

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

§ 620 ZPO. Da ein Verbundurteil im Scheidungsverfahren nur über den Unterhalt ab Rechtskraft der Scheidung befindet, erfasst es – im Gegensatz zur e. A. – nicht den vor diesem Zeitpunkt liegenden Unterhalt, sodass anderweitige Rechtshängigkeit einer negativen Feststellungsklage hinsichtlich dieses Unterhalts nicht im Wege steht.

Unter dem Gesichtspunkt ganz oder teilweise fehlender Rechtsschutzinteressen (und meist ohne Erörterung anderweitiger Rechtshängigkeit) werden negative Feststellungsklagen gegen e. A. für unzulässig erachtet,

1) wenn Unterhaltsgläubiger auf Zahlung des gesamten Unterhalts klagen und sie die Klage nicht mehr einseitig zurücknehmen können (so auch vorliegend aus OLG Koblenz m. w. N; ebenso *Gießler*, Vorläufiger Rechtsschutz in Ehe-, Familien- und Kindschaftssachen, 3. Aufl., Rn. 603);

2) wenn die Feststellungsklage keine begründete Aussicht auf Erfolg hat (so z. B. OLG Hamburg FamRZ 1985, 1273);

3) soweit der Unterhaltsschuldner den Unterhalt, den die e. A. tituliert, schon gezahlt hat (s. OLG Hamburg FamRZ 1998, 294; *Gießler*, a.a.O.);

4) soweit der Unterhaltsberechtigte aus der e. A. keine Rechte mehr herleitet und ihm die Herausgabe des e. A.-Titels im Hinblick auf die noch ungewisse Entwicklung der Verhältnisse derzeit nicht zuzumuten ist (so das OLG Koblenz in dem hier veröffentlichten Urteil).

Die Tendenz, negative Feststellungsklagen gegen e. A. in engen Grenzen zu halten, ist zunächst damit zu erklären, dass grundsätzlich Feststellungsklagen gegenüber erhobenen Leistungsklagen unzulässig sind (vgl. z. B. *Pawlowski*, MDR 1988, 630 ff.). Es besteht jedoch ein weiterer, ganz spezieller Hintergrund: Die negative Feststellungsklage gegenüber e. A. ist in der Literatur immer wieder mit guten Gründen kritisiert worden (so z. B. *Braeuer*, FamRZ 1984, 10 ff. und *Luthin*, FamRZ 1986, 1059, 1060), sie bringt bei näherer Betrachtung viele ungeklärte Probleme mit sich, sie ist kein Königsweg, sondern lediglich der beste aller diskutierten Wege (*Borgmann*, FamRZ 1985, 321, 341; *van Els*, Das Kind im einstweiligen Rechtsschutz im Familienrecht, Rn. 378), und aus eben diesem Grunde ist ihre Zulässigkeit nur sehr zurückhaltend zu bejahen.

Schwierigkeiten bereitet u. a. das Verhältnis zwischen der negativen Feststellungsklage und einer erhobenen oder noch möglichen Bereicherungsklage wegen überzahlten Unterhalts. Schon mit Rücksicht auf die Rechtsprechung des BGH (BGHZ 93, 183 = FamRZ 1985, 368 = NJW 1985, 1074), wonach § 818 Abs. 4 BGB nur bei einer Leistungsklage greift, sollten solche Bereicherungsklagen so früh wie möglich eingereicht werden (*van Els*, a.a.O.). Eine solche Bereicherungsklage hilft allerdings nicht weiter, soweit noch kein Unterhalt gezahlt worden ist oder wenn es nur um künftigen Unterhalt geht. Hier hilft in der Tat nur die negative Feststellungsklage – sei es allein, sei es mit einer Bereicherungsklage zusammen (s. *Musielak/Borth*, ZPO, 3. Aufl., § 620b Rn. 12; *Zöller/Philippi*, ZPO, 23. Aufl., § 620f Rn. 16b).

Eine negative Feststellungsklage kann auch erforderlich werden, wenn nur auf diese Weise das Tor zum einstweiligen Rechtsschutz geöffnet wird, nämlich zu einer einstweiligen Einstellung nach §§ 707, 719, 769 ZPO.

Dieses Tor ist z. B. verschlossen, wenn ein Scheidungsverfahren rechtskräftig beendet ist, eine in diesem Verfahren ergangene e. A. nach § 620f ZPO aber weiter fortgilt und nach § 620b ZPO nicht mehr abgeändert werden kann. Eine Bereicherungsklage wegen überzahlten Unterhalts eröffnet hier nicht die Möglichkeit, die Zwangsvollstreckung aus der e. A. einstweilig einzustellen.

Mitgeteilt und kommentiert von  
Richter am Amtsgericht a. D. *Dr. Hans van Els*, Solingen

## Zur Erstattungsfähigkeit von Kosten für Privatgutachten über den Wert von Immobilien im Scheidungsverbund

§ 91 ZPO

OLG Nürnberg, Beschl. v. 17. 4. 2002 – 10 WF 1138/02 – (AG Hersbruck)

**In der Kostenfestsetzung können im Scheidungsverbund auch Kosten von außergerichtlich beauftragten Privatgutachten über den Wert von Immobilien jedenfalls dann festgesetzt werden, wenn sich die Parteien im Verbund über den Zugewinn einigen.**

*Gründe:* I. Das AG – Familiengericht – Hersbruck hat mit Ur. v. 11. 10. 2001 im Scheidungsverbundverfahren die Ehe der Eheleute ... geschieden und in Ziff. 4) die Kosten des Verfahrens wegen dessen besserer wirtschaftlicher Lage dem Antragsgegner auferlegt.

In dem Kostenfestsetzungsverfahren hat die Antragstellerin die Festsetzung der Kosten zweier Privatgutachten zum Verkehrswert von Immobilien des Antragsgegners beantragt. Der Antragsgegner hatte sich hierzu nicht geäußert. Der Rechtspfleger beim AG Hersbruck hat die Kosten der Privatgutachten von 1.044 DM antragsgemäß in dem Kostenfestsetzungsbeschluss vom 21. 3. 2002 übernommen. Hiergegen wendet sich der Antragsgegner mit seinem Schriftsatz vom 4. 3. 2002. Die Gutachterkosten seien nicht Gegenstand des Verfahrens gewesen.

II. Die gemäß § 104 Abs. 3 S. 1 ZPO zulässige sofortige Beschwerde gegen die Kostenfestsetzung ist in der Sache nicht begründet, da das Einholen von Privatgutachten zum Verkehrswert der Immobilien des Antragsgegners sachlich angemessen war und zu einer Vereinbarung der Parteien über den Zugewinn (Einigkeit über den Nichtanfall) führte. Gemäß § 91 ZPO sind Kosten festzusetzen, die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig waren. Zwar war im vorliegenden Scheidungsverbundverfahren Zugewinn nicht beantragt. Das Scheidungsverbundverfahren dient jedoch der Regelung von Scheidung und Scheidungsfolgen und erfordert demnach einen Überblick über die vermögensrechtliche Lage beider Parteien. Es war im vorliegenden Fall unstrittig sachgerecht, den Wert der Immobilien des Antragsgegners durch einen Sachverständigen zu ermitteln. Unter Berücksichtigung dieser Verkehrswertermittlungen haben die Parteien schließlich im gerichtlichen Vergleich vom 11. 10. 2001 festgestellt, dass sämtliche wechselseitigen Ansprüche auf Zugewinnausgleich abgegolten sind. Jedenfalls durch diese vergleichsweise Regelung dienten die Privatgutachten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung i. S. d. § 91 ZPO und sind damit grundsätzlich erstattungsfähig.

...

Die Rechtsbeschwerde war nicht zuzulassen, § 574 Abs. 3, Abs. 2 ZPO. Die Entscheidung des OLG München vom 13. 1. 1986, MDR 1986, S. 324, ist im zu Grunde liegenden Sachverhalt nicht gleich gelagert, beurteilt aber die grundsätzliche Frage der Erstattungsfähigkeit von Privatgutachten in gleicher Weise.

Mitgeteilt von den *Mitgliedern des 10. Zivilsenates und Senates für Familiensachen des OLG Nürnberg*

## Gemeinschaftliches Testament bei getrenntem Testieren der Ehegatten in Form zweier Einzeltestamente

§ 2265 BGB

OLG Zweibrücken, Beschl. v. 17. 7. 2002 – 3 W 82/02 – (LG Koblenz, AG Betzdorf)