

§ 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)