

## Einstweilige Anordnung zur Herausgabe persönlicher Gegenstände

— § 620 Nr. 8 ZPO

Das Regelungsbedürfnis nach § 620 Nr. 8 ZPO besteht schon bei der Behauptung, Gegenstände des persönlichen Bedarfs befänden sich im Besitz des anderen Ehegatten, der die Herausgabe verweigere.

OLG Nürnberg, Beschl. v. 10.9.2004 – 10 WF 3115/04 (AG Regensburg)

**Gründe:** Mit Beschl. v. 20.8.2004 hat das AG – FamG – Regensburg der Antragstellerin keine Prozesskostenhilfe für eine beantragte einstweilige Anordnung bewilligt und ausgeführt, ein Regelungsbedürfnis i.S.d. § 620 ZPO sei nicht vorhanden.

Die gegen die Versagung der Prozesskostenhilfe gerichtete Beschwerde hat in der Sache Erfolg.

Mit dem Antrag auf einstweilige Anordnung erstrebt die Antragstellerin die Herausgabe der Gegenstände, die zu ihrem und des Kindes persönlichen Gebrauch bestimmt sind. Wann ein solches Regelungsbedürfnis i.S.d. § 620 Nr. 8 ZPO besteht ist im Gesetz nicht definiert. Auch in der Rspr. ist dieses Thema kaum behandelt. Im Kommentar Thomas/*Putzo*, ZPO, 26. Aufl., § 620 Rn 9 wird das Regelungsbedürfnis mit dem Rechtsschutzbedürfnis (Thomas/*Putzo*, a.a.O., vor § 253 Rn 26) gleichgesetzt. Danach bedeutet das Regelungsbedürfnis ein berechtigtes Interesse des Antragstellers daran, zur Erreichung des begehrten Rechtsschutzes ein Gericht in Anspruch zu nehmen. Diese Fallgestaltung liegt nach Meinung des Senats vor, weil die Antragstellerin ein berechtigtes Interesse daran hat, mehr als ein Jahr nach der Trennung bestimmte Gegenstände herauszuerhalten. Im Rahmen der Bewilligung der Prozesskostenhilfe kommt es dabei nicht darauf an, ob sich bestimmte Gegenstände noch beim Antragsgegner befinden, weil dies offen ist, und ob er bereit ist, sie herauszugeben, weil die Antragstellerin angesichts der bestehenden Differenzen ein Titulierungsinteresse hat.

### — Anmerkung

#### Der unbekannt § 620 Nr. 8 ZPO

Sowohl unter Anwälten als auch unter Richtern ist der § 620 Nr. 8 ZPO relativ unbekannt. Er eröffnet die Möglichkeit, im Rahmen des anhängigen Ehescheidungsverfahrens den Erlass einer einstweiligen Anordnung auf Herausgabe persönlicher Gegenstände des Ehegatten aber auch der Kinder zu beantragen. Wird ein solcher Antrag gestellt und gleichzeitig beantragt, auch für diese Folgesache Prozesskostenhilfe zu bewilligen, kann man schon mal einen Beschluss erhalten, der die begehrte Prozesskostenhilfe verweigert mit der Begründung, man wolle dem Gericht doch nicht weismachen, die Oberbekleidung der Ehefrau sei als Hausrat benützt worden und wegen der persönlichen Sachen möge man sich an das Zivil-

gericht wenden, schließlich sei das Familiengericht hierfür nicht zuständig.

Diese Hürde kann noch relativ einfach genommen werden mit dem Hinweis, dass es sich bei dem Antrag eben nicht um einen nach § 620 Nr. 7 ZPO handelt, sondern um einen solchen der Nr. 8 ZPO.

Damit hat man aber auch nur einen Teilsieg errungen, denn eine einstweilige Anordnung erfordert grundsätzlich Eilbedürftigkeit. Auf die Beschwerde hin erfährt man dann, auch für einen Antrag nach § 620 Nr. 8 ZPO sei Prozesskostenhilfe zu versagen, weil die erforderliche Eilbedürftigkeit nicht dargetan sei.

Ohne ein Wort über die Frage des Zeitpunkts der Antragstellung zu verlieren, hat nun das OLG Nürnberg klargestellt, dass das Regelungsbedürfnis gem. § 620 Nr. 8 ZPO gleichzusetzen sei mit dem Rechtsschutzbedürfnis. Dieses bestehe jedenfalls dann, wenn behauptet wird, es handelt sich um persönliche Gegenstände, die im Besitz des anderen Ehegatten stünden, der die Herausgabe verweigert. Im Rahmen der Prozesskostenhilfe sei auch nicht zu prüfen, ob der Einwand des anderen Ehegatten zutreffe, diese Gegenstände existierten gar nicht (mehr) oder seien zumindest nicht bei ihm anzutreffen.

Mit dieser Entscheidung hat das OLG der Tatsache Rechnung getragen, dass der Gesetzgeber prinzipiell die Möglichkeit geschaffen hat, im Rahmen des Verbundes die Herausgabe mittels einer einstweiligen Anordnung zu verlangen. Der Legislative wird dabei bewusst gewesen sein, dass das Scheidungsverfahren in den allermeisten Fällen kurz vor Ablauf des Trennungsjahres, oft auch erst danach eingeleitet wird. Unter diesen Umständen dürfte es schwer fallen überhaupt Eilbedürftigkeit darlegen zu können. Es ist einfach von Haus aus wenig glaubhaft, die Herausgabe von Sommerreifen als eilig darzustellen, wenn der erste Schnee fällt, oder von Skiern, wenn die Kirschbäume blühen. In solchen Fällen muss also ohnehin dergestalt argumentiert werden, dass der Gesetzgeber eine gewisse Zeitspanne einkalkuliert hat.

Hinzu kommen folgende Überlegungen. Gerade bei Mandanten, deren Scheidungsverfahren über Prozesskostenhilfe finanziert wird, handelt es sich meist um Gegenstände, deren Wert unterhalb von 750 EUR liegt. Verweist man nun derartige Herausgabeverlangen auf den Zivilgerichtsweg, müssten einem Klageverfahren ein Schlichtungsverfahren vorgeschaltet werden. Die Unsinnigkeit eines derartigen Verfahrens dürfte jedem klar sein, der die Parteien darüber streiten sieht, ob nun ein nicht als Hausrat genutzter persönlicher Gegenstand herausgegeben wird oder nicht.

Bei persönlichen Gegenständen von Kindern tritt ein weiteres Problem auf. Verlangt das Kind ein bestimmtes Spielzeug heraus und der andere Elternteil verweigert dies, stellt sich die Frage, ob der betreuende Elternteil dann befugt ist, Klage einzureichen. Die Prozessstandschaft gem. § 1629 Abs. 3 S. 1 BGB regelt nur Unterhaltsfragen, nicht die Herausgabe von ferngesteuerten Autos.

Auch aus Kostengründen ist die Einbeziehung in den Verbund – zumindest für den Mandanten, weniger für die Anwaltschaft – günstiger, denn die anfallenden Rechtsanwaltsgebühren sind im Verbund nicht so hoch wie im einzelnen Klageverfahren.

Der Beschl. des OLG Nürnberg ist daher begrüßenswert.

*Stefanie Haizmann*, Rechtsanwältin und Fachanwältin für Familienrecht, Regensburg

## Rechtsprechung kompakt

— *Gabriele Göhler-Schlicht*, Vorsitzende Richterin am OLG Köln

### A. Familienrecht

#### Ehegattenunterhalt

1. Grundsätzlich kann es dem Unterhaltspflichtigen nicht vorgeworfen werden, dass er **sich selbständig macht** und aus dieser Tätigkeit nicht von Anfang an ein ausreichendes Einkommen erzielt, um seiner Unterhaltspflicht nachzukommen. Bei der Berufswahl sind der Gesichtspunkt der Verpflichtung zur Eigenbedarfsdeckung und das Recht zur freien Berufswahl gegeneinander abzuwägen. Steht aber fest, dass das Einkommen aus der gewählten Tätigkeit nachhaltig nicht ausreichen wird, muss das Recht der freien Berufswahl zurücktreten. In diesem Fall ist der Unterhaltsschuldner gehalten, im Rahmen seiner Möglichkeiten eine nachhaltig bedarfsdeckende Tätigkeit auszuüben. Er muss angemessen untersuchen, ob die gewählte Tätigkeit für die Zukunft Gewinne erwarten lässt, ob also das Risiko, sich selbständig zu machen, kalkulierbar ist. Kommt er mit nachvollziehbarer Begründung zu diesem Schluss, so ist ihm eine gewisse Orientierungsphase zuzubilligen (OLG Köln FamRZ 2005, 215 [LSe]).

2. Auf das Arbeitseinkommen sind nur solche **Abfindungen** anzurechnen, die u.a. im Rahmen einer Einzelmaßnahme des Arbeitgebers anlässlich der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gezahlt worden sind, soweit sie dem Ausgleich für den Verlust des Arbeitsplatzes dienen und somit den sozialen Besitzstand wahren sollen. Findet der Unterhaltsschuldner sofort nach Beendigung der bisherigen Arbeit oder jedenfalls zu einem Zeitpunkt, in dem der prognostizierte Zeitraum, auf den die Abfindung aufgeteilt ist, noch nicht abgelaufen ist, eine neue Arbeitsstelle, ist der nicht verbrauchte Teil unterhaltsrechtlich wie sonstiges Vermögen zu behandeln (OLG Köln FamRZ 2005, 211 [LSe]).

3. **Kosten für Umgangskontakte** mit den Kindern kann der Unterhaltspflichtige nur dann von seinem Einkommen abziehen, wenn diese höher sind als das nicht auf den Kindesunterhalt anzurechnende Kindergeld. Soweit das Kindergeld auf den Kindesunterhalt gem. § 1612b Abs. 5 BGB ange-

rechnet wird, steht es ihm hingegen zur Deckung der Umgangskosten zur Verfügung (OLG Frankfurt/M. FPR 2004, 398 – nicht rechtskräftig).

4. Die Behandlung **überobligatorischer Einkünfte** ist unverändert streitig und zweifelhaft. Der BGH hat sich insoweit wohl für die **Abzugsmethode** ausgesprochen (BGH FamRZ 2003, 518 m. Anm. *Büttner* = FPR 2003, 241 m. Anm. *Graba*, unter Hinweis auf BGH FamRZ 2002, 23 = NJW 2002, 217). Wenn man mit dem BGH die Abzugsmethode bei überobligatorischer Arbeit anwendet, muss dem Berechtigten aber mehr als aus zumutbarer Arbeit verbleiben (OLG Köln FamRZ 2004, 377). Das ist zum Beispiel dadurch zu erreichen, dass nur  $\frac{1}{3}$  oder  $\frac{1}{4}$  der Einkünfte entsprechend § 1577 Abs. 2 BGB angerechnet wird (so auch OLG Karlsruhe NJW 2004, 859; OLG Hamm FamRZ 2004, 1108, 376 m. krit. Anm. *Kofler*, FamRZ 2004, 808).

5. Hingegen hat der BGH die Frage, ob **fiktives Einkommen** eines während der Ehe ertraglos erwerbstätigen Ehegatten nach der **Differenz- oder Anrechnungsmethode** zu behandeln ist, in zwei jüngeren Entscheidungen vom 6.10.2004 offen gelassen, aber eine Tendenz zur Differenzmethode anklingen lassen. Es handelte sich um fiktive Mieteinnahmen, die – hätte die Ehefrau sie erzielt – auch bereits zu Ehezeiten eingenommen worden wären (FamRZ 2005, 23 und 25).

6. Ein **Ehevertrag**, in dem ein Zahnarzt und eine Rechtsanwaltsgehilfin – beide Mitte 40 – Gütertrennung, Ausschluss des Versorgungsausgleichs und des nachehelichen Unterhalts vereinbart, jedoch eine Unterhaltsabfindung und die Übernahme von Beiträgen zur gesetzlichen Rentenversicherung vorgesehen haben, hält einer Inhalts- und Ausübungskontrolle stand, weil die Parteien bei Abschluss des Vertrages in einem Alter waren, in dem mit Kindern nicht mehr zu rechnen gewesen war und auch normalerweise ein wesentlicher Teil der Altersversorgung bereits aufgebaut ist (BGH, Urt. v. 12.1.2005 – XII ZR 238/03, Pressemitteilung 6/2005 v. 14.1.2005). Das **OLG Düsseldorf** hat einen Ehevertrag zwischen einem Multimillionär und einer Ärztin, der das Ende der Unterhaltsverpflichtung auf den Tag der Vollendung des