

Die Erbschaft ist in der Tat nicht verbraucht worden und in einem Immobilienobjekt des Antragsgegners angelegt. Gerade dies legt es nahe, Zugewinnausgleichsansprüche unter Berücksichtigung einer Wertsteigerung der Immobilie zu prüfen.

Soweit die Antragstellerin bereits vor Eheschließung Leistungen erbracht hat, könnten diese Leistungen ggf. Ausgleichsansprüche nach den für ehebezogene Zuwendungen entwickelten Grundsätzen auslösen (vgl. *Wever*, a.a.O. Rn. 418). Dies besagt aber nichts zu der Rückabwicklung der von der Antragstellerin aus Erbschaft hingegebenen 50.000 DM.

Soweit die Antragstellerin während der intakten Ehe im landwirtschaftlichen Betrieb mitgearbeitet hatte, hätte zunächst geklärt werden müssen, ob die Mitarbeit ein Ausmaß annahm, welches über das Maß der Unterhaltspflicht und der gegenseitigen Beistands- und Unterstützungspflicht hinausging (§§ 1360, 1353 BGB; vgl. *Wever*, a.a.O., Rn. 487).

Zusammengefasst: Schon die Entscheidung des Landgerichts Aachen (FamRZ 2000, 669 ff. m. Anm. *Kogel*, FF 2000, 177) war eine bedauerliche Fehlleistung. Der mit Familiensachen befasste Senat geht darüber hinaus: Die gesetzliche Abwicklung beim Zugewinnausgleich wird kurzerhand nicht geprüft und damit negiert. Stattdessen wird der Allgemeinplatz des Widerspruchs gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden strapaziert, um ein gewünschtes Ergebnis zu „begründen“. Dies ist keine Rechtsprechung, die sich mit dem Gesetz in Einklang bringen ließe.

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Familienrecht  
*Dr. Walter Kogel*, Aachen

### **Sicherung des Anspruchs auf Zugewinnausgleich durch Arrest**

§§ 916 ZPO, 1378 BGB, §§ 935 ZPO, 1389 BGB

**OLG Hamburg**, Urt. v. 9. 10. 2001 – 2 UF 61/01 – (AG Hamburg)

**Der Anspruch auf Ausgleich des Zugewinns, der im Rahmen einer rechtshängigen Ehesache als Folgesache klagbar ist, kann durch Arrest gesichert werden. Der Ausgleichsberechtigte ist nicht darauf beschränkt, seinen Anspruch durch Sicherheitsleistung nach § 1389 BGB im Wege der einstweiligen Verfügung sichern zu lassen. (Aufgabe der bisherigen Senatsrechtsprechung) (Leitsatz der Redaktion)**

*Entscheidungsgründe:* ... Mit Recht hat das Familiengericht die Sicherung des erst mit der Rechtskraft des Scheidungsausspruchs entstehenden Zugewinnausgleichsanspruchs (§§ 1378 Abs. 3, 1372 BGB) der Kl mit Hilfe des von ihr beantragten Arrests vorgenommen.

Da der Anspruch der Kl auf Ausgleich des Zugewinns bereits als Folgesache im Rahmen der rechtshängigen Ehesache klagbar ist (§ 623 Abs. 1 i. V.m. § 621 Abs. 1 Nr. 8 ZPO), darf der Anspruch auch durch Arrest (§ 916 ZPO) gesichert werden. Die Kl ist wegen der Rechtshängigkeit der Ehesache bei der Verfolgung ihres Sicherungsinteresses im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes nicht auf das Verfahren der einstweiligen Verfügung (§§ 935 ff. ZPO i. V.m. § 1389 BGB) beschränkt. Der Senat gibt seine zum einstweiligen Rechtsschutz bei Sicherung des Zugewinnausgleichsanspruchs ergangene frühere Rechtsprechung (FamRZ 1982, 284; 1988, 963 f.) auf und folgt der Ansicht des OLG Düsseldorf (FamRZ 1994, 114 f.), der sich eine Vielzahl von OLG ebenso angeschlossen hat (vgl. z.B. OLG Hamm FamRZ 1997, 181; OLG Karlsruhe FamRZ

1995, 882 f.) wie eine große Zahl von Kommentatoren (vgl. die Nachweise bei *Johannsen/Jaeger*, Eherecht, 3. Aufl., § 1389 Rn. 1a). Der Senat hält den summarischen Rechtsschutz des Ausgleichsberechtigten zur Sicherung seines Zugewinnausgleichsanspruchs durch Arrest für zulässig, weil § 1389 BGB aus der Zeit vor Einführung des Verbundverfahrens herrührt und mangels Einschränkung der allgemeinen Arrestvorschriften für den Fall der Sicherung des Zugewinnausgleichsanspruchs die Klagbarkeit eines Anspruchs auch dessen Sicherung durch Arrest eröffnet (vgl. *Zöller/Vollkommer*, ZPO, 22. Aufl., § 916 Rn. 8). Die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes durch Arrest erscheint auch deshalb geboten, weil § 1389 BGB dem Ausgleichsberechtigten nur ein schwerfälliges Instrument (wegen der einzelnen Schritte zur Erlangung der Sicherheit vgl. §§ 1389, 232, 262, 264 BGB, 887 ZPO) zur Sicherung seiner Ansprüche zur Verfügung stellt, obwohl der Gläubiger dringend des Schutzes bedarf, weil § 1378 Abs. 2 BGB die Höhe der Ausgleichsforderung beschränkt auf das bei Beendigung des Güterstandes nach Abzug der Verbindlichkeiten noch vorhandene Vermögen des Ausgleichspflichtigen.

### **Anfechtbarkeit von Entscheidungen über die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung**

§§ 769, 719, 707 Abs. 2 ZPO

**OLG Köln**, Beschl. v. 17. 7. 2002 – 14 WF 118/02 – (AG Euskirchen)

**Eine die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung ablehnende Entscheidung, die keine auch nur kurze Begründung enthält, ist mit der sofortigen Beschwerde anfechtbar.**

(Leitsatz der Redaktion)

*Gründe:* Soweit das Familiengericht im Zusammenhang mit der Terminsverfügung vom 26. 6. 2002 bestimmt hat: „Von der Möglichkeit der vorläufigen Einstellung der Zwangsvollstreckung wird kein Gebrauch gemacht“ und die Zustellung an den Kl angeordnet hat, sieht der Senat dies als einen den Einstellungsantrag des Kl ablehnenden Beschluss an.

Gegen diesen ist die form- und fristgerecht erhobene sofortige Beschwerde nach § 569 ZPO sowie in entsprechender Anwendung von §§ 793, 769 ZPO zulässig und auch in der Sache mit der Maßgabe begründet, dass der Beschluss aufzuheben und zurück zu verweisen ist.

Entscheidungen über die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung, die in entsprechender Anwendung von § 769 ZPO auch bei Abänderungsklagen möglich sind (vgl. *Thomas/Putzo*, ZPO, 24. Aufl., § 769 Rn. 2; *Zöller/Herget*, ZPO, § 769 Rn. 1 m. w. N.), sind gem. §§ 769, 719, 707 Abs. 2 ZPO nach der einhelligen Auffassung aller Familiensenate des OLG Köln (vgl. Senatsbeschl. v. 11. 11. 1999 NJW-RR 2001, 647 m. w. N.) und der ganz überwiegenden sonstigen Auffassung in Rechtsprechung und Literatur (vgl. Nachweise bei OLG Düsseldorf OLGReport 1999, 277 und *Thomas/Putzo*, 24. Aufl., § 769 ZPO Rn. 18 ff.) nur anfechtbar, wenn sie auf Ermessensausübungsmängeln beruhen oder sonst eine greifbare Gesetzeswidrigkeit anzunehmen ist.

Die Entscheidung des AG enthält im Streitfall keine auch nur kurze Begründung für die Ablehnung der Einstellung der Zwangsvollstreckung. Bei dieser Sachlage ist für den Senat nicht nachprüfbar, ob eine Ermessensausübung des AG stattgefunden hat und ob sie die Grenzen der Ermessensausübung einhält (vgl. Senatsbeschl. v. 11. 11. 1999 NJW-RR 2001, 647 m. w. N.). Der abweichenden Auffas-

sung (Thomas/Putzo, a. a. O., § 769 Rn. 18; Zöller/Herget, ZPO, 22. Aufl., § 769 Rn. 6), dass eine fehlende Begründung die Anfechtung nicht eröffne, vermag der Senat nicht zu folgen, da bei völlig fehlender Begründung eine Überprüfung auf die Einhaltung der Ermessensgrenzen nicht möglich ist.

Mitgeteilt von Rechtsanwalt und Fachanwalt für Familienrecht Klaus Schnitzler, Euskirchen

### **Zur (Un-)Zulässigkeit einer negativen Feststellungsklage gegen eine im Rahmen einer Ehesache ergangene einstweilige Anordnung auf Zahlung von Kindesunterhalt**

§§ 256 Abs. 1, 620 Nr. 4 ZPO

**OLG Koblenz**, Ur. v. 19. 9. 2001 – 9 UF 164/01 – (AG Trier)

- 1. Das Feststellungsinteresse für eine negative Feststellungsklage gegen eine einstweilige Anordnung nach § 620 Nr. 4 ZPO ist nicht dadurch in Frage gestellt, dass im Scheidungsverbundverfahren eine (Stufen-)Klage auf Zahlung von Kindesunterhalt erhoben ist.**
- 2. Das Feststellungsinteresse ist aber zu verneinen, wenn aus der einstweiligen Anordnung unter den gegebenen Verhältnissen (Aufenthaltswechsel des Kindes zum Kläger) keine Rechte hergeleitet werden und die Herausgabe des Titels an den Kläger im Hinblick auf die noch ungewisse Entwicklung der Verhältnisse (Rückkehr des Kindes zur Beklagten?) nicht zuzumuten ist.**  
(Leitsätze des Einsenders)

*Entscheidungsgründe:* Die in förmlicher Hinsicht nicht zu beanstandende Berufung hat in der Sache keinen Erfolg. Die Klage ist für den Zeitraum bis März 2001 unbegründet, für die Zeit ab April 2001 unzulässig.

Die negative Feststellungsklage ist zulässiges prozessuales Mittel zur Herbeiführung einer anderweitigen Regelung im Sinne von § 620f ZPO. Sie führt zur Überprüfung des in der einstweiligen Anordnung festgesetzten Unterhalts ohne zeitliche Begrenzung, weil die einstweilige Anordnung nicht in Rechtskraft erwachsen ist. Das gemäß § 256 Abs. 2 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse ist nicht dadurch in Frage gestellt, dass die Bekl im Scheidungsverbundverfahren eine (Stufen-)Klage auf Zahlung von Kindesunterhalt erhoben hat. Gemäß § 623 ZPO bezieht sich diese Klage nur auf den nach Rechtskraft der Scheidung zu zahlenden Unterhalt, während hier die Unterhaltspflicht für die Zeit ab Dezember 1999 im Streit ist. Zwar ist die Wirkung der einstweiligen Anordnung nicht auf den bis zur Scheidung zu leistenden Unterhalt beschränkt, so dass die vorliegende Klage den im Scheidungsverbundverfahren geltend gemachten Unterhalt mit umfasst. Jedoch entfällt das Feststellungsinteresse für die negative Feststellungsklage erst dann, wenn die Leistungsklage nicht mehr einseitig zurückgenommen werden kann (vgl. OLG Düsseldorf FamRZ 1997, 824; OLG Brandenburg FamRZ 1999, 1211). Dies ist hier ausweislich der beigezogenen Akten 20 F 161/97 AG Trier noch nicht der Fall, weil die Parteien auf der Leistungsstufe über den Kindesunterhalt noch nicht verhandelt haben, § 269 Abs. 1 ZPO (vgl. Zöller/Greger, ZPO, 22. Aufl., § 255 Rn. 15).

Die Bekl ist weiterhin prozessführungsbefugt, obwohl das Kind inzwischen in die Obhut des Kl gewechselt ist, weil ihr die elterliche Sorge durch gerichtliche Entscheidung allein zugewiesen ist (§ 1629 Abs. 1 S. 3, Abs. 3 BGB). Indes ist die Klage für die Zeit bis März 2001 unbegründet, weil der Kl auch unter Berücksichtigung seiner gegen das

Urteil des Familiengerichts erhobenen Einwendungen für seinen Sohn M gemäß §§ 1601, 1603, 1610 BGB mindestens den in der einstweiligen Anordnung ausgewiesenen Kindesunterhalt Höhe von 681 DM im Monat schuldet. (Wird ausgeführt...)

Für die Zeit ab April 2001 ist die Klage unzulässig geworden, weil das Feststellungsinteresse entfallen ist. Durch die Erklärung der Bekl im Termin vom 22. 8. 2001 ist klar gestellt, dass diese aus der einstweiligen Anordnung keine Rechte herleitet, solange sich der Sohn ständig bei dem Kl aufhält. Zwar ist die Bekl weiterhin im Besitz eines Titels, der ihr eine Vollstreckung auch für die Zeit ab April 2001 ermöglicht, obwohl der Kl seither nicht mehr barunterhaltspflichtig ist, weil er seinen Unterhalt durch Betreuung des Kindes leistet (§ 1606 Abs. 3 S. 2 BGB). Jedoch ist zu berücksichtigen, dass der Aufenthaltswechsel des Kindes zum Kl gegen den Willen der Bekl erfolgt ist und es noch offen ist, ob es hierbei auf Dauer verbleibt. Es ist der Bekl nicht zuzumuten, eine neue einstweilige Anordnung erwirken zu müssen, wenn das Kind wieder zu ihr zurückkehren sollte. Vielmehr muss es ihr ermöglicht werden, den bestehenden Titel in diesem Fall weiter zu nutzen, um den dann wieder vom Kl geschuldeten Barunterhalt betreiben zu können. Der Kl ist hierdurch nicht schutzlos gestellt. Sollte die Bekl entgegen ihrer Erklärung im Termin vom 22. 8. 2001 aus der einstweiligen Anordnung für die Zeit ab April 2001 vollstrecken, kann der Kl, solange das Scheidungsverfahren anhängig ist, gemäß § 620b Abs. 1 ZPO beantragen, die einstweilige Anordnung aufzuheben. Außerdem steht ihm zeitlich unbeschränkt die Möglichkeit einer Vollstreckungsgegenklage zur Verfügung (zum Verhältnis dieser beiden prozessualen Möglichkeiten vgl. Zöller/Philippi, a. a. O., § 620 Rn. 17 m. w. N.).

Der Streitwert des Berufungsverfahrens wird auf 1.260 DM festgesetzt ( $6 \times [681 \text{ DM} - 522 \text{ DM}] + 6 \times [681 \text{ DM} - 630 \text{ DM}]$ ).

■ **Anmerkung:** Seit dem Urteil des BGH vom 9. 2. 1983 (FamRZ 1983, 355 = NJW 1983, 1330) hat sich die Meinung durchgesetzt: Nach Erlass einer einstweiligen Anordnung (e. A.) können die Parteien den Bestand eines Unterhaltsanspruchs in einem ordentlichen/nicht summarischen Verfahren klären lassen – die Gläubigerseite durch Leistungsklage, die Schuldnerseite durch negative Feststellungsklage. Die Entscheidung des BGH vom 9. 2. 1983 betraf indes einen Sachverhalt, in dem das Scheidungsurteil bereits rechtskräftig und der Schuldner auf eine Feststellungsklage angewiesen war, um gegen die nach § 620f ZPO fortgeltende einstweilige Unterhaltsanordnung vorzugehen. Die Entscheidung des BGH besagt folglich nicht, dass die negative Feststellungsklage gegenüber einer e. A. in jedem Fall zulässig ist (s. 3. FamS des OLG Düsseldorf FamRZ 1997, 824). Das OLG Düsseldorf wie zahlreiche andere Oberlandesgerichte und auch die Literatur sind daher bemüht herauszuarbeiten, wann die BGH-Entscheidung nicht greift, d. h. unter welchen Umständen gegen e. A. gerichtete Feststellungsklagen nicht zulässig sind. Zu diesen Entscheidungen gehört auch die hier veröffentlichte Entscheidung des OLG Koblenz.

Unter dem Gesichtspunkt anderweitiger Rechtshängigkeit werden zunächst Feststellungsklagen als unzulässig beschieden, wenn sie denselben Streitgegenstand enthalten wie gleichzeitig anhängige Leistungsklagen (s. hierzu OLG Frankfurt FamRZ 2002, 31 = NJW-RR 2002, 296). Aus diesem Grunde dürften u. a. Feststellungsklagen unzulässig sein, die sich gegen e. A. nach § 644 ZPO richten. Denn hier erfasst die Hauptklage stets den Gegenstand des e. A.-Verfahrens und der Klageabweisungsantrag im Hauptverfahren zielt stets auch auf eine negative Feststellung zum Unterhaltsanspruch. Anders ist das bei einer e. A. nach