

festgestellt hat, dass gegen die Ablehnung der Abtrennung ein Rechtsmittel nicht zulässig ist. Das OLG hat jedoch die Rechtsbeschwerde zugelassen, damit die in der obergerichtlichen Rechtsprechung nicht einheitlich beantwortete Rechtsfrage höchstrichterlich entschieden wird.

Der BGH stellt zunächst fest, dass er an die Zulassung der Rechtsbeschwerde nur gebunden ist, wenn sie überhaupt statthaft ist. Dies ist jedoch dann nicht der Fall, wenn die Anfechtbarkeit gesetzlich ausgeschlossen ist (st. Rspr., vgl. BGH FamRZ 2004, 437). Ein solcher Fall ist stets dann gegeben, wenn schon ein Rechtsmittel zum OLG nicht gegeben ist. Der BGH stellt ausdrücklich fest, dass das OLG Zweibrücken zutreffend davon ausgegangen ist, dass die Verweigerung der Abtrennung nicht mit der sofortigen Beschwerde angegriffen werden kann. Diese Voraussetzungen liegen nur vor, wenn ein das Verfahren betreffendes Gesuch zurückgewiesen worden ist (§ 567 Abs. 1 Nr. 2 ZPO). Die Voraussetzungen nach dieser Vorschrift liegen jedoch nicht vor. Auch die §§ 622 ff. ZPO sehen kein Rechtsmittel für den Fall der verweigerten Abtrennung vor.

Ausführlich setzt sich der BGH dann mit den unterschiedlichen Meinungen aus Literatur und Rechtsprechung auseinander. Insbesondere die in Kommentaren vertretene Auffassung, wenn die Entscheidung über bloße prozessleitende Maßnahmen hinausgehe, müsse das Begehren auf Abtrennung als Gesuch im Sinne von § 567 ZPO gesehen werden, wird vom BGH nicht geteilt. Auch eine analoge Anwendung von § 252 ZPO könne nicht Erfolg haben.

Der BGH stellt zunächst fest, dass die Abtrennung von Amts wegen zu prüfen und zu entscheiden ist. Das Gesetz sieht hier kein Antragsrecht vor. Dass es sich nicht um eine unbewusste Regelungslücke handelt, habe der Gesetzgeber spätestens mit der Kindschaftsrechtsreform im Jahr 1998 mit der Einführung der Abtrennung nach § 623 Abs. 2 Satz 2 ZPO (vgl. BGH FamRZ 1991, 1043) bestätigt. Mit der ausdrücklichen Zulassung der Abtrennung auf Antrag in bestimmten Fällen habe der Gesetzgeber gerade ausdrücklich in allen anderen Fällen die Beibehaltung des Verbundes gewollt. Die Nichtabtrennung kann auch grundsätzlich nicht dem Stillstand des Verfahrens gleichgesetzt werden, und einer analogen Anwendung des § 252 ZPO steht entgegen, dass die Nichtanfechtbarkeit nicht auf einer planwidrigen Regelungslücke beruht. Der Gesetzgeber hat nach Ansicht des BGH grundsätzlich die gleichzeitige Entscheidung der Scheidung mit allen Folgesachen gewollt und nur in den ausdrücklich normierten Fällen des § 628 ZPO eine Auflösung vorgesehen, ohne für den Fall der Nichtabtrennung ein Rechtsmittel vorzusehen.

Auch einer außerordentlichen Beschwerde erteilt der BGH erneut eine Absage. Durch die ZPO-Reform ist ein außerordentliches Rechtsmittel auch dann nicht statthaft, wenn die Entscheidung ein Verfahrensgrundrecht verletzt oder aus sonstigen Gründen greifbar gesetzwidrig ist. In diesen Fällen kommt nur eine fristgebundene Gegenvorstellung in Betracht und im Falle der Nichtabhilfe die Verfassungsbeschwerde. Letztlich weist der BGH noch auf die Pflicht des Gesetzgebers hin, bis zum

31.12.2004 eine fachgerichtliche Abhilfemöglichkeit für den Fall der Verletzung des rechtlichen Gehörs zu schaffen.

Mit dieser Entscheidung des BGH steht fest, dass die Nichtabtrennung eines Verbundantrages mit der sofortigen oder einfachen Beschwerde nicht angreifbar ist. Der BGH schließt sich insoweit der wohl überwiegenden Meinung der Oberlandesgerichte an (OLG Düsseldorf FamRZ 1978, 123; OLG Stuttgart Justiz 1980, 415; OLG Bamberg FamRZ 1986, 1011; OLG Koblenz FamRZ 1991, 209; OLG Dresden FamRZ 1997, 1230; OLG Karlsruhe FamRZ 1999, 98; OLG Oldenburg FamRZ 2001, 167; OLG Hamm – 11. Familiensenat – FamRZ 2002, 333; OLG Köln FamRZ 2003, 1197; OLG Naumburg – 1. Familiensenat – OLGR Naumburg 1997, 69; OLG Naumburg – 2. Familiensenat – FamRZ 2001, 430). Die Abtrennung ist deshalb von Amts wegen zu prüfen, ein Antragsrecht steht den Parteien nicht zu. Das Gericht wird im Regelfall keine Abtrennung von Amts wegen nach Nr. 4 (Verzögerung und unzumutbare Härte) prüfen, da ihm die entsprechenden Tatsachen und Umstände unbekannt sind. Es ist deshalb Aufgabe der Prozessbevollmächtigten, die Umstände vorzutragen, die eine Abtrennung rechtfertigen könnten. Die unzumutbare Härte ist ausschließlich aus Sicht der Parteien zu beurteilen (OLG Saarbrücken OLGR Saarbrücken 2004, 660). Zutreffend vertritt das OLG die Ansicht, dass es auf das subjektive Empfinden der Eheleute ankommt und bei Ablehnung der Abtrennung dies zu respektieren ist, die gegenteilige Ansicht des Gerichtes dann nicht zur Abtrennung führen darf.

Kann die Nichtabtrennung nicht mit einem Rechtsbehelf gerügt werden, darf nicht übersehen werden, dass die erfolgte Abtrennung hingegen im Rechtsmittelverfahren überprüft werden kann. Der Gesetzgeber hat die Auflösung des Verbundes dem Scheidungsantrag zugeordnet (§§ 628, 629 ZPO). Werden ein oder mehrere Verbundteile abgetrennt, kann dies als Verfahrensfehler nur mit dem Rechtsmittel gegen die Hauptsachenentscheidung, also die Scheidung, gerügt werden (BGH FamRZ 1996, 1333) mit dem Ziel, das Urteil mit der Vorabscheidung aufzuheben und an das FamG zurück zu verweisen, wodurch der Verbund wieder hergestellt wird. Aufgrund der Nachprüfbarkeit der Abtrennung ist es also nicht ausreichend, den Gesetzeswortlaut sinngemäß oder wörtlich zu wiederholen (OLG Naumburg EzFamR aktuell 2002, 220). Erfolgreich ist ein Rechtsmittel aber nur, wenn die abgetrennte Folgesache nicht inzwischen rechtskräftig abgeschlossen ist.

Dr. Peter Friederici, Vors. Richter am OLG Naumburg

Umschreibung eines Unterhaltstitels auf den Erben des Unterhaltsschuldners

— § 727 ZPO; § 1586b Abs. 1 S. 1 BGB

Zur Umschreibung eines Unterhaltstitels gegen den nach § 1586b BGB haftenden Erben des Unterhaltsschuldners.

BGH, Beschl. v. 4.8.2004 – XII ZB 38/04 (OLG Stuttgart, AG Tübingen)

Gründe: I. Die 1939 geschlossene Ehe der Antragstellerin mit ihrem 1999 verstorbenen Ehemann wurde 1963 aus dessen Verschulden geschieden. Der Ehemann verpflichtete sich durch gerichtlichen Vergleich v. 24.7.1980, an die Antragstellerin (als damalige Klägerin) monatlichen Unterhalt in Höhe von 580 DM zu zahlen. Dieser Betrag sollte jährlich um den gleichen Prozentsatz steigen wie die jährlichen Anpassungen in der gesetzlichen Rentenversicherung.

Der Antragsgegner ist der gemeinsame Sohn der Antragstellerin und ihres verstorbenen Ehemannes und zugleich dessen Alleinerbe.

Den Antrag der Antragstellerin, den gerichtlichen Vergleich gem. § 727 ZPO gegen den Antragsgegner als Rechtsnachfolger umzuschreiben und die Vollstreckungsklausel gegen ihn zu erteilen, wies die Rechtspflegerin des AG mit der Begründung zurück, dies sei nicht möglich, da der Antragsgegner als Erbe nach § 1586b BGB nicht Rechtsnachfolger des Unterhaltsschuldners sei. Auf die sofortige Beschwerde der Antragstellerin hob das OLG, dessen Entscheidung in FamRZ 2004, 1220 f. veröffentlicht ist, den Beschluss der Rechtspflegerin auf und wies sie an, den Antrag unter Berücksichtigung seiner gegenteiligen Rechtsauffassung erneut zu bescheiden und die Umschreibung – vorbehaltlich anderer ihr entgegenstehender Gründe – vorzunehmen.

Dagegen richtet sich die zugelassene Rechtsbeschwerde des Antragsgegners.

II. Die Rechtsbeschwerde hat keinen Erfolg.

1. Wie das Beschwerdegericht zutreffend ausführt, gehört die Gesamtrechtsnachfolge des Erben zu den typischen Vorgängen, für die § 727 ZPO die Umschreibung eines vorhandenen Titels gegen den Erblasser vorsieht, um dem Gläubiger eine neue Klage gegen den Rechtsnachfolger zu ersparen.

Umstritten ist jedoch die Frage, ob auch ein auf nahehelichen Unterhalt gerichteter Titel gegen den Erben des Unterhaltsschuldners umgeschrieben werden kann.

a) Zum einen wird die Auffassung vertreten, eine Umschreibung sei nicht möglich, weil der Erbe unterhaltsrechtlich nicht Rechtsnachfolger des Unterhaltsschuldners sei. Denn die Unterhaltsverpflichtung sei grundsätzlich personenbezogen und ende jeweils mit dem Tode des Berechtigten oder Verpflichteten. Der „Übergang“ der Unterhaltspflicht auf den Erben (§ 1586b BGB) begründe in dessen Person eine eigenständige, inhaltlich mit derjenigen des Erblassers nicht identische Verpflichtung (vgl. OLG Oldenburg FamRZ 2004, 1220; *Palandt/Brudermüller*, BGB, bis zur 62. Aufl., § 1586b Rn 10; *Staudinger/Baumann*, 12. Aufl., § 1586b Rn 56; *Johannsen/Henrich/Büttner*, Ehe-recht, 4. Aufl., § 1586b Rn 14; *Bamberger/Roth/Bergmann*, BGB, § 1586b Rn 2; *Heiß* in *Heiß/Born*, Unterhaltsrecht 4, Rn 40; *Kalthoener/Büttner/Niepmann*, Die Rspr. zur Höhe des Unterhalts, 8. Aufl., Rn 145a; *Weinreich/Klein*, Kompakt-kommentar Familienrecht, § 1586 b Rn 13; *Bergschneider*, FamRZ

2003, 1049, 1055; *Hambitzer*, FamRZ 2001, 201, 203; *Dieckmann*, FamRZ 1977, 161, 171).

b) Demgegenüber halten eine Umschreibung – mit dem Beschwerdegericht – für zulässig: OLG Koblenz FamRZ 2004, 557 m. zust. Anm. *Diener*, FamRZ 2004, 557 f.; OLG Frankfurt FF 2003, 68 f.; *MüKo/Maurer*, 4. Aufl., § 1586b Rn 13; *Erman/Graba*, BGB, 11. Aufl., § 1586b Rn 13; *RGRK/Cuny*, 12. Aufl., § 1586b Rn 17; *Soergel/Häberle*, BGB, 12. Aufl., § 1586b Rn 4; *Griesche* in FamGb, § 1586 b Rn 5; *Hoffmann/Stephan*, Ehegesetz, 2. Aufl. § 70 Rn 7; OLG Karlsruhe OLGZ 1977, 121 f. zur Beitragspflicht nach § 60 EheG.

c) Der BGH hat die Praxis einiger Gerichte, für einen Unterhaltstitel gegen den verstorbenen Ehemann die Vollstreckungsklausel gegen den haftenden Erben zu erteilen, nicht nur – wie das Beschwerdegericht ausführt – unbeanstandet gelassen (vgl. Senatsurteil BGHZ 146, 114, 115), sondern in einer früheren Entscheidung bereits ausdrücklich gebilligt, indem er ausgeführt hat, es unterliege keinem rechtlichen Zweifel, dass einem bereits gegen den unterhaltspflichtigen geschiedenen Ehegatten vorliegenden Titel die Vollstreckungsklausel gegen den nach § 70 EheG haftenden Erben erteilt werden kann. Zugleich hat er erkennen lassen, dass für die mit § 70 Abs. 1 EheG wortgleiche Neuregelung des § 1586b Abs. 1 S. 1 BGB nichts anderes gelte (vgl. Senatsurteil v. 14.11.1984 – IVb ZR 49/83 – FamRZ 1985, 164, 165 unter Hinweis auf *MüKo/Richter*, 1. Aufl., § 1586b Rn 5).

Daran hält der Senat fest. Denn die Möglichkeit der Umschreibung des Titels entspricht dem Bestreben des Gesetzgebers, eine dauerhafte Sicherung des unterhaltsberechtigten geschiedenen Ehegatten über den Tod des Unterhaltspflichtigen hinaus zu schaffen (vgl. Senatsurteil v. 14.11.1984, a.a.O., 165 f.), die andernfalls zumindest vorübergehend infrage gestellt wäre, wenn erst ein neuer Titel erstritten werden müsste. Zugleich dient die Umschreibung aus den vom Beschwerdegericht und vom OLG Frankfurt (a.a.O. S. 69) näher dargelegten Gründen dem Gebot der Prozessökonomie. Der Gegenmeinung, die ihre rechtlichen Bedenken gegen eine Umschreibung auf fehlende Identität der Ansprüche gegen den Erblasser und gegen den Erben stützt, ist zudem entgegenzuhalten, dass sich die Rechtsnatur der auf den Erben übergegangenen Unterhaltspflicht nicht ändert (Senatsurteile v. 14.11.1984, a.a.O., S. 165, und v. 28.1.2004 – XII ZR 259/01 – FamRZ 2004, 614, 615 m. krit. Anm. *Büttner*, FamRZ 2004, 616, 617). Andernfalls hätte das Gesetz in § 1586b Abs. 1 S. 1 BGB (und zuvor in § 70 Abs. 1 EheG) nicht von einem „Übergang“ der „Unterhaltspflicht“ sprechen können. Allenfalls die Höhe der auf den Erben übergehenden Unterhaltspflicht und der Umfang seiner Haftung für sie ändern sich (vgl. Senatsurteil BGHZ 146, 114, 117). Es erscheint auch nicht unbillig, den Erben darauf zu verweisen, dies gegebenenfalls im Wege der Abänderungsklage nach § 323 ZPO oder der Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 ZPO geltend zu machen, wobei auch ein Vorbehalt der Haf-

tung nach § 780 Abs. 1 ZPO in Betracht kommen kann (vgl. Senatsurteil BGHZ 146, 114, 116 und 117 f.).

2. Etwas anderes ergibt sich hier auch nicht daraus, dass es sich im vorliegenden Fall bei dem umzuschreibenden Titel um einen gerichtlichen Unterhaltsvergleich handelt, der die Folgen einer vor dem 1.7.1977 ausgesprochenen Ehescheidung regelt.

a) Für den Übergang der Unterhaltspflicht auf den Erben steht einem Urteil auf Geschiedenenunterhalt ein (Prozess-)Vergleich jedenfalls dann gleich, wenn er eine bestehende gesetzliche Unterhaltspflicht nur ausgestaltet und konkretisiert – unselbstständige Unterhaltsvereinbarung. Bei einer selbstständigen Unterhaltsvereinbarung wäre hingegen zu prüfen, ob diese auch über den Tod des Verpflichteten hinaus fortgelten sollte (vgl. *Palandt/Brudermüller*, BGB, 63. Aufl., § 1586b Rn 9).

Hier liegt indes eine nur unselbstständige Unterhaltsvereinbarung vor, da eine selbstständige nur anzunehmen ist, wenn besondere Anhaltspunkte dafür sprechen (vgl. Senatsbeschluss v. 23.1.1985 – IVb ARZ 63/84 – FamRZ 1985, 367, 368; OLG Bamberg FamRZ 1999, 1278, 1279). Die Unterhaltspflicht des 1963 aus seinem Verschulden geschiedenen Erblassers ergab sich hier aus § 58 Abs. 1 EheG und war von ihm in einem gerichtlichen Vergleich v. 10.1.1963, dessen Laufzeit allerdings auf fünf Jahre begrenzt war, in Höhe von 550 DM monatlich ausdrücklich anerkannt worden mit der Maßgabe, dass 1967 der Versuch einer neuen Unterhaltsvereinbarung unternommen werden sollte. Durch den Vergleich v. 24.7.1980 kam eine solche Vereinbarung zustande, ohne dass ersichtlich wäre, dass damit nunmehr ein vom gesetzlichen Unterhaltsanspruch völlig gelöster, rein vertraglicher Anspruch begründet werden sollte. Soweit dieser Vergleich eine Abänderung gem. § 323 BGB ausschloss, stellt dies noch keinen sicheren Anhaltspunkt für eine selbstständige Unterhaltsvereinbarung dar (vgl. Senatsurteil v. 26.9.1990 – XII ZR 87/89 – FamRZ 1999, 673, 674).

b) Es bedarf auch keiner Entscheidung, ob sich der Übergang der Unterhaltspflicht auf den Erben gem. Art. 12 Nr. 3 Abs. 2 S. 1 des 1. EheRG weiterhin nach § 70 EheG richtet, weil die Ehe der Klägerin vor dem 1.7.1977 geschieden wurde, oder nach § 1586b BGB, wie das Beschwerdegericht anzunehmen scheint, etwa weil der Unterhaltsvergleich nach diesem Zeitpunkt geschlossen wurde. Für die hier allein zu beurteilende Frage, ob dieser Titel gegen den Erben umzuschreiben ist, ist dies unerheblich, da § 70 Abs. 1 EheG und § 1586b Abs. 1 S. 1 BGB den Übergang der Unterhaltspflicht auf den Erben wortgleich regeln.

3. Ohne Erfolg macht die Rechtsbeschwerde schließlich geltend, einer Umschreibung des Titels stehe im vorliegenden Fall jedenfalls entgegen, dass die auf den Antragsgegner als Erben übergegangene Verpflichtung zu nahehelichem Unterhalt zugleich dessen Unterhaltsverpflichtung gegenüber der Klägerin als seiner Mutter (Elternunterhalt, §§ 1601 ff. BGB) tangiere. Denn die Rechtsnatur der auf ihn als Erben übergegangenen Unterhaltsverpflichtung ändert sich auch nicht da-

durch, dass er – möglicherweise – aus einem anderen Rechtsgrund der Gläubigerin zugleich Elternunterhalt schuldet.

— Anmerkung

Der BGH hat mit diesem Beschluss eine seit langem bestehende, höchst streitige Frage entschieden. Die Umschreibung eines Unterhaltstitels gegen den Erben ist nach Auffassung des BGH zulässig. Die Unterhaltsgläubigerin erhielt Unterhalt entsprechend einem gerichtlichen Vergleich in Höhe von 580 DM von ihrem geschiedenen Ehemann seit 1980. Alleinerbe ist der gemeinsame Sohn der geschiedenen Eheleute. Die Unterhaltsgläubigerin kann nach dem Beschluss des BGH den Vergleich gegen den eigenen Sohn als Rechtsnachfolger des Vaters umschreiben lassen und Vollstreckungsklausel erhalten, so dass sie, ohne ein weiteres Verfahren zu führen, den Unterhalt erhält. Unstreitig spricht schon die Prozessökonomie für diese Regelung. Die Gegenmeinung, u. a. *Büttner*, in: *Kalthoener/Büttner/Niepmann*, Rn 145a und *Bergschneider*, FamRZ 2003, 1049–1055, stützt sich im Wesentlichen darauf, dass Ansprüche gegen den Erblasser und den Erben nicht identisch sind und demzufolge der Erbe auch unterhaltsrechtlich nicht Rechtsnachfolger des Unterhaltsschuldners werden kann. Der BGH ist der Auffassung, dass die Rechtsnatur des auf den Erben übergegangenen Unterhaltsanspruchs nicht geändert wird. Die Umschreibung des Titels entspricht dem Bestreben des Gesetzes, eine dauerhafte Sicherung des unterhaltsberechtigten geschiedenen Ehegatten über den Tod des Unterhaltspflichtigen hinaus zu schaffen.

Für die Praxis ist ganz wichtig festzustellen, dass nicht der Unterhaltsgläubiger eine Klage anstrengen muss, sondern der Erbe seinerseits im Wege der Abänderungsklage nach § 323 ZPO oder ggf. auch der Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO gegen den umgeschriebenen Vergleich vorgehen muss (vgl. im Übrigen die kritische Anmerkung von *Bergschneider*, FamRZ 2004, 1548 und *AnwK-BGB/Schnitzler*, § 1586b Rn 11 f.).

Klaus Schnitzler, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Familienrecht, Euskirchen

Verwirkung von Elternunterhalt

— § 1611 S. 1 BGB

Zur Verwirkung von Elternunterhalt, wenn eine Mutter ihr später auf Unterhalt in Anspruch genommenes Kind im Kleinkindalter bei den Großeltern zurückgelassen und sich in der Folgezeit nicht mehr in nennenswertem Umfang um dieses gekümmert hat.

BGH, Urte. v. 19.5.2004 – XII ZR 304/02 (OLG Frankfurt/Main)