden, es sei denn, er ist als endgültige Regelung gedacht[96].

Fallbeispiel 11:
Im isolierten Unterhaltsverfahren schließen die Beteiligten folgenden Vergleich:

1. Der Antragsgegner verpflichtet sich, an die Antragstellerin ab 1.7.2007 nachehelichen Unterhalt in Höhe von 600,00 € monatlich zu zahlen. Die Unterhaltszahlungen sind jeweils monatlich im Voraus zum 01. eines jeden Monats fällig.
2. …
3. Im Falle einer Abänderung der vorliegenden Unterhaltsregelung erfolgt die Neuberechnung der gegenseitigen Ehegattenunterhaltspflichten nach Maßgabe der jeweils gültigen Gesetze ohne jede Bindung an die Grundlagen der vorliegenden Vergleichsregelung. Darüber hinaus ist dem Antragsgegner das Recht vorbehalten, im Falle einer Abänderung die Befristung der Ehegattenunterhaltsverpflichtung geltend zu machen. An der Ausübung dieses Rechtes wird er von der vorliegenden Vergleichsregelung nicht eingeschränkt.

Der geschiedene Ehemann beantragt die Abänderung des Vergleichs. Zur Begründung seines Abänderungsbegehrens hat er vorgetragen, dass sich die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse geändert hätten. Seine geschiedene Ehefrau sei inzwischen verpflichtet, einer Vollzeitbeschäftigung nachzugehen, außerdem müsse der Aufstockungsunterhaltsanspruch gem. § 1578b Abs. 2 BGB zeitlich begrenzt werden. Unstreitig wird während des laufenden Verfahrens, dass sich die Einkommensverhältnisse beider Beteiligten nicht wesentlich geändert haben.
Ist der Abänderungsantrag begründet?

Der Abänderungsantrag hat keinen Erfolg. Enthält ein Unterhaltsvergleich eine Regelung, wonach „einer Partei das Recht vorbehalten ist, im Falle einer Abänderung die Befristung der Ehegattenunterhaltspflicht geltend zu machen“, so setzt eine Abänderung voraus, dass aus einem anderen wichtigen Grund eine Abänderung vorzunehmen ist. Der Vorbehalt allein rechtfertigt kein Abänderungsbegehren.[97] Der Wortlaut der Vereinbarung „im Falle einer Abänderung“ ermöglicht keine eigenständige Abänderung, sondern der Vergleich setzt vielmehr eine Sachlage voraus, in der aus einem anderweitigen Grund der vereinbarte Unterhalt abzuändern ist.[98] Hätten die Parteien etwas anderes gewollt, wäre die Formulierung „im Falle einer Abänderung“ nicht mit aufgenommen worden; des Zusatzes hätte es auch nicht bedurft, wenn dem Antragsgegner das Recht vorbehalten sein sollte, die Befristung der Unterhaltsverpflichtung ohne Bindung geltend zu machen.

[95] BGH v. 29.5.1991 – XII ZR 157/90, FamRZ 1991, 1175.
[96] OLG Brandenburg v. 2.11.1999 – 9 WF 225/99, FamRZ 2000, 1377.
[97] OLG Karlsruhe FamRZ 2010, 1253
[98] OLG Karlsruhe aaO

II. Fallstricke und Fehlerquellen im Ehescheidungs- und Verbundverfahren

1. Formalien der Antragsschrift

In Ehesachen ist nach wie vor zu beobachten, dass die inhaltlichen Anforderungen an die Antragsschrift gem. § 133 FamFG nicht erfüllt sind. Insbesondere fehlt häufig z. B. die Erklärung, ob Regelungen über die elterliche Sorge, Umgang, Kindes- und Ehegattenunterhalt, die Rechtsverhältnisse an der Ehewohnung und an Haushaltsgegenständen (§ 133 Abs. 1 Nr. 2 FamFG) getroffen wurden.
Die **Angaben gem. § 133 FamFG** sind **Zulässigkeitsvoraussetzungen**. Noch unklar ist, ob es ausreichend ist, dass die Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 133 FamFG im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung oder bereits mit Einreichung der Antragsschrift erfüllt sein müssen. Das OLG Hamm[99] hat hierzu die Auffassung vertreten, dass die Antragsschrift bereits zum maßgeblichen Zeitpunkt der Anhängigkeit des Ehescheidungsverfahrens den Anforderungen des § 133 Abs. 1 Nr. 2 FamFG entsprechen müsse. Die Einhaltung der Formvorschrift rechne zu den zwingenden Zulässigkeitsvoraussetzungen für das Ehescheidungsverfahren.[100] Im Einzelfall kann sich hier ein erhebliches Haftungsrisiko im Hinblick auf § 1933 BGB ergeben. Das gesetzliche Ehegattenerbrecht gem. § 1933 BGB ist nur dann ausgeschlossen, wenn zum Zeitpunkt des Todes des Erblassers die Voraussetzungen für die Scheidung gegeben waren **und** der Erblasser die Scheidung beantragt oder ihr zugestimmt hat. Es kommt auf die Rechtshängigkeit des Scheidungsantrages an; die Einreichung eines Verfahrenskostenhilfegesuchs ist nicht ausreichend. Die Voraussetzungen müssen sowohl verfahrensrechtlich als auch materiell rechtlich gegeben sein. Sind die inhaltlichen Anforderungen des § 133 Abs. 1 Nr. 2 FamFG nicht erfüllt, hätte dies zur Konsequenz, dass § 1933 BGB keine Anwendung findet.
Eine Formulierung „die Beteiligten hätten sich bis auf den Versorgungsausgleich über die Folgesachen geeinigt bzw. würden sich bis zur mündlichen Verhandlung geeinigt haben“ ist nach Auffassung des OLG Hamm unzureichend.[101] Das Amtsgericht hatte in der Vorinstanz das Verfahrenskostenhilfegesuch für den Ehescheidungsantrag mit der Begründung zurückgewiesen, die Formulierung zu § 133 Abs. 1 Nr. 2 FamFG genüge nicht den Anforderungen, die sofortige Beschwerde hat das OLG Hamm zurückgewiesen.
Unklar ist auch, ob in den Fällen, in denen eine Einigung getroffen wurde, deren Inhalt angegeben bzw. die Einigung selbst vorgelegt werden muss.[102]

2. Frist gem. § 137 Abs. 2 FamFG

Die in § 137 Abs. 2 Nrn. 1 - 4 und Abs. 3 FamFG genannten Folgesachen gelangen auf Antrag nur dann in den Verbund, wenn sie **rechtzeitig anhängig** gemacht worden sind.

---

[99] Beschluss vom 2.3.2010 - II-2 WF 27/10, FamRZ 2010, 1581 = FamRB 2010, 208; OLG Saarbrücken FamRZ 2014, 2021; OLG Brandenburg vom 22.3.2013 - 3 WF 28/13 -, FamRZ 2014, 412; Keidl/*Weber* § 133 Rn. 8; aA: jedenfalls zu den Voraussetzungen der § 1933 und 2077 BGB: OLG Hamm - 10 U 122/12, juris; OLG Köln vom 11.3.2013 - 2 Wx 64/13 -, FamRZ 2013, 1762; OLG Stuttgart vom 4.10.2011 - 8 W 321/11 -, FamRZ 2012, 480
[100] OLG Hamm Beschluss v. 2.3.2010 - II-2 WF 27/10, FamRZ 2010, 1581 = FamRB 2010, 208; OLG Saarbrücken FamRZ 2014, 2021
[101] OLG Hamm aaO
[102] so jedenfalls *Götsche*, FamRB 2010, 208 (209); a. A.: *Löhnig*, FamRZ 2009, 737, 738

Eine **Folgesache wird anhängig**, wenn der Verbundantrag bei **Gericht eingeht**. In Rechtsprechung und Literatur ist umstritten, ob eine Folgesache bereits anhängig wird, wenn lediglich ein **isolierter Verfahrenskostenhilfeantrag** für die beabsichtigte Folgesache bei Gericht eingereicht wird.[103] Durch das Verbundprinzip soll der sozial schwächere Ehegatte geschützt werden. Dieser Schutz kann nur erreicht werden, wenn bereits die Anhängigkeit eines Verfahrenskostenhilfegesuchs den Verbund herbeiführt, da anderenfalls dem wirtschaftlich schwächeren Ehegatten das volle Kostenrisiko aufgebürdet würde, wenngleich das Kostenrisiko bei einem Stufenklageantrag gering ist und für Folgesachenanträge keine Gerichtskosten einzuzahlen sind, weil die Zustellung des Antrages in Abweichung von § 14 FamGKG nicht von der Zahlung der Gerichtskosten abhängig gemacht werden kann. Teilweise wird auch die Auffassung vertreten, die Anhängigkeit werde damit bewirkt, wenn der Antrag in der Folgesache und der Verfahrenskostenhilfeantrag gleichzeitig eingereicht werden.[104] Aus haftungsrechtlichen Gesichtspunkten sollte der sichere Weg gewählt werden und der Folgesachenantrag nicht von der Bewilligung der Verfahrenskostenhilfe abhängig gemacht werden, sondern entweder zeitgleich mit dem Folgesachenantrag oder zunächst der Folgesachenantrag und dann kurze Zeit später der Verfahrenskostenhilfeantrag eingereicht werden. Ob eine Folgesache **rechtzeitig** anhängig gemacht worden ist, bestimmt sich im Übrigen danach, ob es sich um Folgesachen gem. § 137 Abs. 2 Nrn. 1 - 4 FamFG oder um die in § 137 Abs. 3 FamFG genannten Kindschaftssachen betreffend die elterliche Sorge, das Umgangsrecht oder die Herausgabe eines gemeinschaftlichen Kindes handelt. Die Folgesachen gem. § 137 Abs. 2 Nrn. 1 - 4 FamFG müssen bis **spätestens zwei Wochen vor** der **mündlichen Verhandlung** im **ersten Rechtszug** anhängig gemacht werden. In der **zweiten Instanz** kann eine Folgesache **nicht mehr** in den Verbund eingeführt werden. Ist das Scheidungsverfahren in zweiter Instanz anhängig und wird das Verfahren an die erste Instanz zurückverwiesen, kann jedoch, wenn die übrigen Voraussetzungen erfüllt sind, noch in erster Instanz ein Folgesachenantrag anhängig gemacht werden. Sind Folgesachen in zweiter Instanz anhängig, können, soweit der Streitgegenstand identisch ist, in zweiter Instanz diese Folgesachenanträge noch geändert oder erweitert werden. Entscheidend ist der Zeitpunkt der „letzten mündlichen Verhandlung“.[105] Der Termin in der Scheidungssache ist so zu bestimmen, dass es den beteiligten Ehegatten nach Zugang der Ladung möglich ist, unter Einhaltung der Zwei-Wochen-Frist nach § 137 Abs. 2 Satz 1 FamFG eine Folgesache anhängig zu machen.[106] Zur Vorbereitung des Antrages muss den Ehegatten **zusätzlich eine Woche** zur Verfügung stehen.[107] Dies bedeutet, dass zwischen Zustellung der Ladung und dem Termin drei Wochen liegen müssen. Entspricht die Terminsbestimmung nicht diesen Vorgaben, besteht **ein Anspruch auf Terminsverlegung**. Einer Terminsverlegung bedarf es nicht, wenn die Ehegatten Folgesachen noch bis zur mündlichen Verhandlung anhängig machen, die Folgesachen werden dann Bestandteil des Scheidungsverbunds.[108]

---

[103] bejahend: OLG Bamberg FamRZ 2011, 1416; OLG Stuttgart v. 26.10.2010 - 2 UF 180/10 -; OLG Koblenz v. 29.5.2008 - 7 UF 812/07 -, OLGR Koblenz 2008, 632 = NJW 2008, 2929; OLG Karlsruhe v. 8.7.1993 - 16 UF 26/93 -, FamRZ 1994, 971; Musielak*/Borth*, § 623 Rz. 27; Prütting*/Helms* § 137 FamFG Rn. 50; aA: OLG Naumburg v. 8.3.2000 - 8 WF 37/00 -, FamRZ 2001, 168 (Leitsatz); Thomas*/*Putzo*/Hüßtege* § 137 Rn. 20

[104] Keidel*/Weber* § 137 FamFG Rn. 16

[105] BGH - XII ZB 447/10, FamRZ 2012, 863

[106] BGH aaO

[107] BGH aaO

[108] BGH aaO

Zwischen dem Eingang des Antrages und dem Terminstag müssen 15 Tage liegen; weder der Terminstag noch der Tag des die Frist auslösenden Ereignisses wird mitgezählt (vgl. §§ 274, 217 ZPO).[109]

3. Eintritt der Rechtskraft

a) Teilanfechtung einer Verbundentscheidung

Wurden im Verbund neben der Ehescheidung auch über antragsabhängige Folgesachen mit entschieden, kann sich der Eintritt der Rechtskraft der Ehescheidung durch die Einlegung eines Rechtsmittels gegen Teile der einheitlich getroffenen Entscheidung noch weiter verzögern. Entscheidungen in Folgesachen werden ebenfalls nicht wirksam und damit auch nicht vollstreckbar, weil die Wirksamkeit erst mit Eintritt Rechtskraft des Scheidungsausspruches erfolgt (§ 148 FamFG).

Fallbeispiel 12:
Mit Verbundbeschluss des Familiengerichts vom 10.2.2015 wird die Ehe von M und F geschieden, der Versorgungsausgleich durchgeführt, M zur Zahlung nachehelichen Unterhalts in Höhe von monatlich 1.500,00 € sowie zur Zahlung von Zugewinnausgleich in Höhe von 50.000,00 € verpflichtet. Ehegattenunterhalt hatte F in Höhe von 1.800,00 € verlangt. Dem Verfahrensbevollmächtigten des M (RA Flink) wird der Beschluss am 23.2.2015 und RAin Schlau (Anwältin der F) am 24.2.2015 zugestellt. Weitere Zustellungen erfolgten an die Deutsche Rentenversicherung Bund am 25.2.2015 und an die Rentenversicherung Westfalen am 26.2.2015. Wann wird der Scheidungsausspruch rechtskräftig, wenn keiner der Beteiligten ein Rechtsmittel einlegt?

Maßgeblich ist der Tag der letzten Zustellung, so dass die Scheidung mit Ablauf des 26.3.2015 rechtskräftig wird. Mit Rechtskraft der Scheidung werden auch die Folgesachen wirksam (§ 148 FamFG).

Fallbeispiel 13:
Sachverhalt wie oben, jedoch mit der Abwandlung, dass RA Flink für M am 23.3.2015 das Rechtsmittel der Beschwerde einlegt. Die Beschwerdebegründung geht (nach gewährter Fristverlängerung um einen Monat) fristgerecht am 26.5.2015 bei dem Oberlandesgericht ein. Ausweislich der Beschwerdebegründung richtet sich die Beschwerde ausschließlich gegen die Folgesache Zugewinn. Die Beschwerdebegründung wird RAin Schlau am 10.6.2015 mit einer Frist zur Stellungnahme bis zum 14.7.2015 zugestellt. F, die nach wie vor über M krankenversichert ist, möchte wissen, seit wann sie rechtskräftig geschieden ist. Außerdem möchte sie die Vollstreckungsmaßnahmen wegen des nachehelichen Unterhalts und des Zugewinns einleiten.

Der Scheidungsausspruch wird frühestens mit Ablauf des 26.3.2015 rechtskräftig. Selbst wenn kein Rechtsmittel gegen den Scheidungsausspruch eingelegt wird und nur Teile der Verbundentscheidung angefochten werden, verzögert sich der Eintritt der Rechtskraft. Der Scheidungsausspruch wird erst rechtskräftig, wenn keine Rechtsmittelerweiterung oder kein Anschlussrechtsmittel mehr zulässig ist (vgl. § 145 FamFG). Im Wege der Anschließung an das Rechtsmittel können Teile der Verbundentscheidung, die eine andere Familiensache betreffen, sogar noch bis zum Ablauf eines Monats nach Bekanntgabe der Rechtsmittelbegründung angefochten werden (§ 145 Abs. 1 FamFG). F könnte noch bis zum Ablauf eines Monats nach Zustellung der Rechtsmittelbegründung, d. h. bis zum 10.7.2015, z. B. noch Anschlussbeschwerde gegen die Folgesache Ehegattenunterhalt einlegen, weil ihr erstinstanzlich nur 1.500,00 € statt 1.800,00 € monatlich zugesprochen wurden. Dies ist vorliegend nicht geschehen, so dass die Scheidung erst mit Ablauf des 10.7.2015 rechtskräftig wird.

[109] BGH - II ZB 427/11, FamRZ 2013, 1300

Hätte F mit der Anschlussbeschwerde die Folgesache Ehegattenunterhalt innerhalb der Frist des § 145 Abs. 1 FamFG angegriffen, wird die Ehesache erst rechtskräftig, wenn gem. § 145 Abs. 2 Satz 1 FamFG weitere Anschlussrechtsmittel nicht mehr zulässig sind. Falls F keine Anschlussbeschwerde gegen die Folgesache Ehegattenunterhalt einlegt, kann sie wegen der Folgesache nachehelicher Unterhalt, die von M nicht in der Beschwerdeinstanz angegriffen wurde, mit Eintritt der Rechtskraft der Ehescheidung Vollstreckungsmaßnahmen einleiten.

Der Zugewinnausgleichsanspruch wird zwar mit Rechtskraft der Ehesache fällig, Vollstreckungsmaßnahmen kann F jedoch erst einleiten, wenn entweder
- das Beschwerdeverfahren rechtskräftig abgeschlossen ist, d. h. die Folgesache rechtskräftig geworden ist oder
- in der Folgesache Zugewinnausgleich die sofortige Wirksamkeit angeordnet wurde (§§ 148, 116 Abs. 3 Satz 2 FamFG).

Achtung Fallstrick: Jeder Verbundbeschluss muss dahingehend überprüft werden, ob für die jeweilige Entscheidung in Folgesachen, die gem. § 112 FamFG Familienstreitsachen sind, die sofortige Wirksamkeit angeordnet wurde. Enthält der Beschluss keine Anordnung der sofortigen Wirksamkeit, ist binnen einer Frist von **zwei Wochen** ab Zustellung des Beschlusses ein Antrag auf Ergänzung des Beschlusses (§§ 120 Abs. 1 FamFG, 716, 321 ZPO) zu stellen.
Wird die Frist versäumt, kann die Anordnung der sofortigen Wirksamkeit auf Antrag in der Rechtsmittelinstanz nachgeholt werden. Das Beschwerdegericht kann gem. § 64 Abs. 3 FamFG die sofortige Wirksamkeit der Entscheidung der ersten Instanz anordnen.[110] Dafür spricht auch, dass gem. § 120 Abs. 1 FamFG i. V. m. § 718 Abs. 1 ZPO auf Antrag eine Vorabentscheidung über die sofortige Wirksamkeit bzw. vorläufige Vollstreckbarkeit im Beschwerdeverfahren auch dann noch möglich ist, wenn ein Ausspruch über die Anordnung der sofortigen Wirksamkeit nicht erfolgt und die zweiwöchige Frist der §§ 120 Abs. 1 FamFG, 716, 321 ZPO versäumt worden ist.[111]
In der Rechtsmittelinstanz ist somit entweder ein Antrag auf Vorabentscheidung gem. §§ 120 Abs. 1 FamFG, 718 Abs. 1 ZPO oder auf Anordnung der sofortigen Wirksamkeit durch einstweilige Anordnung gem. § 64 Abs. 3 FamFG zu stellen.

b) Rechtsmittelverzicht

Fallbeispiel 14:
In der Ehesache hat das Familiengericht terminiert. Im Termin werden wechselseitig die Scheidungsanträge gestellt und der Versorgungsausgleich erörtert. Sodann wird der Verbundbeschluss verkündet und ein Rechtsmittelverzicht mit folgendem Wortlaut erklärt:
„Wir verzichten auf das Rechtsmittel, Anschlussrechtsmittel und Rechte aus § 147 FamFG gegen den soeben verkündeten Scheidungsbeschluss sowie auf Absetzung der Gründe, soweit zulässig möglich. Diese Erklärung wurde diktiert, vorgespielt und genehmigt."
Nach Zustellung des Beschlusses stellt RA Mutig, dass die betriebliche Altersversorgung, die M im Fragebogen V10 angegeben hatte, nicht ausgeglichen wurde und noch nicht einmal eine Auskunft über das Anrecht der in der betrieblichen Altersversorgung eingeholt worden war. Er legt Beschwerde ein, die er auf die Folgesache Versorgungsausgleich beschränkt.
Ist die Beschwerde zulässig?

[110] OLG Bamberg - 2 UF 296/11, FamRZ 2013, 481; KG Berlin FamRZ 2014, 1934; a. A.: OLG Karlsruhe - 18 UF 363/12, juris
[111] Keidel/*Weber*, § 116 Rn. 9

Die Beschwerde ist unzulässig. Die Verzichtserklärung enthält keine ausdrückliche Einschränkung, dass der Rechtsmittelverzicht auf den Scheidungs**ausspruch** begrenzt sein sollte, so ist dies, selbst, wenn die Beteiligten, ihre Anwälte und der handelnde Familienrichter eine Beschränkung des Rechtsmittels im Hinblick auf den Scheidungsausspruch gewollt haben sollten, rechtlich ohne Belang, da es auf den inneren Willen der Handelnden nicht ankommt. Entscheidend ist der objektive Erklärungsinhalt.[112] Wenn eine Begrenzung auf den Scheidungsausspruch herbeigeführt werden soll, muss dies ausdrücklich erklärt werden. Eine Beschränkung auf den Scheidungsausspruch ergibt sich nicht aus der Bezeichnung „Scheidungsbeschluss". Damit ist nur der Beschluss als solcher gemeint und nicht nur der Ausspruch hinsichtlich der Scheidungssache. Dies ergibt sich schon regelmäßig aus dem Sitzungsprotokoll, wenn dort formuliert wird, „der aus der Anlage ersichtliche Scheidungsbeschluss" verkündet wird und genau dieser „Scheidungsbeschluss" Gegenstand des Rechtsmittelverzichts war.[113]

Abwandlung des Fallbeispiels 14:
Zum Rechtsmittelverzicht enthält das Protokoll folgende Formulierung:
„Wir verzichten auf das Rechtsmittel der Beschwerde, das Rechtsmittel der Anschlussbeschwerde, Anträge nach § 147 FamFG sowie auf eine schriftliche Begründung des Scheidungsausspruches gem. § 38 FamFG. Die Erklärung wurde diktiert, vorgespielt und genehmigt."

Auch dieser Rechtsmittelverzicht ist umfassend und nicht nur auf den Scheidungsausspruch begrenzt. Er ist als umfassender Verzicht auf Rechtsmittel gegen die Verbundentscheidung auszulegen.[114]

III. Fallstricke und Fehlerquellen in Güterrechtssachen

1. Vorzeitiger Zugewinn

Erfahrungsgemäß ist mit einer langen Verfahrensdauer zu rechnen, bis in einem Verbundverfahren die Folgesache Zugewinnausgleich entscheidungsreif ist bzw. eine Entscheidung getroffen wird. Nach wie vor wird in der Praxis wenig Gebrauch davon gemacht, Anträge auf vorzeitigen Zugewinn zu stellen, obwohl mit einem Antrag auf vorzeitigen Zugewinn
- der Stichtag für Berechnung und Höhe der Zugewinnausgleichsforderung herbeigeführt werden kann, ohne dass es der Rechtshängigkeit eines Scheidungsantrages bedarf und
- mit Rechtskraft des Gestaltungsbeschlusses (§ 1388 BGB) der Güterstand beendet wird.

Mit Rechtshängigkeit des Antrages auf vorzeitigen Zugewinn kann wechselseitig Auskunft gem. § 1379 Abs. 1 Satz 1 BGB verlangt werden. Mit Beendigung des Güterstandes entsteht die Ausgleichsforderung und ist von diesem Zeitpunkt an vererblich und übertragbar (§ 1378 Abs. 3 Satz 1 BGB) und es entfällt das Erfordernis der Zustimmung für Gesamtvermögensgeschäfte gem. § 1365 Abs. 1 Satz 1 BGB.

Der ausgleichsberechtigte Ehegatte kann die vorzeitige Aufhebung der Zugewinngemeinschaft und unmittelbar auch die Zahlung des Zugewinnausgleichs gem. § 1385 BGB verlangen. Nicht nur der ausgleichsberechtigte, sondern auch der ausgleichspflichtige Ehegatte kann die vorzeitige Aufhebung der Zugewinngemeinschaft verlangen (§§ 1385, 1386 BGB).

[112] OLG Hamm FamRZ 2015, 773
[113] OLG Hamm aaO
[114] OLG des Landes Sachsen-Anhalt FamRZ 2015, 774

Der Mandant ist zur Vermeidung etwaiger späterer Regressansprüche über die Möglichkeiten und Voraussetzungen der vorzeitigen Aufhebung der Zugewinngemeinschaft aufzuklären. Im Einzelfall ist abzuwägen, welche Vor- oder Nachteile die jeweilige Vorgehensweise hat, ob also z. B.

- statt eines Scheidungsverfahrens der Antrag auf vorzeitige Aufhebung der Zugewinngemeinschaft gestellt wird oder
- der Scheidungsantrag gestellt und der Zugewinnausgleich entweder als Folgesache im Verbund geltend gemacht oder nach Rechtskraft der Ehescheidung ein isoliertes Zugewinnausgleichsverfahren betrieben wird.

Der Antrag auf vorzeitige Aufhebung der Zugewinngemeinschaft ist grundsätzlich auch zulässig, wenn bereits ein Ehescheidungsverfahren anhängig ist.
Materiell rechtlich ist der Antrag auf vorzeitigen Zugewinn begründet, wenn einer der vier Tatbestände des § 1385 Nr. 1 - 4 BGB erfüllt ist. Nachfolgend sollen nur der Tatbestand des § 1385 Nr. 1 BGB und des § 1385 Nr. 4 BGB hervorgehoben werden.

Fallbeispiel 15:
Am 1.6.2012 wird das Scheidungsverfahren rechtshängig. Im Scheidungsverfahren ist in der Folgesache Zugewinnausgleich ein Stufenantrag anhängig gemacht worden, das Verfahren befindet sich noch in der Auskunftsstufe. Nach Ablauf der dreijährigen Trennungszeit am 10.3.2015 stellt F einen Antrag auf vorzeitigen Zugewinn gem. § 1385 Nr. 1 BGB. Das Familiengericht hebt durch Teilbeschluss die Zugewinngemeinschaft auf, der Teilbeschluss wird am 10.9.2015 rechtskräftig.

a)
§ 1385 Nr. 1 BGB setzt für die vorzeitige Aufhebung der Zugewinngemeinschaft lediglich voraus, dass die Beteiligten **drei Jahre getrennt leben**. Zu Recht wird in der Literatur darauf hingewiesen[115], dass in der Praxis von der Möglichkeit des vorzeitigen Zugewinnausgleichs viel zu wenig Gebrauch gemacht wird. Richtig ist, dass im Einzelfall abzuwägen ist, welche Vor- oder Nachteile das Verfahren mit sich bringt. Wie oben bereits ausgeführt, wird mit Rechtskraft des Gestaltungsbeschlusses gem. § 1388 BGB der gesetzliche Güterstand beendet, und zwar im Zweifel wesentlich früher, als bei Durchführung eines Scheidungsverfahrens, in dem der Güterstand erst mit Rechtskraft der Scheidung beendet wird. Voraussetzung gem. § 1385 Nr. 1 BGB ist eine dreijährige Trennung. Der Begriff des Getrenntlebens ist definiert in § 1567 BGB.

Häufig ist bereits seit mehr als drei Jahren ein Ehescheidungsverfahren rechtshängig. Auch bei einem rechtshängigen Scheidungsverfahren bleibt den Ehegatten unbenommen, nach Ablauf der dreijährigen Trennungszeit **in einem isolierten Verfahren** den Antrag auf vorzeitige Aufhebung der Zugewinngemeinschaft zu stellen.[116] Selbst wenn im Scheidungsverfahren bereits eine Folgesache Zugewinnausgleich anhängig ist, bleibt der Antrag auf vorzeitigen Zugewinnausgleich zulässig.[117] Der Antrag bleibt auch zulässig, wenn während des anhängigen Verfahrens auf vorzeitige Aufhebung der Zugewinngemeinschaft die Ehesache rechtshängig wird.

[115] *Kogel*, Strategien im Zugewinnausgleich, Rz. 317
[116] OLG Köln FamRZ 2009, 605; OLG Karlsruhe FamRZ 2004, 466
[117] Schulz/*Hauß*, Vermögensauseinandersetzung bei Trennung Scheidung Rz. 923; Palandt/Brudermüller § 1387 BGB Rz. 14

Ist das Scheidungsverfahren bereits rechtshängig und wird nach Ablauf der dreijährigen Trennungszeit in einem selbständigen Verfahren ein Antrag auf vorzeitigen Zugewinnausgleich gem. § 1385 Nr. 1 BGB gestellt, so ergibt sich u. a. folgende Fragestellung:

- Welcher Stichtag gilt für die Berechnung und Höhe der Forderung?
- Ist mit Rechtskraft der Scheidung das noch anhängige isolierte Verfahren auf vorzeitige Aufhebung der Zugewinngemeinschaft gem. §§ 1385,1386 BGB erledigt?
- Wie ist verfahrensrechtlich in der Folgesache Güterrecht vorzugehen, wenn der Gestaltungsbeschluss über die vorzeitige Aufhebung der Zugewinngemeinschaft rechtskräftig ist?

Die Beantwortung dieser Fragen hat wesentlichen Einfluss auf die Entscheidung, ob und welche Sachanträge gestellt werden müssen.

Ist das Zugewinnausgleichsverfahren als Folgesache rechtshängig und wird sodann dem Antrag auf vorzeitigen Zugewinnausgleich stattgegeben, ist zunächst zu beachten, dass für die Berechnung und die Höhe des Zugewinnausgleichs trotz Aufhebung der Zugewinngemeinschaft der Stichtag gem. § 1384 BGB maßgebend ist.[118] Mit Rechtskraft der Scheidung ist der gesetzliche Güterstand beendet und das noch anhängige Verfahren auf vorzeitige Aufhebung der Zugewinngemeinschaft in der Hauptsache erledigt.[119] Nach anderer Auffassung wird danach differenziert, ob es sich um ein Verfahren auf Aufhebung der Zugewinngemeinschaft nach § 1386 BGB oder nach § 1385 BGB handelt. Nach dieser Auffassung ist nur das Verfahren nach § 1386 BGB auf Aufhebung der Zugewinngemeinschaft in der Hauptsache erledigt[120], während sich in einem Verfahren nach § 1385 BGB nur der auf Aufhebung der Zugewinngemeinschaft gerichtete Gestaltungsantrag erledigt hat, über den Zahlungsantrag aber noch zu entscheiden ist.[121]

Ist eine Folgesache Zugewinnausgleich rechtshängig und in dem parallel geführten Verfahren wird auf vorzeitige Aufhebung der Zugewinngemeinschaft erkannt, so wird mit Rechtskraft dieses Beschlusses gem. § 1388 BGB der Güterstand beendet.

Welches Schicksal hat nun die Folgesache Güterrecht?

Die rechtskräftige Entscheidung gem. § 1385 BGB führt zur Erledigung des im Verbund gestellten Antrags auf Zugewinnausgleichs.[122] Mit Rechtskraft der Entscheidung nach § 1386 BGB ist keine Entscheidung mehr für den Fall der Scheidung zu treffen, so dass mit dieser Entscheidung der Verbund aufgelöst wird.[123] Dies würde bedeuten, dass das Zugewinnausgleichsverfahren nun als isoliertes Verfahren (mit der Kostenfolge der §§ 91 f. ZPO i. V. m. § 113 Abs. 1 Satz 2 FamFG) fortgeführt werden müsste.

Dieses Ergebnis soll durch verfahrensökonomischen Erwägungen vermeidbar sein durch eine analoge Anwendung des § 141 FamFG.[124] Diese Auffassung hat aber zur Folge, dass gem. § 141 Satz 2, 2. Alt. FamFG analog in jedem Falle vor dem Wirksamwerden des Gestaltungsbeschlusses über die vorzeitige Aufhebung der Zugewinngemeinschaft in der noch rechtshängige Folgesache Güterrecht die Erklärung abgegeben werden muss, dass das bereits rechtshängige Güterrechtsverfahren nunmehr als isolierte Folgesache fortgeführt werden soll.

---

[118] Palandt/Brudermüller § 1384 BGB Rz. 9

[119] OLG Düsseldorf FamRZ 2002, 1572

[120] Schulz/*Hauß*, Rz. 924; OLG Karlsruhe FamRZ 2004, 466; OLG Düsseldorf aaO

[121] Schulz/*Hauß* aaO; Palandt/Brudermüller § 1386 BGB Rz. 14; *Braeuer* Rn. 707

[122] Palandt/Brudermüller aaO

[123] so jedenfalls Palandt aaO; *Schöfer-Liebl* FamRZ 2011, 1628

[124] so *Sachs, Völlings* FamRB 2015, 225, die die Voraussetzung für eine analoge Anwendung für erfüllt halten, weil verfahrensrechtlich für diese Fälle offensichtlich eine Regelungslücke bestehe.

Hinweis:
Berühmt sich der Ausgleichsberechtigte eines Zugewinnausgleichsanspruches, ohne den Anspruch als Folgesache im Verbund geltend zu machen, weil er daran interessiert ist, möglichst schnell das Scheidungsverfahren zu beenden und sich im Übrigen auch Zinsvorteile von der isolierten Geltendmachung nach Rechtskraft der Scheidung verspricht, kann der ausgleichspflichtige Ehegatte, dessen Interesse gegenläufig ist, einen negativen Feststellungsantrag im Verbund stellen.

b)

Fallbeispiel 16 (nach BGH FamRZ 2015, 32):
Ehemann M hat mit Schreiben seines Anwalts vom 10.8.2014 von F Auskunft über deren Vermögen zum Trennungszeitpunkt am 1.7.2014 verlangt. Nachdem F nicht reagierte, hat M die Aufforderung unter Fristsetzung bis zum 15.10.2015 wiederholt. In diesem Schreiben erklärte er „klarstellend", dass in dem Verlangen auf Auskunft als „minus" natürlich auch die Aufforderung zur allgemeinen Unterrichtung über den Bestand des Vermögens der F enthalten sei. Nachdem die Anwältin der F innerhalb der gesetzten Frist nur mitteilte, dass noch eine Rücksprache mit F ausstehe und sodann Stellung genommen werde, stellte M den Antrag auf vorzeitige Aufhebung der Zugewinngemeinschaft. Zur Begründung des Antrages trug M vor, dass sich F ohne ausreichenden Grund beharrlich geweigert habe, ihn über den Bestand ihres Vermögens zu unterrichten. Hat der Antrag Aussicht auf Erfolg?

Der ausgleichsberechtigte Ehegatte kann gem. **§ 1385 Nr. 4 BGB** vorzeitigen Ausgleich bei vorzeitiger Aufhebung der Zugewinngemeinschaft verlangen, wenn sich der andere Ehegatten **ohne ausreichenden Grund beharrlich weigert** oder sich ohne ausreichenden Grund bis zur Erhebung der Klage auf Auskunft beharrlich geweigert hat, ihn über den Bestand seines Vermögens zu unterrichten. Der Anspruch setzt aber - wie der BGH in seiner Entscheidung vom 17.9.2014[125] klargestellt hat - wegen seiner Rechtsfolgen grundsätzlich voraus, dass eine „geeignete und in der Regel wiederholte Aufforderung" des anderen Ehegatten erfolgt ist. Der andere Ehegatte muss in geeigneter Form zur Unterrichtung aufgefordert werden. Der BGH hat die Frage, wie oft vergeblich zur Unterrichtung aufgefordert werden muss, um anzunehmen, dass eine beharrliche Weigerung i. S. d. § 1385 Nr. 4 BGB vorliegt, offen gelassen, weil es an der geeigneten Form zur Unterrichtung fehlte. Auskunft war über das Vermögen zum Trennungszeitpunkt verlangt worden. Nachdem keine Reaktion erfolgte, wurde die Aufforderung unter Fristsetzung wiederholt und in diesem Schreiben „klarstellend" erklärt, dass in dem Verlangen auf Auskunft als „minus" auch die Aufforderung zur allgemeinen Unterrichtung über den Bestand des Vermögens enthalten sei. Die Unterrichtungspflicht gem. § 1385 Nr. 4 BGB knüpft an die Verpflichtung aus § 1353 Abs. 1 Satz 2 BGB an, wonach grundsätzlich eine wechselseitige Verpflichtung zur Information zumindest in groben Zügen über den Bestand des Vermögens besteht. Entschieden wurde nun die Streitfrage, ob der Auskunftsanspruch gem. § 1379 Abs. 2 BGB vom Anwendungsbereich des § 1385 Nr. 4 BGB erfasst wird. Dies ist nach Auffassung des BGH nicht der Fall; bereits der Wortlaut des § 1385 Nr. 4 BGB spreche dagegen und auch aus den Gesetzesmaterialien lasse sich dies nicht entnehmen. Wurde Auskunft über das Vermögen zum Trennungszeitpunkt gem. § 1379 Abs. 2 BGB verlangt, kann ein Anspruch aus § 1385 Nr. 4 BGB nicht damit begründet werden, dass der Unterrichtungsanspruch im Auskunftsanspruch nach § 1379 Abs. 2 BGB enthalten sei. Die beiden Ansprüche stehen nicht in einem Rangverhältnis.[126] Sowohl hinsichtlich ihrer Zielsetzung, als ihres Umfangs und ihrer Voraussetzungen unterscheiden sie sich.

[125] XII ZB 604/13, FamRZ 2015, 32
[126] OLG Bamberg FamRZ 2009, 1906

Das Recht auf Unterrichtung ist kein „minus“, sondern ein „aliud“ gegenüber dem Auskunftsanspruch. Dies - so der BGH - ergebe sich auch daraus, dass die Erfüllung des Unterrichtungsanspruches keine Teilerfüllung des Auskunftsanspruches gem. § 1379 Abs. 2 BGB ist. Von daher sei es auch nicht gerechtfertigt, § 1385 Nr. 4 BGB entgegen seinem Wortlaut auch auf die Nichterfüllung der Auskunftspflicht nach § 1379 Abs. 2 BGB anzuwenden. Insbesondere sei der Anspruch gem. § 1379 Abs. 2 BGB darauf gerichtet, die Geltendmachung des Anspruches auf Zugewinnausgleich im Falle der Auflösung der Ehe vorzubereiten. Wie der BGH weiter ausführt, sei es sogar noch nach Trennung möglich, die Unterrichtung über den Vermögensbestand vom anderen Ehegatten zu verlangen, weil unabhängig vom Auskunftsanspruch nach § 1379 Abs. 2 BGB der aus § 1353 Abs. 1 Satz 2 BGB abgeleitete Unterrichtungsanspruch **bis zum endgültigen Scheitern der Ehe** bestehe.[127]

2. Stundungsantrag gem. § 1382 BGB

Verfahrensrechtlich handelt es sich bei der Stundung der Ausgleichsforderung gem. § 1382 BGB um eine Güterrechtssache gem. § 261 Abs. 2 FamFG und damit um eine FG-Familiensache. Sofern die **sofortige** Zahlung des Zugewinnausgleichs zur Unzeit erfolgen würde, kann das Familiengericht die Zugewinnausgleichsforderung **auf Antrag** stunden.
Auch hier lauert ein Fallstrick, weil der Stundungsantrag - sofern die Ausgleichsforderung streitig ist - noch im anhängigen Verfahren bis zur letzten mündlichen Verhandlung gestellt werden muss.[128] Wird versäumt, den Stundungsantrag rechtzeitig zu stellen, kann nachträglich ein Stundungsantrag nicht mehr gestellt werden; ein solcher Antrag müsste als unzulässig abgewiesen werden.
Eine Ausnahme gilt nur für den Fall, wenn sich nach der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung die Verhältnisse geändert haben.[129]
Ist die Ausgleichsforderung streitig und der Antrag rechtszeitig gestellt, entscheidet der Familienrichter. In dem seltenen Fall, dass die Ausgleichsforderung unstreitig ist, kann der Stundungsantrag auch isoliert und nach Schluss der mündlichen Verhandlung gestellt werden; zuständig ist in diesem Fall der Rechtspfleger (RPflG § 25 Nr. 3b).

Hinweis:
Der Stundungsantrag kann im anhängigen Zugewinnausgleichsverfahren zusätzlich als Hilfsantrag gestellt werden.

[127] BGH v. 17.9.2014 - XII ZB 604/13, FamRZ 2015, 32; BGH FamRZ 2012, 1785
[128] Palandt/Brudermüller § 1382 BGB Rz. 6
[129] Palandt/Brudermüller § 1382 BGB Rz. 6; OLG Stuttgart FamRB 2013, 310; aA: Braeuer Rz. 437: nach rechtskräftiger Entscheidung