

Da Prozesskostenhilfe nur bei einer erfolversprechenden Rechtsverfolgung bewilligt wird, ist mit einem Sieg des Kl und mit einer Verurteilung des Bekl in die Kosten zu rechnen. Dann kann die Staatskasse die Gerichtskosten beim Gegner einziehen (§ 54 Nr. 1 GKG). Ebenso kann sie die für den Prozessbevollmächtigten des Kl bezahlten Anwaltskosten verlangen (§ 130 Abs. 1 BRAGO). Gelingt dies, ist der selbstständige Zivilprozess für die Staatskasse günstiger als die Folgesachenentscheidung, bei der die Kosten regelmäßig gegeneinander aufgehoben werden. Durch die günstigere Kostenregelung schneidet die Staatskasse sich also von vorneherein den Weg einer Kostenerstattung ab!

Zudem sollte der Anwalt die Staatskasse immer darauf hinweisen, dass bei erfolgreicher Durchsetzung der Zugewinnausgleichsansprüche die Möglichkeit des § 120 Abs. 4 ZPO besteht. Nicht nur im Interesse des Anwaltes, der die Differenzgebühren geltend machen kann, sondern auch im Interesse der Staatskasse sollte stets auf eine Nachzahlungsanordnung geachtet werden, wenn durch den Zugewinnausgleich Vermögen an den Berechtigten fließt.

In Fällen, in denen der nicht arme Bürger Zugewinnausgleichsansprüche in getrennten Verfahren geltend machen würde, sind die Kostenunterschiede zwischen getrennter oder gemeinsamer Geltendmachung zwar nicht unerheblich höher (vgl. hierzu Beispielsfälle bei *Schöppe/Fredenburg/Schwolow*, FuR 1998, 10 ff.). Allerdings wiegt die kostengünstigere Regelung des § 91a ZPO ebenso wie der nachstehend aufgezeigte Zinsvorteil diese Belastung bei weitem auf.

#### c) Zinsen:

Wird der Zugewinnausgleich im Verbund geltend gemacht, ist der Rechtsstreit erfahrungsgemäß auf Jahre blockiert. Einmal im Verbund bedeutet immer im Verbund. An die Möglichkeit einer Abtrennung gem. § 628 Ziff. 4 ZPO ist erst dann zu denken, wenn der Prozess mindestens zwei Jahre rechtshängig ist. Im Übrigen stellt diese Regelung eine Kannvorschrift dar. Mancher Richter versucht durch eine in schwärzesten Farben ausgemalte Verfahrensdauer die Parteien des Rechtsstreites zu einer vergleichsweisen Regelung des Verfahrens zu „bewegen“. Insbesondere in Fällen, in denen größere Zugewinnausgleichsforderungen verlangt werden, erweist sich der Zinsschaden als gravierender Nachteil.

#### Beispiel 4:

*Der Ehefrau steht gegen den Ehemann ein Zugewinnausgleich in Höhe von 300.000 EUR zu. Nach dem eigenen Vortrag des Ehemanns schuldet er mindestens 100.000 EUR. Die Differenz bei der Zugewinnausgleichsberechnung ergibt sich aus der unterschiedlichen Bewertung der Parteien über Immobilienbesitz sowie Firmenbeteiligungen des Ehemanns. Der Rechtsstreit droht durch die notwendige Einholung von Gutachten Jahre zu dauern.*

Mit Beendigung des Güterstandes entsteht die Ausgleichsforderung und ist ab diesem Zeitpunkt zu verzinsen (§ 1378 Abs. 3 BGB). Die Höhe der Verzinsung ergibt sich aus § 288 BGB (5 % über BB-Diskontsatz, derzeit ca. 7 %). In dem Beispielsfall bedeutet dies Folgendes:

Wird die Ehe ohne Geltendmachung des Zugewinnausgleichs geschieden, so ist der Zugewinn sofort zu verzinsen. Für die Ehefrau ergibt sich innerhalb von zwei Jahren mindestens ein Verzinsungsanspruch von 100.000 EUR (unstreitige Forderung)  $\times$  7 %  $\times$  2 Jahre = 14.000 EUR. Günstigstenfalls könnte die Ehefrau innerhalb von zwei Jahren mit 300.000 EUR  $\times$  7 %  $\times$  2 Jahre = 42.000 EUR rechnen! Macht sie die Ansprüche im Verbund geltend und dauert das Verfahren mindestens zwei Jahre, so verliert sie diesen Zinsanspruch. Ein Teilurteil über den unstreitigen Betrag kann nicht ergehen. Über den Zugewinn kann nur einheitlich in einem Urteil entschieden werden.

Angesichts der jetzt geltenden Verzinsung ist es insbesondere bei größeren Zugewinnausgleichsforderungen ein „Muss“, mit dem Mandanten diese unterschiedlichen Folgen

zu besprechen. Eine Partei, die über diese Situation ordnungsgemäß belehrt ist, wird immer den Weg der getrennten Geltendmachung gehen, vorausgesetzt andere Gesichtspunkte (z.B. eine ungünstigere Unterhaltsregelung, Krankenversicherung etc.) sprechen nicht gegen einen vorzeitigen Scheidungsausspruch. Der Anwalt, der die Partei über diese Rechtsfolgen nicht belehrt, begeht einen Beratungsfehler.

#### Fazit:

Wenn der Anwalt das Gericht auf die drei oben geschilderten Nachteile hinweist, wird man nicht ernsthaft weiterhin behaupten können, ein derartiges prozessuales Verhalten sei mutwillig. Eine nicht arme Partei würde im Gegenteil bei Kenntnis der Vorteile, die sich aus einer getrennten Verfolgung der Ansprüche ergeben, gerade diesen Weg gehen. Ein Anwalt, der auf diese Vor- und Nachteile nicht hinweist, macht sich regresspflichtig.

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Familienrecht  
Dr. Walter Kogel, Aachen

### Prozesskostenhilfe für Beklagten bei Vaterschaftsfeststellungsklagen

§ 1600d BGB; §§ 114, 653 f. ZPO

OLG Köln, Beschl. v. 20.1.2003 – 14 WF 195/02 – (AG Aachen)

- 1. Dass in Vaterschaftsfeststellungsklagen auf Antrag oder von Amts wegen eine Beweisaufnahme durchgeführt werden muss, hat nicht zwangsläufig die Bewilligung von Prozesskostenhilfe zur Folge. Vielmehr muss der Bekl, der die Vaterschaft nicht anerkennen und es auf einen Prozess ankommen lassen will, ernsthafte Zweifel an seiner Vaterschaft darlegen können. Der Vortrag, er wisse nicht, ob er der einzige Geschlechtspartner der Mutter gewesen sei, reicht nicht aus.**
- 2. Der Einwand fehlender Leistungsfähigkeit kann im Verfahren nach § 653 ZPO nicht berücksichtigt werden, sondern bleibt dem Korrekturverfahren nach § 654 ZPO vorbehalten.**

*Gründe:* Durch den im Tenor näher bezeichneten Beschl. hat das AG – Familiengericht – Aachen den Antrag des Bekl auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe zurückgewiesen und zur Begründung ausgeführt, seine Rechtsverteidigung gegen die Klage auf Vaterschaftsfeststellung und die Verurteilung zur Zahlung des Regelunterhalts habe keine Aussicht auf Erfolg. Hiergegen richtet sich die Beschwerde des Bekl vom 7.11.2002, der das AG nicht abgeholfen, sondern die Sache dem *Senat* zur Entscheidung vorgelegt hat. Durch Beschl. v. 30.12.2002 hat die zuständige Einzelrichterin die Sache auf den *Senat* übertragen. Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Akten verwiesen.

Die zulässige Beschwerde ist nicht begründet. Dabei kann dahinstehen, auf welchen Zeitpunkt es für die Frage der Beurteilung der Erfolgsaussicht eines Prozesskostenhilfesuchts ankommt, denjenigen der Beschlussfassung oder den der Entscheidungsreife, vgl. zum Meinungsstreit *Zöller*, ZPO, 23. Aufl. 2002, § 119 Rn 44 ff. m.w.N., bzw. zu welchem Zeitpunkt das AG vorliegend frühestens über den PKH-Antrag des Bekl hätte entscheiden können. Vorliegend bot die Rechtsverteidigung des Bekl von Anfang an keine Aussicht auf Erfolg.

Zu den Vaterschaftsfeststellungssachen wird die Ansicht vertreten, dass wegen der regelmäßig veranlassten Einholung von Abstammungsgutachten an die Erfolgsaussicht keine hohen Anforderungen zu stellen seien, vgl. *Stein/Jo-*

nas/Bork, ZPO, 21. Aufl., § 114 Rn 58. Nach Auffassung des *Senats* muss ein Bekl, der die Vaterschaft nicht anerkennen und es auf einen Prozess ankommen lassen will, ernsthafte Zweifel an seiner Vaterschaft darlegen können, so auch OLG Hamburg FamRZ 2000, 1587, OLG Karlsruhe NJW-RR 1998, 1228. Anders als in Anfechtungsverfahren gilt nicht der Gesichtspunkt, dass er sich nicht einem Rechtsstreit entziehen kann. Im Rahmen der PKH-Prüfung ist auch in eng begrenztem Umfang eine vorweggenommene Beweiswürdigung zulässig, vgl. BGH NJW 1994, 1160. Dass auf Antrag oder von Amts wegen eine Beweisaufnahme durchgeführt werden muss, hat daher nicht zwangsläufig die Bewilligung von Prozesskostenhilfe zur Folge. Umstände, die zu ernsthaften Zweifeln an seiner Vaterschaft Anlass geben könnten, hat der Bekl nicht dargelegt. Im Vaterschaftsfeststellungsverfahren muss der Bekl, der mit der Mutter in der gesetzlichen Empfängniszeit Verkehr gehabt hat, begründete Aussicht haben, die Vermutung des § 1600 Abs. 2 BGB zu widerlegen. Hieran fehlt es vorliegend. Der Bekl hat in seiner Stellungnahme zu den Anträgen des klagenden Kindes eingeräumt, dass es mit der Kindesmutter innerhalb der gesetzlichen Empfängniszeit zu Geschlechtsverkehr gekommen sei. Im Übrigen hat er ausgeführt, er wisse nicht, ob er der einzige Geschlechtspartner der Mutter gewesen sei. Zu der Erklärung der Mutter, ausschließlich mit dem Bekl Geschlechtsverkehr gehabt zu haben, hat er keine Stellung bezogen. Bereits zum Zeitpunkt der Beantragung von Prozesskostenhilfe war es nach alledem unwahrscheinlich, dass die Vaterschaftsvermutung des § 1600 Abs. 2 S. 1 BGB durch das veranlasste Abstammungsgutachten widerlegt werden könnte. Eine hinreichende Erfolgsaussicht der Rechtsverteidigung des Bekl i.S.v. § 114 ZPO gegen die beantragte Vaterschaftsfeststellungsklage bestand daher nicht.

Aber auch im Hinblick auf die beantragte Verurteilung zur Zahlung des Regelunterhalts bot die Rechtsverteidigung des Bekl keine Aussicht auf Erfolg. Der Einwand fehlender Leistungsfähigkeit kann im Verfahren nach § 653 ZPO nicht berücksichtigt werden. Zwar war unter Geltung des § 643 ZPO a.F. umstritten, ob neben Einwänden zum Grund des Anspruchs wie Erfüllung, Forderungsübergang (§§ 91 BSHG, 7 UVG) und Zusammenleben mit dem Vater (§ 1612 f. BGB a.F.) im Einzelfall auch der Einwand mangelnder Leistungsfähigkeit des Vaters zu beachten war (vgl. zum Meinungsstreit OLG Bremen FamRZ 2000, 1164). Mit der Neuregelung der §§ 653 ff. ZPO ist der Unterhaltsschuldner jedoch grundsätzlich hinsichtlich aller Einwendungen gegen die Verurteilung zur Zahlung des Regelunterhalts auf das Korrekturverfahren gem. § 654 ZPO zu verweisen. Der *Senat* folgt insoweit der Auffassung des OLG Bremen, wie sie in der Entscheidung vom 2.2.2000 ihren Niederschlag gefunden hat (= FamRZ 2000, 1164; ebenso *Zöller-Philippi*, ZPO, 23. Aufl. 2002, § 653 Rn 4 m.w.N. – a.A. OLG Brandenburg FamRZ 2000, 1581, 1583). Durch die Neuregelung der §§ 653 ff. ZPO soll gewährleistet sein, dass der Regelunterhalt des klagenden Kindes durch eine rasche Titulierung jedenfalls zunächst sichergestellt ist und erst in einem Nachverfahren über etwaige Einwendungen des Vaters betreffend die Höhe des tatsächlich geschuldeten Unterhalts gestritten wird.

Mitgeteilt von Vors. Richter am OLG *Dr. Büttner*, Köln

*Anm. der Red.:* Zur Entscheidung des OLG Köln s. auch *Kogel*, FamRB 2003, 151 f.

Zu LS 2.: Der BGH hat entschieden, dass der Vater im Annexverfahren nach § 653 Abs. 1 ZPO mit dem Einwand mangelnder oder eingeschränkter Leistungsfähigkeit (vgl. FamRZ 2003, 304, 305) und mit dem Einwand der Erfüllung des Kindesunterhalts (Urt. v. 7.5.2003 – XII ZR 140/01) ausgeschlossen ist. Im Urt. v. 7.5.2003 hat er aber abschließend

ausgeführt: „Allerdings wird in den Fällen, in denen die Erfüllung des geltend gemachten Unterhaltsanspruchs oder die Leistungsunfähigkeit des Vaters unstreitig sind, zu prüfen sein, ob einem dennoch nach § 653 Abs. 1 ZPO gestellten Antrag des Kindes wegen einer missbräuchlichen Ausnutzung des Einwendungsausschlusses im Annexverfahren das Rechtsschutzbedürfnis fehlt“.

## Zur Testierfähigkeit im Zusammenhang mit einem Betreuungsverfahren

Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG; §§ 1896 Abs. 1 S. 1, 2229 Abs. 4 BGB

**OLG Celle**, Beschl. v. 11.3.2003 – 6 W 16/03 – (LG Hildesheim)

- 1. Ohne weitere Anhaltspunkte kann allein aus einem etwa acht Monate nach Testamentserrichtung erstatteten fachärztlichen Gutachten in einem Betreuungsverfahren nicht geschlossen werden, dass die Erblasserin bereits im Zeitpunkt der Testamentserrichtung an einer Altersdemenz in einem Umfang litt, die ihre Testierfähigkeit gem. § 2229 Abs. 4 BGB ausschloss.**
- 2. Kein hinreichender Anhaltspunkt für eine Testierunfähigkeit stellt der Umstand dar, dass die Erblasserin statt ihres einzigen Sohnes eine familienfremde und ihr erst seit einiger Zeit bekannte Person zum Erben einsetzt.**  
(Leitsätze der Redaktion)

*Gründe:* Die sofortige Beschwerde ist zulässig (§ 569 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 127 Abs. 2 S. 2 und 3 ZPO), in der Sache jedoch nicht begründet. Die beabsichtigte Rechtsverfolgung des Kl bietet keine hinreichende Aussicht auf Erfolg gem. S. 114 ZPO.

1. Soweit der Kl mit dem Antrag zu 1 die Feststellung der Unwirksamkeit des am 29.6.1999 errichteten Testaments seiner am 17.10.2002 verstorbenen Mutter ... begehrt, ist das LG zu Recht davon ausgegangen, dass keine ausreichenden tatsächlichen Anhaltspunkte für eine Testierunfähigkeit der Erblasserin im Zeitpunkt der Testamentserrichtung bestehen.

Gem. § 2229 Abs. 4 BGB kann ein Testament nicht errichten, wer wegen krankhafter Störung der Geistestätigkeit, Geistesschwäche oder Bewusstseinsstörung nicht in der Lage ist, die Bedeutung einer von ihm abgegebenen Willenserklärung einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln. Entsprechend dem Grundsatz, dass die Störung der Geistestätigkeit die Ausnahme bildet, ist ein Erblasser dabei so lange als testierfähig anzusehen, als nicht seine Testierunfähigkeit zur vollen Gewissheit des Gerichts nachgewiesen wird (OLG Frankfurt/M. FamRZ 1996, 635; BayObLG FamRZ 1994, 593; *Palandt-Edenhofer*, BGB, 63. Aufl., § 2229 Rn 11). Die Darlegungs- und Beweislast für die mangelnde Testierfähigkeit trifft im Rechtsstreit denjenigen, der sich auf sie beruft, hier also den Kl.

Zunächst lässt sich dem im Betreuungsverfahren beim AG G. (Az.:...) eingeholten Gutachten der Ärztin für Psychiatrie ... vom 23.2.2000 ... nichts dafür entnehmen, dass die Erblasserin bereits im Zeitpunkt der Errichtung des Testaments am 29.6.1999 testierunfähig war. Die Gutachterin bescheinigt der Erblasserin zwar eine Altersdemenz auf dem Boden einer cerebralen Durchblutungsstörung. Ihre Exploration beruht jedoch auf einem Hausbesuch bei der Erblasserin am 20.2.2000, während das Testament bereits am 29.6.1999 errichtet wurde. Anhaltspunkte dafür, dass die Erblasserin bereits im Juni 1999 infolge Altersdemenz nicht in der Lage war zu beurteilen, dass sie ein Testament errichtet oder wel-