

gegen eine bindende familiengerichtliche Regelung – auf dem Wege des § 33 FGG zu erzwingen, eine Schadensersatzpflicht nicht verzichtbar erscheinen. Das folgt nicht erst aus praktischen Schwierigkeiten, wegen des Umgangsrechts zu vollstrecken, zumal § 33 Abs. 2 S. 2 FGG n. F. eine gewaltsame Kindesherausgabe ohnehin verbietet; es ergibt sich bereits aus dem ganz unterschiedlichen Zweck dieser beiden rechtlichen Möglichkeiten: Die Zwangsmittel des § 33 FGG wollen die Wahrnehmung des Umgangsrechts ermöglichen; die Schadensersatzpflicht kompensiert die finanziellen Nachteile, die sich ergeben können, wenn der Umgang in der vorgesehenen Art und Weise nicht ermöglicht wird.

3. Das angefochtene Urteil kann danach keinen Bestand haben. Bei Anlegung der dargestellten Maßstäbe hat die Bekl mit ihrer Weigerung, die vom Familiengericht festgelegte Umgangsregelung einzuhalten, gegenüber dem Kl eine Pflichtverletzung begangen. Die – in den Gründen der angefochtenen Entscheidung angeführte – Überzeugung der Bekl, die in der familiengerichtlichen Umgangsregelung vorgesehenen Flugreisen des Kindes von und nach B. seien dem Kindeswohl abträglich, vermögen diese Pflichtverletzung weder zu rechtfertigen noch zu entschuldigen. Die spätere, den Besorgnissen der Mutter teilweise Rechnung tragende Entscheidung des OLG ändert an der – nicht nur, wie das OLG meint, „formellen“ – Verbindlichkeit der familiengerichtlichen Entscheidung ebenso wenig wie an dem Gebot, eine vorläufige Änderung dieser Regelung nicht eigenmächtig, sondern nur mit den dafür vorgesehenen Mitteln einstweiligen oder vorläufigen Rechtsschutzes zu erwirken. Auch ein etwaiger Irrtum der Bekl über diese Rechtslage hindert – weil vermeidlich (vgl. etwa BGHZ 118, 201, 208) – die Annahme einer schuldhaften Pflichtverletzung nicht.

4. Der Senat vermag allerdings in der Sache nicht abschließend zu entscheiden. Das OLG hat – von seinem Standpunkt aus folgerichtig – zur Höhe des vom Kl geltend gemachten Schadens und zur Frage eines etwaigen Mitverschuldens des Kl bei der Schadensentstehung keine Feststellungen getroffen. Die Sache war daher an das OLG zurückzuverweisen, damit es die erforderlichen Feststellungen nachholt.

Anm. der Red.: Zur Bindung des zur Gewährung des Umgangs verpflichteten Elternteils an die familiengerichtliche Regelung im Rahmen der Festsetzung eines Zwangsgeldes gegen diesen Elternteil vgl. bereits OLG Brandenburg FamRZ 2001, 36, 37.

Erstattungsfähigkeit von Detektivkosten im Unterhaltsprozess

§ 91 Abs. 1 S. 1 ZPO

OLG Frankfurt/M., Beschl. v. 15. 2. 2000 – 5 WF 147/98 – (AG Gießen)

Detektivkosten der auf Zahlung von Unterhalt in Anspruch genommenen Partei sind erstattungsfähig, wenn sie sich, gemessen an den wirtschaftlichen Verhältnissen der Parteien und an der Bedeutung des Streitgegenstandes, in vernünftigen Grenzen halten und prozessbezogen waren.

Unerheblich ist, ob das Familiengericht sein Urteil auf den in den Prozess eingeführten Ermittlungsbericht der Detektei gestützt hat.

(Leitsätze der Redaktion)

Gründe: Mit Kostenfestsetzungsbeschluss vom 29. 7. 1998 hat die Rechtspflegerin beim AG – Familiengericht – Gießen auf Antrag der Bekl gegen den Kl, der nach dem Urteil des AG – Familiengericht – Gießen vom 13. 5. 1998 die Kosten des Rechtsstreits zu tragen hat, unter anderem als notwendige Auslagen der Bekl die Kosten des Ermittlungsberichtes vom 16. 2. 1998 der DKG Detektiv-... GmbH entsprechend deren Rechnung vom 17. 3. 1998 mit 4.902,68 DM festgesetzt.

Hiergegen wendet sich der Kl mit seiner nach Zustellung des Kostenfestsetzungsbeschlusses am 6. 8. 1998 am 18. 8. 1998 eingelegten Erinnerung, der das AG – Familiengericht – Gießen durch Beschluss vom 10. 9. 1998 nicht abgeholfen hat.

Die alle Form- und Fristenfordernisse während und nach Nichtabhilfe durch das AG als sofortige Beschwerde zu behandelnde Durchgriffserinnerung (§§ 104 ZPO, 11 RpfLG a. F.) hat in der Sache keinen Erfolg.

Zwar sind die von der Bekl als notwendige Auslagen geltend gemachten Detektivkosten im Rahmen der Kostenerstattungspflicht des Kl nach § 91 ZPO nur erstattungsfähig, wenn sie sich, gemessen an den wirtschaftlichen Verhältnissen der Parteien und an der Bedeutung des Streitgegenstandes, in vernünftigen Grenzen halten und prozessbezogen waren (vgl. OLG Frankfurt am Main OLG R 1993, S. 290; Zöller/Herget, ZPO 21. Auflage, Rn. 13 – Detektivkosten – zu § 91). Dies ist jedoch im vorliegenden Fall anzunehmen. Denn der Kl hat gegenüber der Bekl unter dem 13. 10. 1997 eine Unterhaltsklage mit einem monatlichen Unterhaltsbetrag von 2.100 DM erhoben und diese damit begründet, kein eigenes Einkommen zu haben, dann jedoch nach Erwidern der Bekl und erst nach dem frühen ersten Termin zur mündlichen Verhandlung mit Schriftsätzen vom 14. 1. 1998 und 28. 1. 1998 eingeräumt, im Jahr 1997 Einkommen aufgrund einer Arbeitstätigkeit auf der Basis von 42 bzw. 68 Stunden pro Monat bei der ..., deren Inhaberin die Lebensgefährtin des Kl ist, erzielt zu haben.

Wenn die Bekl bereits zuvor mit dem Ziel ihren Vortrag im Schriftsatz vom 16. 12. 1997, der Kl arbeite für die Firma ... untermauern zu wollen, eine Detektei einschaltet, die vom 5. 1. 1998 bis zum 16. 2. 1998 die Anwesenheit des Kl in den Geschäftsräumen der Firma ... ermitteln sollte und ermittelt hat, so ist dies trotz der nicht geringen Kosten dieser Ermittlungstätigkeit von 4.902,68 DM im Hinblick die Höhe der geltend gemachten Unterhaltsforderung des Kl und des dabei dargelegten Nettoeinkommens unabhängig von den Schulden, die monatlich bedient wurden, und seinem bewusst wahrheitswidrigen Vortrag grundsätzlich nicht zu beanstanden, vielmehr ist davon auszugehen, dass bei dieser Sachlage eine vernünftige Partei berechnete Ursache zur Einschaltung der Detektei haben konnte (vgl. OLG Stuttgart, FamRZ 1989, 888). Dies gilt auch hinsichtlich der zur Überprüfung eines Einkommens aufrechterhaltenen Überwachungstätigkeit nach Erhalt der Schriftsätze vom 14. 1. 1998 und 28. 1. 1998.

Der Erstattungsfähigkeit dieser Kosten steht auch nicht der Umstand entgegen, dass letztendlich das Familiengericht sein klagabweisendes Urteil nicht auf den in das Verfahren eingeführten Ermittlungsbericht und die Frage, in welchem Umfang der Kl tatsächlich für die Firma ... tätig ist, gestützt hat. Entscheidend ist lediglich, dass der Ermittlungsauftrag wie vorliegend prozessbezogen war und der Ermittlungsbericht in den Prozess eingeführt worden ist, was durch Vorlage seitens der Bekl mit Schriftsatz vom 2. 3. 1998 geschehen ist (vgl. Zöller a.a.O., HansOLG Hamburg JurBüro 1991, 1105).

Die Bekl kann auch nicht darauf verwiesen werden, dass ihr anderweitige, auch prozessual verwertbare Beweismittel zur Verfügung gestanden hätten (vgl. OLG Frankfurt am Main a.a.O.). Denn insoweit wäre lediglich eine Benennung der

Lebensgefährtin des Kl, der Frau ... als Zeugin oder eine Parteivernehmung des Kl durch das Gericht auf eventuelle Anregung der Bekl in Frage gekommen, was von der Bekl jedoch im Hinblick auf die Unzuverlässigkeit dieser Beweismittel nicht vorrangig zu verlangen war. Der Kl hatte im Rahmen des einstweiligen Anordnungsverfahrens wegen Zahlung eines Prozesskostenvorschusses seitens der Bekl mit Schriftsatz vom 9. 12. 1997 sein Vorbringen, er sei einkommenslos, wiederholt und diesem Schriftsatz eine eidesstattliche Versicherung beigelegt. Bei der Lebensgefährtin handelte es sich nicht um einen „neutralen“ Arbeitgeber, diese stand vielmehr in der Sphäre des Kl und es war der Bekl auch nicht bekannt, was diese zu der Berufstätigkeit des Kl und ihrem Umfang sagen würde, es war ihr zuzubilligen, sich insoweit zunächst Informationen zu beschaffen. Auch der Umstand, dass der Kl für den Umfang seiner Bedürftigkeit und mithin für den Umfang seines Einkommens beweis- und darlegungsbelastet ist, spricht nicht dagegen, dass die Bekl die vorherige Einschaltung einer Detektei für sinnvoll halten durfte, da es ihr nicht zu verwehren ist, im Vorfeld, insbesondere nachdem der Kl einen wahrheitswidrigen Vortrag erst mit Schriftsatz vom 14. 1. 1998 zumindest zum Teil richtig gestellt hat, gegenbeweislich nachweisbare Fakten über die Einschaltung einer Detektei zu sammeln. Nach alledem ist die Festsetzung der Kosten für die Einschaltung der Detektei, die sich im Übrigen im Hinblick auf die erforderliche Observationszeit im angemessenen Rahmen halten, als notwendige Auslagen der Bekl nicht zu beanstanden und die hiergegen gerichtete Beschwerde des Kl als unbegründet zurückzuweisen.

Mitgeteilt von Rechtsanwalt und Notar und
Fachanwalt für Familienrecht *Rudolf Haibach*, Gießen

■ **Anmerkung:** Die Entscheidung befasst sich mit der wichtigen Frage, inwieweit Detektivkosten im Unterhaltsprozess nach § 91 ZPO im Rahmen des Kostenfestsetzungsverfahrens erstattungsfähig sind. Gerade in Unterhaltsverfahren haben die Parteien häufig die Schwierigkeit, ihren Sachvortrag schlüssig darzulegen und zu beweisen. Zu denken ist an den Fall, dass der in Anspruch genommene Unterhaltsverpflichtete weniger Einkommen angibt, als er in Wahrheit zur Verfügung hat. Möglich ist auch eine eheähnliche Lebensgemeinschaft des (der) Unterhaltsberechtigten, die aber nur schwer nachzuweisen ist. Der dann nahe liegende Gedanke, einen Detektiv einzuschalten, hat üblicherweise erhebliche finanzielle Konsequenzen, weil Detektivbüros nicht gerade billig arbeiten.

Im vorliegenden Fall hatte der Kl versucht, von seiner Ehefrau Prozesskostenvorschuss und Unterhalt in Höhe von monatlich 2.100 DM zu erhalten, weil er angeblich einkommenslos sei.

Die Ehefrau, die Unterhalt nicht zahlen wollte, schaltete einen Detektiv ein, als behauptet wurde, der Ehemann sei ausgerechnet in einem Geschäft der Lebensgefährtin des Kl beschäftigt und verdiene so gut wie nichts. Dieser Fall ist nicht so selten, dass sich einer der Beteiligten künstlich „arm“ rechnet.

Das OLG Frankfurt hat in diesem Fall, die Detektivkosten in Höhe von 5.000 DM als erstattungsfähig angesehen, ohne allerdings den Ermittlungsbericht der Detektei zur Grundlage seiner Entscheidung gemacht zu haben.

Der Entscheidung ist uneingeschränkt zuzustimmen. Entscheidend ist, dass die Einschaltung des Detektivs prozessbezogen ist. Die Beeinflussung des Prozessausgangs ist nur Indiz für die Notwendigkeit (vgl. OLG Schleswig, JurBüro 1978, 435). Wichtig ist, dass der Detektivbericht in das Verfahren eingeführt worden ist. Wenn dies nicht der Fall ist, kann eine Erstattung nicht in Betracht kommen (vgl. OLG München MDR 70, 429 und *Zöller/Herget*, 22. Aufl. 2001, Rn. 13, Begriff Detektivkosten).

In diesem Zusammenhang sind zwei weitere neue Entscheidungen des OLG Zweibrücken und des OLG Koblenz zu erwähnen:

Nach OLG Zweibrücken 2002, 131 sind Detektivkosten im Unterhaltsprozess – grundsätzlich – zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendige Aufwendungen, wenn der Unterhaltsberechtigte/Unterhaltsverpflichtete Arbeitseinkommen verschweigt, ein Detektiv seine Arbeitsstätte ermittelt und die von dem Detektiv getroffenen Feststellungen die prozessuale Stellung des Unterhaltspflichtigen/Unterhaltsberechtigten vorteilhaft verändert haben.

Die Kosten sind aber nur insoweit erstattungsfähig, als sie notwendige Kosten im Sinne von § 91 Abs. 1 S. 1 ZPO sind, d. h. die Ermittlungen müssen sich auf das notwendige Maß beziehen. Zur Glaubhaftmachung der Notwendigkeit der Kosten ist in aller Regel die Vorlage eines Berichts über die einzelnen Ermittlungshandlungen und einer nach diesen Handlungen aufgeschlüsselten Kostenberechnung der Detektei erforderlich.

Das OLG Koblenz – 11 WF 70/02 – hat im Beschl. v. 9. 4. 2002 die Festsetzung von Detektivkosten in Höhe von 13.341,74 DM zu Gunsten des auf Zahlung von nachehelichem Unterhalt verklagten geschiedenen Ehemannes bestätigt, der bezüglich seiner Behauptung, seine geschiedene Ehefrau lebe in gefestigter nichtehelicher Lebensgemeinschaft mit einem neuen Partner, nach Ausschöpfen der übrigen zur Verfügung stehenden Beweismittel in Beweisnot geraten war und zur Klärung seines Verdachts ein Detektivbüro beauftragt hatte.

Insbesondere die letzte Entscheidung des OLG Koblenz, die die Festsetzung von Detektivkosten in Höhe von 13.341,74 DM bestätigt hat, ist für die Praxis von erheblicher Bedeutung.

Durch die Einführung eines weiteren Kriteriums bei der Feststellung einer so genannten distanzierten Lebensgemeinschaft ist der Nachweis eines länger dauernden eheähnlichen Verhältnisses häufig nur durch einen Detektiv zu führen. Gerade der Fall des OLG Koblenz (NJW-RR 2000, 1097 = FamRZ 2000, 1372) und die Revisionsentscheidung des BGH vom 24. 10. 2001 (FF 2002/21 m. Anm. *Schnitzler* = NJW 2002/217) sowie die Entscheidung des BHG vom 20. 3. 2002 (FF 2002/100 m. Anm. *Bosch*) zeigen, wie schwierig die Ermittlung des tatsächlichen Sachverhaltes in vielen Fällen ist. Hier wird man notgedrungen auf einen Detektiv zurückgreifen müssen. Insofern ist wichtig, dass deutlich wird, dass dann auch die Möglichkeit der Kostenfestsetzung für die nicht unerheblichen Kosten besteht (vgl. im Übrigen *Zöller/Herget*, 22. Aufl. 2001, a.a.O.).

Wichtig ist, dass im Zuge des Verfahrens die Ermittlungsberichte und Rechnungen die Notwendigkeit und Höhe der Aufwendungen nachweisen. Insofern ist dann auch eine so hohe Rechnung wie in der Entscheidung des OLG Koblenz vom 9. 4. 2002 in Höhe von immerhin 13.341 DM zu erstatten (vgl. im Übrigen OLG Karlsruhe, FamRZ 1999, 174, OLG Stuttgart, FamRZ 1989/888 und OLG Schleswig, JurBüro 1992, 471 – Verschweigen von Einkommen im Unterhaltsprozess).

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Familienrecht
Klaus Schnitzler, Euskirchen

Zur Abänderbarkeit von Unterhalts-Urteilen aufgrund der geänderten Rechtsprechung des BGH zur Berechnung des nachehelichen Ehegattenunterhalts

§ 323 Abs. 1 ZPO

OLG Hamm, Urt. v. 19. 2. 2002 – 2 UF 337/00 –
(AG Tecklenburg)