

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)

Die Änderung der Rechtsprechung des BGH zur Anwendung der Differenz- statt der Anrechnungsmethode gemäß Urteil vom 13. 6. 2001 stellt allein bezüglich der Abänderung von Urteilen keinen zulässigen Abänderungsgrund im Sinne von § 323 Abs. 1 ZPO dar.
(Leitsatz der Redaktion)

Entscheidungsgründe: Berufung und Anschlussberufung haben keinen Erfolg.

Die Rechtsmittel der Parteien sind zwar zulässig, im Ergebnis aber nicht begründet.

1. Berufung des Kl: ...

2. Die Anschlussberufung der Bekl, mit der sie im Wege einer Abänderungswiderklage die Heraufsetzung des nachehelichen Unterhalts ab dem 1. 11. 2001 auf monatlich 1.631,81 DM einschließlich 233,45 DM als Altersvorsorgeunterhalt begehrt, ist ebenfalls nicht begründet. Die mit der Anschlussberufung verfolgte Abänderungswiderklage ist unzulässig. Denn die Bekl stützt ihr Abänderungsbegehren allein auf die Änderung der Rechtsprechung des BGH zur Anwendung der Differenzmethode statt der Anrechnungsmethode bei der Berechnung des nachehelichen Unterhalts (BGH in FamRZ 2001, S. 986 ff.*).

Dabei handelt es sich nicht um einen zulässigen Abänderungsgrund im Sinne von § 323 Abs. 1 ZPO. Danach kann eine Abänderung des Urteils verlangt werden, wenn sich diejenigen Verhältnisse nachträglich geändert haben, die für die Verurteilung zur Entrichtung der Leistungen, für die Bestimmung der Höhe der Leistungen oder der Dauer ihrer Entrichtung maßgebend waren. Ob darunter nur Änderungen tatsächlicher Art, wie z. B. eine Änderung der Einkommensverhältnisse, oder auch die Änderung der bislang gefestigten obergerichtlichen Rechtsprechung, insbesondere der ständigen Rechtsprechung des BGH zur Berechnungsmethode fallen, ist in Rechtsprechung und Literatur sehr umstritten. Die wohl überwiegende Meinung sieht eine Rechtsprechungsänderung allein nicht als zulässigen Abänderungsgrund im Sinne von § 323 Abs. 1 ZPO an, da es sich nicht um eine Änderung der tatsächlichen Grundlagen des abzuändernden Urteils, sondern lediglich um eine mögliche Änderung der rechtlichen Beurteilung der in tatsächlicher Hinsicht unveränderten Verhältnisse handele (vgl. zum Streitstand BGH in FamRZ 2001, 1687 ff., 1689 mit zahlreichen weiteren Nachweisen**); *Wendl/Staudigl-Thalmann*, Unterhaltsrecht, 5. Aufl., § 8 Rn. 158c; *Büttner*, NJW 2001, 3244 ff., 3246).

Teile der Literatur wollen dagegen – insbesondere im Lichte der wirklich grundlegenden Änderung der BGH-Rechtsprechung im Urteil vom 13. 6. 2001 (FamRZ 2001, 986 ff.*) – auch bei Urteilen die Rechtsprechungsänderung als alleinigen Abänderungsgrund ausreichen lassen (*Gottwald* in FamRZ 2001, 1691f.; *Scholz* in FamRZ 2001, 1061 ff., 1064; *Luthin* in FamRZ 2001, 1065 jeweils m. w. N.).

Zur Begründung wird angeführt, dass die Änderung der Rechtsprechung des BGH derart gravierende Folgen aufwerfe, dass diese einer Gesetzesänderung oder einer Entscheidung des BVerfG praktisch gleichkomme.

In der BGH-Rechtsprechung ist diese Frage bislang offen gelassen (BGH FamRZ 1990, 1091, 1094 und 3020, 3022). Im zuletzt genannten Urteil wird lediglich eine Änderung der Rechtsprechung aufgrund eines Urteils des BVerfG als ausreichend angesehen, da dieser Rechtsprechung Gesetzesrang zukomme. Eine neuere BGH-Entscheidung zu diesem Problem nach Erlass des Urteils vom 13. 6. 2001 ist bislang bezüglich der Abänderung von Urteilen, anders als bei Vergleichen, – soweit ersichtlich – nicht ergangen. BGH FamRZ 2001, 1687 ff.** hat diese Frage ausdrücklich offen gelassen.

Der Senat schließt sich der erstgenannten Ansicht an, da nicht jede Änderung der Rechtsprechung derart weit reichende Konsequenzen hat und anderenfalls zwischen einfachen und grundlegenden Änderungen der Rechtsprechung nicht ausreichend unterschieden werden kann. Der Schutz der Rechtskraft gegen leichtfertige Durchbrechung verdient insoweit den Vorrang. Auch ist die angewandte Berechnungsmethode letztlich lediglich als rechtliche Bewertung der gegebenen Tatsachen anzusehen und kann bei Urteilen – anders als bei Vergleichen – nicht selbst zur Tatsachengrundlage werden. Schließlich besteht auch ein qualitativer Unterschied zwischen einer bloßen Rechtsprechungsänderung und einer vom Gesetzgeber beabsichtigten Rechtsänderung, dem Rechnung zu tragen ist.

Andere Abänderungsgründe werden von der Bekl nicht vorgebracht.

Der Senat hat erwogen, wegen der Frage der Zulässigkeit der Abänderungswiderklage die Revision zuzulassen. Davon wurde jedoch abgesehen, da die Bekl bereits mitgeteilt hat, sie werde voraussichtlich nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung zum 31. 12. 2001 arbeitslos werden. Es wird deshalb ohnehin in Kürze eine Neuberechnung des nachehelichen Unterhalts wegen veränderten Einkommens erforderlich werden, zumal auch die Abfindung des Kl in absehbarer Zeit verbraucht sein wird. Deshalb kommt dieser Frage vorliegend keine grundsätzliche Bedeutung i. S. v. § 546 Abs. 1 Nr. 1 ZPO zu, da es nur um einen kurzen Übergangszeitraum von wenigen Monaten geht.

3. ...

Anm. der Red.: Das Urteil des OLG Hamm konnte noch nicht den Beschluss des BVerfG vom 5. 2. 2002 zur Gleichwertigkeit von Familien- und Erwerbsarbeit bei der Bemessung nachehelichen Unterhalts (FF 2002, 63 <LS> = FamRZ 2002, 527 = NJW 2002, 1185) berücksichtigen.

Das OLG Düsseldorf – 1 UF 2/02 – hat zwischenzeitlich mit Urteil vom 7. 5. 2002 entschieden, dass allein aufgrund der gemäß Urteil vom 13. 6. 2001 geänderten Rechtsprechung des BGH, jedenfalls aufgrund der Rechtsprechung des BVerfG gemäß Beschluss vom 5. 2. 2002 die Abänderungsklage (auch) bei Unterhalts-Urteilen *zulässig* ist. Die durch das OLG zugelassene Revision ist eingelegt worden (BGH XII ZR 120/02).

Gerichtliche Umgangsregelung bei außergerichtlicher Vereinbarung der Eltern über das – nicht regelmäßig wahrgenommene – Umgangsrecht des Vaters

§ 1684 BGB, § 33 FGG

OLG Köln, Beschl. v. 12. 12. 2001 - 26 WF 193/01 – (AG Eschweiler)

- 1. Das Kind hat einen eigenen Anspruch auf ein gerichtlich durchsetzbares Umgangsrecht mit dem gleichgültigen Elternteil.**
- 2. Dieser Anspruch kann von dem betreuenden Elternteil geltend gemacht werden.**
- 3. Wegen der Möglichkeit der Vollstreckung ist das Rechtsschutzbedürfnis für eine von dem betreuenden Elternteil beantragte (= angeregte) gerichtliche Umgangsregelung auch dann gegeben, wenn die Eltern sich außergerichtlich über ein praktikables Umgangs-**

* = FF 2001, 135 = FuR 2001, 306 = NJW 2001, 2254 = MDR 2001, 991.

** = FF 2001, 206.