

§ 121 ZPO; § 128 BRAGO

OLG Köln, Beschl. v. 25. 4. 2001 — 26 WF 61/01

**1. Bei Anwaltswechsel einer Partei, der PKH bewilligt und eine Rechtsanwältin beigeordnet wurde, darf die Beordnung des neuen Rechtsanwalts nicht mit der Maßgabe erfolgen, dass angefallene Gebühren nur einmal aus der Staatskasse zu erstatten seien. Im Rahmen der Beordnung nach § 121 ZPO hat das Gericht nur die Wahl zwischen uneingeschränkter Beordnung oder Ablehnung der Beordnung.**

**2. Die Frage, welche Gebühren welchem der beiden Anwälte aus der Staatskasse zu erstatten sind, wird erst in dem späteren Festsetzungsverfahren nach § 128 BRAGO geprüft. Für dieses Verfahren ist eine gebührenrechtliche Beschränkung in dem Beordnungsbeschluss nicht bindend.**

*Gründe:* Das AG hat den der Antragsgegnerin ursprünglich beigeordneten Rechtsanwältin auf dessen Antrag hin von seinen Pflichten entbunden und die Beordnung eines neuen Anwaltes mit der Maßgabe verbunden, dass angefallene Gebühren nur einmal von der Staatskasse zu erstatten seien.

Die gegen diese Einschränkung der Beordnung gerichtete Beschwerde der Antragsgegnerin ist nach § 127 Abs. 2 ZPO statthaft und auch im Übrigen zulässig. Insbesondere ist auch das erforderliche Rechtsschutzinteresse der Antragsgegnerin gegeben. Denn obgleich die gebührenrechtliche Einschränkung für die Wirksamkeit und den Umfang der angeordneten Beordnung, um die es im Rahmen der hier erhobenen PKH-Beschwerde alleine geht, keine Bedeutung hat und die angefochtene Einschränkung auch für das spätere Festsetzungsverfahren gem. § 128 BRAGO nach einhelliger Auffassung keine Bindungswirkung entfaltet (*Gerold/Schmidt/v. Eicken/Madert*, Bundesgebührenordnung für Rechtsanwälte, 14. Aufl., § 125 Rn. 4; *Wax*, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 2. Aufl., Rn. 20, jeweils mit Nachweisen aus der Rechtsprechung), hat die Antragsgegnerin ein schutzwürdiges Interesse an der Beseitigung des streitigen Zusatzes im Anordnungsbeschluss, weil die begehrte Beseitigung einerseits der Klarstellung der Rechtslage dient und andererseits zur Vermeidung von Schwierigkeiten im Verhältnis zu ihrem jetzt beigeordneten Anwalt beiträgt, da sich die Unbeachtlichkeit der gebührenrechtlichen Einschränkung erst im späteren Festsetzungsverfahren herausstellt.

Die Beschwerde ist auch in der Sache begründet.

Die gesetzliche Regelung der Beordnung eines Rechtsanwaltes nach § 121 ZPO im Rahmen der Bewilligung von Prozesskostenhilfe kennt grundsätzlich keine Beschränkung von dessen Gebührenerstattungsansprüchen. Eine „gebührenrechtlich beschränkte“ Beordnung eines Rechtsanwaltes, wie sie hier erfolgt ist, ist im Gesetz nicht vorgesehen (OLG Karlsruhe FamRZ 1991, 80; 1998, 632; OLG Hamm FamRZ 1995, 748; *Büttner*, Prozesskosten- und Beratungshilfe, 2. Aufl., Rn. 5, 538; *Wax*, a.a.O.). Die Frage, welche Gebühren einem beigeordneten Rechtsanwalt von der Staatskasse zu erstatten sind, ist erst im späteren Festsetzungsverfahren nach § 128 BRAGO zu prüfen. Beide Verfahren sind weder nach ihrem Regelungsstatbestand noch nach den Beteiligten identisch (OLG Hamm a.a.O.).

Die Vergütungsansprüche des beigeordneten Anwaltes entstehen aus seiner eigenen Tätigkeit im Rechtsstreit und den durch diese Tätigkeit erfüllten Gebührentatbeständen und können nicht um die Gebühren, die dem zuerst beigeordneten Anwalt zustehen, gekürzt werden. Denn ihn treffen auch dann, wenn zuvor ein anderer Anwalt beigeordnet war, ohne Einschränkung die Pflichten zur ordnungsgemäßen Wahrnehmung des Mandats. Daher steht ihm auch ohne Einschränkung die gesetzliche Vergütung zu.

Wird daher einer Partei, der Prozesskostenhilfe bewilligt ist, anstelle eines bisher beigeordneten Anwaltes ein anderer Anwalt nach § 121 ZPO beigeordnet, ist eine gebührenrechtliche Einschränkung im Beordnungsbeschluss unzulässig. Eine derartige Einschränkung der Beordnung, die in der Praxis nicht selten vorkommt, rechtfertigt sich auch nicht etwa daraus, dass bei einem Fehlen triftiger Gründe für einen Anwaltswechsel die Beordnung eines anderen Anwaltes unter dem Gesichtspunkt der Mutwilligkeit insgesamt abgelehnt werden kann (vgl. *Büttner*, a.a.O. und OLG Hamm FamRZ 1995, 749). Denn der Gedanke, dass dann, wenn eine gänzliche Ablehnung zulässig ist, als minder belastende Maßnahme auch eine eingeschränkte Beordnung möglich sein müsse, lässt außer Acht, dass von der Entscheidung, ob überhaupt eine weitere Beordnung vorgenommen werden kann, nur der Antragsteller und der Justizfiskus betroffen sind, während es bei der Frage, welche Gebühren der beigeordnete Rechtsanwalt von der Staatskasse erstattet erhält, auch auf dessen Rechte ankommt. Die Entscheidung über die PKH-Bewilligung und die dazu gehörende Anwaltsbeordnung nach § 121 ZPO sind daher von den gebührenrechtlichen Fragen, die in den Verfahren nach §§ 128 und 125 BRAGO geprüft werden, strikt zu trennen. Wollte man das Prozesskostenhilfebewilligungsverfahren mit der Prüfung der Frage belasten, welche Gebühren bei einem Anwaltswechsel welchem der beteiligten Anwälte aus der Staatskasse erstattet werden können, müsste an diesem Verfahren auch die Staatskasse beteiligt werden (so zu Recht OLG Hamm, a.a.O.). Dadurch würde das Prozesskostenhilfverfahren nicht nur langwierig und schwerfällig, sondern auch mit sachfremden Gesichtspunkten belastet. Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass das Prozessgericht nach der gesetzlichen Regelung bei einem Antrag auf Beordnung eines neuen Anwaltes nur die Wahl zwischen der Ablehnung und der Beordnung hat, aber keine gebührenrechtlichen Beschränkungen anordnen kann. Angesichts dieser Rechtslage kommt eine Beordnung unter der Beschränkung auf die noch nicht angefallenen Gebühren nur mit ausdrücklichem Einverständnis des beizuordnenden Anwaltes in Betracht (so OLG Karlsruhe, *Büttner*, jeweils a.a.O. und *Gerold/Schmidt/v. Eicken/Madert*, a.a.O. Rn. 28 vor § 128 BRAGO). Ein solches Einverständnis ist im gegebenen Fall weder vorgebracht noch aus den Akten ersichtlich ...“

Mitgeteilt von RinOLG von *Olshausen*, Köln

## Rechtsprechung kompakt

### 1. Familienrecht

● Zur **Höhergruppierung** des Unterhaltspflichtigen seit dem 1. 7. 1998 um drei Einkommensgruppen der Düsseldorfer Tabelle bei einer Unterhaltspflicht gegenüber nur einem Kind ist die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf FF 2000, 28 = FamRZ 2000, 1176 (vgl. *Miesen*, FF 2000, 47) fortgesetzt worden durch das KG Berlin FamRZ 2001, 1479 und das OLG Schleswig OLGR Schleswig 2001, 467.

● Für **Vollstreckungsgegenklagen gegen Unterhaltstitel minderjähriger Kinder** ist auch nach der Einführung des § 642 Abs. 1 ZPO zum 1. 7. 1998 gemäß §§ 767 Abs. 1, 802 ZPO das Gericht des ersten Rechtszuges des Verfahrens, das zu dem angegriffenen Titel geführt hat, ausschließlich zuständig (BGH FamRZ 2001, 1705).

● Die Regelung des § 1612b Abs. 5 BGB zum **Unterbleiben der Anrechnung des Kindergeldes** ist nach OLG Hamm FamRZ 2001, 1727 – „unter Hintansetzung erheblicher Bedenken“ – auf **privilegierte volljährige Kinder** im Fall der Barunterhaltspflicht nur eines Elternteils analog anzuwenden (A.A. die überwiegende Meinung in der Literatur, vgl. die Nachweise bei *Miesen*, FF – Sonderheft 2001, 1, und

*Palandt/Diederichsen*, BGB, 61. Aufl. 2002, § 1612b BGB Rn. 12).

● Die relative Sättigungsgrenze beim Ehegattenunterhalt, bis zu der Elementarunterhalt als **Quotenunterhalt** geltend gemacht werden kann, liegt nach Auffassung des OLG Koblenz – 9 UF 140/01 – Urt. v. 17. 10. 2001 – bei einem Bedarf in Höhe von 8.000 DM; nur ein diesen Betrag übersteigender Unterhalt ist anhand konkreter Bedarfspositionen zu ermitteln. (Nach IV. 9. der Leitlinien des OLG Frankfurt/M. liegt die Grenze bei – nur – 3.920 DM/2.000 EUR.)

● Die **Nichtbeachtung des Selbstbehalts** als Grenze der finanziellen Leistungsfähigkeit des Verpflichteten in einer unterhaltsrechtlichen Entscheidung verletzt das Grundrecht des Unterhaltsschuldners aus Art. 2 Abs. 1 GG auf Schutz vor einer unverhältnismäßigen Belastung durch Unterhaltsleistungen (BVerfG FamRZ 2001, 1685 = NJW-RR 2002, 73). Die Zulässigkeit der Zurechnung fiktiven Einkommens bleibt – wie das BVerfG ausdrücklich anmerkt – unberührt.

● Gegenstand eines Urt. des OLG Düsseldorf war die **Haftung eines Rechtsanwalts**, der am Abschluss eines **Vergleichs über nahehelichen Unterhalt** beteiligt gewesen war und eine unrichtige Berechnungsmethode im gerichtlichen Vergleichsvorschlag nicht bemerkt hatte. Die Leitsätze sind abgedruckt in FamRZ 2001, 1607; in seiner Anmerkung (a.a.O.) berichtet *Weiss* auch den Sachverhalt.

● Zur Vermeidung eines späteren Abänderungsverfahrens nach § 10a VAHRG sind auch **nachezeitliche**, auf individuellen Verhältnissen beruhende **Änderungen**, die einen anderen Ehezeitanteil der Versorgung ergeben, bereits in der Erstscheidung über den **Versorgungsausgleich** zu berücksichtigen; diese Änderungen sind auch dann noch zu berücksichtigen, wenn sie erst während des Verfahrens der weiteren Beschwerde eingetreten sind (BGH FamRZ 2002, 93: Vorzeitige Versetzung eines Beamten in den Ruhestand nach dem Ende der Ehezeit mit der Folge, dass der Berechnung nicht mehr die prognostizierte, sondern die tatsächlich gewährte Versorgung zugrunde zu legen war).

● Wenn beide Eheleute in der Ehezeit angleichungsdynamische Anrechte (Ost) erworben haben und der ausgleichsberechtigte Ehegatte darüber hinaus ein nichtangleichungsdynamisches Anrecht (West) erworben hat, kann eine **Vereinbarung** der Eheleute wirksam sein, wonach das nichtangleichungsdynamische **Anrecht (West) des Ausgleichsberechtigten wie ein angleichungsdynamisches Anrecht (Ost) behandelt** werden soll. Unter Berücksichtigung einer solchen – vom Familiengericht genehmigten (§ 1587o Abs. 2 Satz 3 BGB) – Vereinbarung, die den Ausgleich (nunmehr) ausschließlich angleichungsdynamischer Anrechte (Ost) fingiert, kann der Versorgungsausgleich vor der Einkommensangleichung nach § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a) VAÜG durchgeführt werden (BGH FamRZ 2001, 1701).

● Die **geänderte Rechtsprechung des BGH zur sog. Anrechnungsmethode** bei der Berechnung des nahehelichen Unterhalts gemäß dem Urt. vom 13. 6. 2001 (FF 2001, 135 = FamRZ 2001, 986) ist auch bei dem zeitlich begrenzten **Wegfall der Kürzung der Versorgung** des Verpflichteten auf Grund des Versorgungsausgleichs nach § 5 Abs. 1 VAHRG zu berücksichtigen (OVG für das Land Nordrhein-Westfalen – 1 A 1727/98 – Urt. v. 30. 8. 2001).

● Der BGH FamRZ 2002, 94 hat zu den Voraussetzungen Stellung genommen, unter denen das Familiengericht nach § 1618 Satz 4 BGB n.F. die **Einwilligung** des nicht sorgeberechtigten Elternteils **in die Einbenennung eines Kindes ersetzen** kann. Der BGH betont – auf der Linie der bisherigen (im Einzelnen zitierten) restriktiven Rechtsprechung der Oberlandesgerichte – die im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens eigens geänderte Wortwahl („für das Kindeswohl erforderlich“) und die damit bewusst vorgenommene Verschärfung der Eingriffsvoraussetzungen sowie die Absicht des Reformgesetzgebers, den Schutz der namensrechtlichen Bin-

dung des Kindes zum nicht sorgeberechtigten Elternteil stärker als bisher auszugestalten.

## 2. Erbrecht

● Die **Auslegung eines gemeinschaftlichen Testamentes** darf nicht am buchstäblichen Sinn des Ausdrucks haften. Bei der Auslegung kommt es auf den Willen beider Ehegatten an; es ist daher festzustellen, was die Testierenden mit ihren Worten haben sagen wollen. Ist der Wille der Testatoren festgestellt, bleibt zu prüfen, ob dieser Wille im Text des Testamentes eine hinreichende Stütze gefunden hat (BGH FamRZ 2002, 26 zur Zur Auslegung eines auf den Tod des zuletzt versterbenden Ehegatten ausgesetzten Vermächnisses unter dem Gesichtspunkt der Anrechnung des Pflichtteils, den die durch das Vermächtnis Bedachte nach dem Tod des zuerst verstorbenen Ehegatten auf ihr Verlangen erhalten hatte).

● Die **Bezugnahme des Erblassers in einer letztwilligen Verfügung** auf ein nach § 2267 BGB formgültiges gemeinschaftliches Ehegattentestament, das nicht vom Erblasser, sondern von seinem Ehegatten niedergeschrieben worden war, erfüllt das Formerfordernis des § 2247 BGB (OLG Frankfurt/M. NJW-RR 2002, 7).

RiAG a.D. *Dieter Miesen*

## Buchbesprechungen

*Kroiß:*

**Das neue Zivilprozessrecht, 1. Aufl. 2002, 235 Seiten, 35 EUR, Deutscher Anwaltverlag**

Der Zivilprozess hat in letzter Zeit zahlreiche und bedeutsame Änderungen erfahren, vor allem durch das zum 1. 1. 2002 in Kraft getretene Reformgesetz.

Seine Entstehungsgeschichte, Ziele und wesentlichen Reforminhalte skizziert der als Richter am OLG praxiserfahrene Autor zunächst, ehe er sich den gesetzlichen Einzelheiten zuwendet:

- Neuregelungen für die erste Instanz,
- neue Konzeption des Berufungsrechts,
- Neuregelung des Revisionsrechts und
- des Beschwerderechts,
- sonstige Änderungen.

Dabei sind seine Ausführungen klar und sehr übersichtlich mit – auch optischer – Hervorhebung des jeweils für die Praxis besonders Wichtigen und mit entsprechenden Formulierungsvorschlägen.

Es folgt eine auszugsweise synoptische Gegenüberstellung des ab 1. 1. 2002 und des bis dahin geltenden Rechts (ZPO, EGZPO, GVG, BRAGO). Hier wäre es hilfreich gewesen, wenn – wie es etwa bei der Textausgabe mit Einführung von *Hannich/Meyer-Seitz/Engers* geschehen ist (vgl. dazu meine Rezension in FF 2001, 214) – die Änderungen grau (oder ähnlich) unterlegt worden wären. Es erscheint außerdem zweifelhaft, ob es sinnvoll war, neben der Synopse noch stellenweise in den zusammenhängenden Ausführungen den Gesetzestext wiederzugeben.

Ein (kurzes) Literatur- und ein Stichwortverzeichnis schließen das Werk ab, das besonders wegen seiner Praxisnähe und seiner Übersichtlichkeit zu empfehlen ist, vor allem der Anwalt- und der Richterschaft.

VRiOLG a.D. *Horst Luthin*, Altenberge

*Zimmermann:*

**Prozesskostenhilfe in Familiensachen, 2. Aufl. 2000, 393 Seiten, 39 EUR, Gieseking Verlag**

In der Praxis liegt das Hauptanwendungsgebiet der Prozesskostenhilfe im Familienrecht. So werden beispielsweise,