

weggenommener Altersunterhalt verstanden werden kann). Aus diesem Grund werden die während der Ehezeit erworbenen Versorgungsanwartschaften gem. dem ursprünglichen gemeinsamen Zweck der beiderseitigen Alterssicherung aufgeteilt. Daher fehlt für den Versorgungsausgleich die eigentlich rechtfertigende Grundlage, solange die eheliche Lebensgemeinschaft durch Trennung der Eheleute aufgehoben ist (vgl. etwa BGHZ 74, 38, 47 und 83; BGHZ 75, 241, 269 ff.; Senatsbeschl. v. 12.11.1980 – IVb ZB 503/80 – FamRZ 1981, 130, 131; v. 9.12.1981 – IVb ZB 569/80 – FamRZ 1982, 475, 477; v. 13.10.1982 – IVb ZB 648/80 – FamRZ 1983, 36, 38; v. 15.2.1984 – IVb ZB 577/80 – FamRZ 1984, 467, 469 f.; v. 12.12.1984 – IVb ZB 928/80 – FamRZ 1985, 280, 281 und v. 28.10.1992 – XII ZB 42/91 – FamRZ 1993, 302, 303 [in dieser Entscheidung erstmals ausdrücklich für Trennungszeiten nach dem 1.7.1977]). Zwar ist der Versorgungsausgleich nach der gesetzlichen Regelung nicht auf die Zeit der ehelichen Lebensgemeinschaft beschränkt, sondern grundsätzlich für die gesamte Ehezeit vorgeschrieben (§ 1587 BGB). Dies beruht jedoch in erster Linie auf Zweckmäßigkeitserwägungen. Insbesondere sollte dem Ausgleichsverpflichteten die Möglichkeit genommen werden, den Ausgleichsanspruch durch Trennung von dem Ehegatten zu manipulieren (vgl. BGHZ 75, a.a.O., 269; BT-Drucks 7/4361, 36). Nach dem Grundgedanken des Versorgungsausgleichs als beiderseitiger Alterssicherung kann daher eine lange Trennungszeit mit einer wirtschaftlichen Verselbstständigung von – wie hier – 11 1/2 Jahren schon für sich genommen den (teilweisen) Ausschluss des Versorgungsausgleichs nach § 1587c Nr. 1 BGB rechtfertigen (vgl. bereits BGHZ 75, a.a.O., 271 und die Senatsbeschl. v. 12.12.1984, a.a.O., 282 und v. 28.10.1992, a.a.O., 303). Entgegen der Auffassung des OLG ist insoweit mangels anderweitiger Feststellungen auf die von den Parteien übereinstimmend angegebene Trennung im Jahre 1988, verbunden mit der wirtschaftlichen Verselbstständigung, die auch nach den Feststellungen des OLG unstreitig im Jahr 1988 erfolgte, abzustellen, da nach der wirtschaftlichen Trennung der Parteien keine ehebedingten Auswirkungen auf die Versorgungssituation mehr eintreten konnten. Ob die lange Trennungszeit von 11 1/2 Jahren bei einer Ehezeit von 34 Jahren für sich alleine den beantragten Ausschluss des Versorgungsausgleichs rechtfertigen würde, braucht indessen hier nicht abschließend entschieden zu werden. Als weiterer Umstand ist vorliegend nämlich zu berücksichtigen, dass es sich auf Grund des Altersunterschiedes der Parteien um eine so genannte „phasenverschobene Ehe“ handelt. Der ASt bezieht bereits seit September 1988 – und damit seit Trennung der Parteien – Rente. Mit Beginn des Rentenbezuges konnte er keine Versorgungsanwartschaften für die eheliche Lebensgemeinschaft mehr erwerben. Der ausgleichspflichtige Überschuss, den die AGg bei ihren Versorgungsanrechten erzielt hat, beruht also nicht auf einer höheren wirtschaftlichen Leistung der AGg während der Ehezeit, sondern auf der Tatsache, dass der ASt seit September 1988 wegen seiner Erwerbsunfähigkeit und seit April 1990 auf Grund seines Alters – und damit nicht ehebedingt – keine Versorgungsanwartschaften mehr erworben hat. Müsste die AGg formal auch die von ihr nach der Trennung 1988 bis zum Ende der Ehezeit erworbenen Versorgungsanrechte ausgleichen, würde dies im Zusammenhang mit der langen Trennungszeit jedenfalls zu einer groben Unbilligkeit i.S.v. § 1587c Nr. 1 BGB führen (so auch OLG Köln FamRZ 1988, 849). Der Versorgungsausgleich ist daher teilweise, nämlich für die Zeit ab 1.9.1988, auszuschließen.

Entgegen der Auffassung der AGg kommt dagegen ein vollständiger Ausschluss des Versorgungsausgleichs, den sie auf die steuerliche Ungleichbehandlung von Pensionen und gesetzlichen Renten sowie auf ein mietfreies Wohnen des ASt

im gemeinsamen Anwesen in Frankreich ab 1988 stützt, bei der gebotenen Gesamtabwägung nicht in Betracht. Anhaltspunkte dafür, dass durch den Ausgleich, der auf die Zeit bis zur Trennung beschränkt bleibt, ein grob unbilliges wirtschaftliches Ungleichgewicht zu Lasten der AGg eintreten könnte, sind weder festgestellt noch ersichtlich.

C. Der Senat ist nicht in der Lage, auf Grund der Feststellungen des OLG in der Sache selbst abschließend zu entscheiden. Die Ehefrau hat in der Zwischenzeit das 65. Lebensjahr vollendet, so dass für die Durchführung des Versorgungsausgleichs insoweit nicht mehr die Versorgungsanwartschaften der Ehefrau, sondern die tatsächlich gezahlte Versorgung maßgebend ist. Die Sache war daher an das OLG zurückzuverweisen, damit der (teilweise) Ausschluss des Versorgungsausgleichs auf der Grundlage neuer Auskünfte für die Ehefrau durchgeführt werden kann.

Gesteigerte Erwerbsobliegenheit bei Kindesunterhalt

§ 1603 Abs. 2 BGB

OLG Nürnberg, Beschl. v. 10.11.2003 – 10 WF 3523/03 –

Auch wenn der einem minderjährigen Kind aus erster Ehe gegenüber erweitert Unterhaltspflichtige aus einer neuen Ehe ein Kleinkind hat und seine zweite dieses Kind betreuende Ehefrau seine häufigere Präsenz in der Familie einfordert, verbietet sich ein mit deutlichen Lohneinbußen verbundener Wechsel vom Fernverkehr in den Nahverkehr, wenn dadurch der Regelbedarf der Kinder nicht mehr zu decken ist.

Gründe: I. Der ASt begehrt Prozesskostenhilfe für die Abänderung des bestehenden Titels über Kindesunterhalt i.H.v. 135 % des jeweiligen Regelbetrags, weil er in dieser Höhe nicht mehr leistungsfähig sei, da er aus familiären Gründen nicht mehr im Fern-, sondern im Nahverkehr tätig sei und deswegen nur mehr monatlich ca. 1.550 EUR verdiene. Er sei ferner der zweiten Ehefrau und den Kindern ..., geb. 3.1.1999 und ..., geb. 15.2.2002, zum Unterhalt verpflichtet. Vom Fernverkehr sei er im Januar 2003 in den Nahverkehr gewechselt, da die Ehefrau dies im Hinblick auf ihre Ehe und die Betreuung der beiden Kinder gefordert habe. Auch hätten gesundheitliche Probleme den Wechsel gefordert. Der ASt beantragt ferner die teilweise Einstellung der Zwangsvollstreckung.

Mit Beschl. v. 7.10.2003 hat das AG Prozesskostenhilfe für das Abänderungsbegehren versagt und den Antrag auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung zurückgewiesen. Das AG hält den ASt weiterhin an seinem Verdienst aus dem Fernverkehr fest. Der ASt und seine nunmehrige Ehefrau hätten sowohl bei der Heirat als auch bei der Zeugung der nunmehrigen Kinder die Unterhaltspflicht gegenüber einem weiteren Kind gekannt. Gem. § 1603 Abs. 2 S. 1 BGB müsse der ASt alle ihm zur Verfügung stehenden Möglichkeiten ausschöpfen, um das Existenzminimum des AGg sicherzustellen. Soweit er meine, nicht mehr im Fernverkehr arbeiten zu wollen, sei er überdies zur Nebentätigkeit verpflichtet.

Gegen diese Entscheidung richtet sich das Rechtsmittel des ASt, mit welchem dieser seine Anträge weiterverfolgt. Er verweist darauf, dass er im Nahverkehr nach längerer Suche eine gut dotierte Arbeitsstelle gefunden habe und ihm die Aufnahme einer Nebenerwerbstätigkeit durch den Arbeitgeber sei.

II. Der gem. §§ 127 Abs. 2, 769, 793 ZPO zulässige Rechtsmittel ist in der Sache nicht begründet.

Das AG hält den ASt zu Recht infolge seiner gesteigerten Erwerbspflicht i.S.d. § 1603 Abs. 2 BGB an seinem früher

im Fernverkehr erzielten Einkommen fest. Die gesteigerte Erwerbspflicht gegenüber minderjährigen Kindern gem. § 1603 Abs. 2 S. 1 BGB schränkt das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit und der freien Berufswahl ein (vgl. BGH FamRZ 1981, 341, 344). In seiner Entscheidung v. 9.7.2003 (FamRZ 2003, 1471, 1473) hat der BGH betont, dass auf die Mittel abzustellen sei, die der Unterhaltspflichtige bei gutem Willen durch zumutbare Erwerbstätigkeit erzielen könne. Das BVerfG hat in einer Entscheidung v. 5.3.2003 (FamRZ 2003, 661) zur Frage des fiktiven Ansatzes von Einkünften aus Nebentätigkeit dargelegt, dass der Unterhaltsverpflichtete durch die Auferlegung von Unterhaltsleistungen zwar in seiner durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützten Handlungsfreiheit eingeschränkt sei, jedoch nur im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung, soweit dies mit Art. 6 Abs. 1 GG im Einklang stehe. Dabei dürften durch den Unterhaltsanspruch die Grenzen des Zumutbaren nicht überschritten werden. Die Gerichte hätten im Einzelfall zu prüfen, ob bei dem angenommenen Umfang einer Erwerbsobliegenheit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Rechnung getragen sei.

Diese Abwägung ist im vorliegenden Fall auch nach Ansicht des Senats so zu treffen, dass der ASt gegenüber seinen minderjährigen Kindern nicht berechtigt ist, die wirtschaftliche Grundlage für deren Unterhaltsansprüche dadurch zu schmälern, dass er von dem Fernverkehr in den Nahverkehr wechselt. Dieser Wechsel ist erfahrungsgemäß mit erheblichen Einkommenseinbußen verbunden. Auch der Schutz der neuen Familie und die vorgetragene Gefährdung der Ehe rechtfertigen die Aufgabe dieses gesicherten Einkommens nicht. Die neue Familie wurde gegründet in Kenntnis der bestehenden Unterhaltspflicht gegenüber dem AGg und in Kenntnis der berufsbedingten Abwesenheit des ASt während der Woche in Folge seiner Tätigkeit als Fernfahrer. Die Aufrechterhaltung dieser Tätigkeit ist im Rahmen der gesteigerten Erwerbspflicht daher auch unter Berücksichtigung der aus der neuen Ehe entstandenen Kinder und deren Alter zumutbar, auch wenn diesen Kindern damit während der Woche der Vater praktisch entzogen wäre. Auch in vielen anderen Familien mit Kleinkindern ist der Vater während der Woche abwesend. Allein der Wunsch der nunmehrigen Ehefrau und eine eventuelle Gefährdung des Bestands der neuen Ehe können bei der gegebenen wirtschaftlichen Lage den Arbeitsplatzwechsel nicht rechtfertigen.

Soweit der ASt nachgeschoben hat, dass auch gesundheitliche Gründe für den Arbeitsplatzwechsel gesprochen hätten (so bei schwer wiegenden gesundheitlichen Problemen der BGH in FamRZ 2003, 1471 f.), ist sein Sachvortrag nicht hinreichend konkret. Es ist nicht vorgetragen, welche gesundheitlichen Probleme durch die Tätigkeit als Fernfahrer eingetreten sind oder einzutreten drohen.

Das AG hat daher zutreffend für die Abänderungsklage Prozesskostenhilfe versagt, § 114 ZPO. Auch wurde der Antrag auf vorläufige Einstellung der Zwangsvollstreckung im Hinblick auf die beantragte Abänderung gem. § 769 ZPO zutreffend zurückgewiesen.

Mitgeteilt von Mitgliedern des 10. Senats des
OLG Nürnberg

Beordnung eines Verkehrsanwalts

§§ 91 Abs. 2 S. 1 Hs. 2, 121 Abs. 4 ZPO

OLG Karlsruhe, Beschl. v. 23.9.2003 – 20 WF 178/02

Die Beordnung eines Verkehrsanwalts scheidet grundsätzlich nicht daran, dass die Sache einfach ist und deshalb ein schriftlicher Kontakt mit dem Prozessbevollmächtigten zumutbar sein könnte. Auch in einfachen

Sachen darf die arme Partei einen Rechtsanwalt in der Nähe ihres Wohn- und Geschäftsorts aufsuchen.

(Leitsatz des Einsenders)

Gründe: I. Die Ehe der Parteien ist mit Urteil des AG – Familiengericht – v. 18.10.2002 geschieden worden. Im Rahmen des Verbundurteils ist die elterliche Sorge für die ehegemeinschaftlichen Kinder auf die Mutter übertragen und festgestellt worden, dass ein Versorgungsausgleich nicht stattfindet. Die Parteien waren sich über die Scheidung einig, der Vater ist dem Antrag der Mutter auf Übertragung der elterlichen Sorge nicht entgegengetreten und der ASt hat sich zum Antrag der AGg auf Ausschluss des Versorgungsausgleichs nicht geäußert. Mit Beschl. v. 18.10.2002 ist dem ASt zwar Prozesskostenhilfe unter Beiordnung von Rechtsanwältin ... bewilligt worden, unter Hinweis auf die ständige Rechtsprechung des OLG Karlsruhe der Antrag auf Beiordnung eines Verkehrsanwalts aber zurückgewiesen worden.

Gegen den ihm am 4.11.2002 zugestellten Beschluss hat der ASt (sofortige) Beschwerde eingelegt.

Das AG – Familiengericht – hat der sofortigen Beschwerde nicht abgeholfen.

Der ASt hat hierauf seinen bisherigen Vortrag unter Hinweis auf die Zusage von Prozesskostenhilfe mit gerichtlicher Verfügung v. 21.5.2001 vertieft und insbesondere die Auffassung vertreten, dass bei einer Entfernung von 250 km zwischen Wohnort und Prozessgericht es keiner weiteren Darlegung der besonderen Umstände i.S.d. § 121 Abs. 4 ZPO bedürfe.

II. Die Beschwerde des ASt ist gem. § 127 Abs. 2 S. 2 ZPO zulässig; sie ist auch begründet. Zu Unrecht hat das AG die Beiordnung eines Verkehrsanwaltes abgelehnt.

Denn im vorliegenden Falle erfordern besondere Umstände i.S.d. § 121 Abs. 4 ZPO die Beiordnung eines zur Vertretung bereiten Rechtsanwalts zur Vermittlung des Verkehrs mit dem Prozessbevollmächtigten. Besondere Umstände liegen regelmäßig dann vor, wenn die Beziehung eines Verkehrsanwalts zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung i.S.d. § 91 Abs. 1 ZPO „notwendig“ ist (vgl. *Kalthoener/Büttner/Wrobel-Sachs*, Prozesskostenhilfe und Beratungshilfe, 2. Aufl., Rn 578; *Zöller/Philippi*, ZPO, 23. Aufl., § 121 Rn 20, jeweils m.w.N.). Maßstab für die Einschaltung eines Verkehrs- oder Korrespondenzanwalts ist somit, ob eine vermögende Partei von sich aus ebenfalls diese Mehrkosten aufwenden und anschließend bei einem Obsiegen als zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendig erstattet erhalten würde. Dieser Maßstab hat sich im Lichte der Entscheidung des BGH v. 16.10.2002 (MDR 2003, 233) dahin gehend geändert, dass die Anforderungen an die besonderen Umstände i.S.d. § 121 Abs. 4 ZPO gesunken sind. Ein solcher besonderer Umstand ist hier die Entfernung des Wohnsitzes des ASt zur Kanzlei seines Prozessbevollmächtigten in Pforzheim, der dem ASt im Rahmen der Bewilligung von Prozesskostenhilfe als Hauptbevollmächtigter beigeordnet worden ist. Eine Reise über 250 km ist unzumutbar. Auf die Schriftlichkeit des Kontakts zu seinem Prozessbevollmächtigten kann der ASt nicht verwiesen werden. Der Senat schließt sich insoweit dem BGH (MDR 2003, 233) an. Hiernach ist die Zuziehung eines in der Nähe ihres Wohnsitzes ansässigen Rechtsanwalts durch eine an einem auswärtigen Gericht klagende Partei im Regelfall eine zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendige Maßnahme i.S.v. § 91 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 ZPO. Nachdem seit 1.1.2000 jeder an einem AG oder LG zugelassene Rechtsanwalt vor jedem LG postulativ befähigt ist, darf nach Auffassung des BGH auch eine ihre Belange vernünftig und kostenbewusst wahrnehmende Partei für das zur Verfolgung ihrer Interessen notwendige persönliche Beratungsgespräch mit einem Rechtsanwalt den