

gemacht hat. Der Kläger ist entgegen der Ansicht des AG auch nicht für den gesamten streitigen Zeitraum so zu behandeln, als habe er sich einen Freibetrag von monatlich 600 EUR eintragen lassen. Fiktive Vorteile sind dem Kläger nicht zuzurechnen, weil er sich insoweit weder unterhaltsrechtlich mutwillig verhalten noch eine Obliegenheit nicht beachtet hat. Nach der Rspr. des BGH kommt eine Obliegenheit zur Eintragung eines Freibetrages nur dann in Betracht, wenn die Unterhaltsverpflichtung dem Grunde und der Höhe nach feststeht, also titulierte, anerkannt oder unstrittig ist. Bestreitet der Schuldner seine Unterhaltsverpflichtung, ist er nicht gehalten, das begrenzte Realsplitting in Anspruch zu nehmen (FamRZ 1999, 372, 375; *Luthin/Kamm*, Handbuch des Unterhaltsrechts, 9. Aufl., Rn 9025 ff., 9046 ff.). Da zwischen den Parteien die Höhe des Unterhalts streitig ist, kommt ein fiktiver Vorteil des begrenzten Realsplittings nicht in Betracht.

Zwar hat der Kläger mit seiner Klage und Berufung nicht den vollständigen Wegfall des titulierten Unterhaltsbetrages geltend gemacht. Jedoch auch in Höhe der nicht angegriffenen Unterhaltsbeträge kann ein etwaiger steuerlicher Vorteil in die Berechnung nicht eingestellt werden, weil nach der ständigen Rspr. des Senats der Vorteil des begrenzten Realsplittings nicht konkret bzw. hinreichend exakt berechnet werden kann. Dies beruht unabhängig von den individuellen steuerlichen Verhältnissen des Klägers und seiner Ehefrau auch auf den der Beklagten entstehenden steuerlichen Nachteilen, die der Kläger der Beklagten zu erstatten hätte (vgl. BGH FamRZ 1992, 534 f., 1050) und die in dieser Höhe den steuerlichen Vorteil des Klägers wiederum mindern. Im Übrigen fehlt hierzu substantiiertes Vortragen der Beklagten.

Beide Parteien verfügen danach über ein gemeinsames, die ehelichen Lebensverhältnisse prägendes Einkommen von rund 4.768 EUR. Dieses ist um den Kindesunterhalt für den am 27.9.1985 geborenen Sohn T, der sich in der allgemeinen Schulbildung befindet, zu reduzieren. Insoweit kommt es nicht darauf an, ob dieser Unterhalt nach dem tatsächlich nach Besoldungsgruppe R2 und Steuerklasse III bezogenen Gehalt des Klägers zu bestimmen ist (vgl. hierzu *Borth*, FamRB 2004, 18, 20; *Schürmann*, FamRZ 2003, 1825, 1828; *Heinke/Viefhues*, ZFE 2003, 356, 360). Denn auf Grund des gemeinsamen Einkommens der Parteien ergibt sich der Tabellensatz aus der höchsten Gruppe der Düsseldorfer Tabelle mit monatlich 654 EUR. Dass der Sohn der Parteien einen darüber hinausgehenden Bedarf hat (vgl. BGH FamRZ 2000, 358 f.), wird von der Beklagten im Berufungszug nicht mehr geltend gemacht.

Mitgeteilt von *Dieter Miesen*, RiAG a.D., Grafschaft

Anm. d. Red.:

Vgl. auch OLG Hamm, Urt. v. 14.1.2005 – 11 UF 59/04, das den Verheiratetenzuschlag entsprechend seiner doppelten Zweckbestimmung aufteilt und zur Hälfte der neuen Ehe zuordnet und den Unterhaltsschuldner zur Inanspruchnahme des Realsplittingsvorteils für verpflichtet hält.

Untätigkeitsbeschwerde beim Umgangsrecht

— Art. 2 Abs. 1, 20 Abs. 3 GG

1. Bei Verweigerung oder unangemessener Verzögerung der Rechtsgewährung ist es ein Gebot der Rechtsstaatlichkeit, die Beschwerde zu eröffnen – die sog. Untätigkeitsbeschwerde. Dabei darf durch die Zulässigkeit der Untätigkeitsbeschwerde das Verfahren nicht insgesamt weiter verzögert werden (im Anschluss an BVerfG FamRZ 2001, 753).

2. Ob ein Verfahren unangemessen lang dauert, muss nach den Umständen des Einzelfalls geklärt werden. In kindschaftsrechtlichen Verfahren ist jedenfalls zu berücksichtigen: Jede Verfahrensverzögerung führt wegen der dann eintretenden Entfremdung rein faktisch zu einer Vorentscheidung, bevor überhaupt ein richterlicher Spruch vorliegt (im Anschluss an BVerfG FamRZ 1997, 871). (Leitsätze des Einsenders)

KG Berlin, Beschl. v. 22.10.2004 – 18 WF 156/04
(AG Tempelhof-Kreuzberg)

Gründe: 1. Die Eltern des Kindes J streiten seit Juli 2003 gerichtlich darum, wer von ihnen die alleinige elterliche Sorge für die Tochter erhalten soll und bei wem das Kind seinen Lebensmittelpunkt haben soll. Das AG hat die Eltern am 2.10.2003 persönlich angehört, nachdem mit Schreiben v. 22.8.2003 auch das zuständige Jugendamt auf eine Gefährdung des Kindes wegen der erheblichen Differenzen der Eltern hingewiesen hatte. Auf Grund des Anhörungstermins, in dem die Eltern sich auf eine vorübergehende Aufenthalts- und Umgangsregelung verständigt haben, hat das AG beschlossen, ein psychologisches Gutachten zur Frage der Regelung der elterlichen Sorge einzuholen und mit Beschl. v. 24.10.2003 die Diplom-Psychologin zur Sachverständigen bestimmt. Diese hat mit Schreiben v. 18.11.2003 den Erhalt des Gutachtauftrags bestätigt. Auf Nachfrage des AG hat die Sachverständige unter dem 8.7.2004 mitgeteilt, dass das Gutachten bis Ende Juli 2004 vorliegen werde. Ein Sachverständigengutachten liegt bis heute nicht vor. Unter dem 6.9.2004 hat das AG die Sachverständige an die Übersendung des Gutachtens erinnert. Mit Schriftsätzen v. 12.8.2003, 12.5.2004 und 8.6.2004 hat der Vater jeweils eine einstweilige Anordnung zum Aufenthaltsbestimmungsrecht bzw. zur Regelung des Lebensmittelpunktes von J beantragt. Keinem der Anträge hat das AG stattgegeben.

Auf Grund des Antrages v. 8.6.2004 hat das AG die Eltern am 14.6.2004 nochmals persönlich angehört und im Anschluss daran die Anträge des Vaters auf Übertragung der elterlichen Sorge, Herausgabe des Kindes sowie betreffend den Lebensmittelpunkt zurückgewiesen. Des Weiteren hat es den Umgang zwischen Vater und Kind für die Zeit von Juni bis August 2004 durch einstweilige Anordnung geregelt. Die Mutter ist im Sommer dieses Jahres mit dem Kind nach B zu ihrem neuen Lebensgefährten verzogen, wo das Kind im September 2004 eingeschult worden ist.

Unter dem 22.9.2004 hat der Vater Untätigkeitsbeschwerde erhoben, mit der er u.a. rügt, dass das AG den Umgang für die Zeit ab August 2004 nicht geregelt hat, dass es die Sachverständige nicht verstärkt zur Erstattung des Gutachtens anhält und dass es das betroffene Kind bis heute nicht angehört hat.

2. Die Untätigkeitsbeschwerde ist zulässig.

Das Rechtsmittelsystem der ZPO wie des FGG geht davon aus, dass ein Rechtsmittel den Erlass einer Entscheidung voraussetzt, die angefochten und deren Richtigkeit überprüft werden soll; dem entsprechend hat die bisher herrschende Meinung die Auffassung vertreten, dass bei Verweigerung oder Verzögerung der Rechtsgewährung nicht der Rechtsmittelweg eröffnet, sondern die Dienstaufsicht anzurufen ist (vgl. hierzu die Darstellung des Meinungsstandes bei *Zöller/Gummer*, ZPO, 24. Aufl., § 567 Rn 21 m.w.N.). Im Hinblick auf die neuere Rspr. des BVerfG (bspw. BVerfG FamRZ 2001, 753, 754) ist diese Auffassung nicht mehr aufrechtzuerhalten; vielmehr ist es ein Gebot der Rechtsstaatlichkeit, in derartigen Fällen die Beschwerde zu eröffnen, wobei zu beachten sein wird, dass durch die Zulässigkeit der Untätigkeitsbeschwerde das Verfahren nicht insgesamt weiter verzögert wird (so auch *Zöller/Gummer*, a.a.O., m.w.N.).

Die Untätigkeitsbeschwerde ist auch in dem aus der Beschlussformel ersichtlichen Umfang begründet; im Übrigen ist sie unbegründet und deshalb zurückzuweisen.

Das rechtsuchende Publikum hat auch in zivilrechtlichen Streitigkeiten einen aus dem Rechtsstaatsprinzip abzuleitenden Anspruch darauf, dass strittige Rechtsverhältnisse in angemessener Zeit geklärt werden und das Verfahren nicht unangemessen lang dauert. Ob eine Verfahrensdauer unangemessen lang ist, muss nach den Umständen des Einzelfalls geklärt werden (BVerfG FamRZ 2001, 753 m.w.N.). Zwar gibt es in Sorgerechtsverfahren keine festgelegten Grundsätze, die besagen, ab wann von einer überlangen und damit die Rechtsgewährung verhandelnden Verfahrensdauer auszugehen ist. Das BVerfG hat aber bereits darauf hingewiesen, dass in kundschaftsrechtlichen Verfahren bei der Beurteilung, welche Verfahrensdauer noch als angemessen erachtet werden kann, zu berücksichtigen ist, dass jede Verfahrensverzögerung wegen der eintretenden Entfremdung häufig schon rein faktisch zu einer Vorentscheidung führt, bevor überhaupt ein richterlicher Spruch vorliegt (BVerfG, a.a.O.; FamRZ 1997, 871, 872). Es hat ferner ausgeführt, dass bei der Beurteilung der angemessenen Verfahrensdauer nicht allein von objektiven Maßstäben auszugehen, sondern auch zu berücksichtigen ist, dass das kindliche Zeitempfinden sich von dem eines Erwachsenen unterscheidet und Kinder erst mit zunehmendem Alter die Fähigkeit erwerben, Zeit wahrzunehmen und einzuschätzen (BVerfG, a.a.O.). Schon deshalb kommt in kundschaftsrechtlichen Verfahren der Problematik der Verfahrensdauer eine besondere Sensibilität zu.

Vorliegend ist nach Auffassung des Senats die überlange Dauer der Gutachtenerstattung nicht mehr zu rechtfertigen. Der Gutachtenauftrag liegt der Sachverständigen seit nunmehr fast einem Jahr vor, ohne dass die Sachverständige das Gutachten

vorlegt. Nach ihren eigenen Angaben sind die tatsächlichen Untersuchungen bereits mindestens seit Juni 2004 abgeschlossen. Aus den Akten einschließlich der dortigen Angaben der Sachverständigen sind auch sonst keine Anhaltspunkte dafür zu entnehmen, dass die überlange Dauer bis zur Vorlage des Gutachtens aus anderen Gründen gerechtfertigt sein könnte. Ersichtlich haben die Eltern und das Kind an der Gutachtenerstattung mitgewirkt. Während der nun fast ein Jahr dauernden Beauftragung der Sachverständigen hat das AG aber lediglich mit Verfügungen v. 12.5.2004 und v. 6.9.2004 an die Über-sendung des Gutachtens erinnert. Hingegen hat es weder die Sachverständige auf die besondere Eilbedürftigkeit derartiger Verfahren hingewiesen noch versucht, die Sachverständige mit den in § 411 ZPO, der entsprechende Anwendung findet, vorgesehenen Ordnungsmitteln zur beschleunigten Erstattung des Gutachtens anzuhalten. Dass ein im Juni eines Jahres für den Monat Juli angekündigtes Gutachten im Oktober desselben Jahres noch nicht vorliegt, ist jedenfalls nicht mehr hinzunehmen. Immerhin hat die verzögerte Gutachtenerstattung bisher schon dazu geführt, dass das AG indirekt über den Wegzug der Mutter von Berlin unter Mitnahme des Kindes entscheiden musste, ohne den Inhalt des Gutachtens zu kennen. Das AG wird deshalb nach Ablauf einer letzten (Nach-)Fristsetzung unter Ordnungsmittellandrohung, die der Senat mit zwei Wochen als angemessen lang bewertet, die in § 411 ZPO vorgesehenen Ordnungsmittel zu ergreifen haben.

Die Untätigkeitsbeschwerde des Vaters erweist sich auch insoweit als begründet, als das AG den Umgang zwischen Vater und Kind seit August 2004 nicht mehr geregelt hat. Die Umgangsregelung durch einstweilige Anordnung für die Sommermonate 2004 hat sich im Termin v. 14.6.2004 als erforderlich erwiesen, damit der Vater trotz des Wegzuges des Kindes nach B hinreichend Umgangskontakte mit seinem Kind pflegen kann. Hierbei sind alle Beteiligten auch davon ausgegangen, dass das Sachverständigengutachten jedenfalls bis zum Ablauf der Umgangsregelung vorliegen wird. Nachdem sich dies als Irrtum erwiesen hat, hat der Vater mit Schriftsatz v. 31.8.2004 ausgeführt, dass die Mutter ihm seit dem 22.8.8.2004 keine weiteren Umgangstermine gewährt habe und deshalb die weitere Regelung des Umgangs erforderlich sei. Hierauf hat das AG lediglich die Sachverständige an die Ablieferung des Gutachtens erinnert, aber keine weitere Umgangsregelung getroffen. Im Rahmen des Verfahrens der Untätigkeitsbeschwerde streiten die Eltern nun über den Umgang zwischen Vater und Kind. Die Mutter behauptet, der Vater habe in den Herbstferien eine Woche Umgang mit dem Kind gehabt. Der Vater rügt, der Umgang werde auf ein Minimum eingeschränkt. Das AG wird deshalb binnen zwei Wochen ab Vorlage der Akten zu prüfen haben, ob der Umgang bis zu endgültigen Vorlage des Gutachtens weiter durch einstweilige Anordnung zu regeln ist.

Hingegen erweist sich die Untätigkeitsbeschwerde als unbegründet, soweit der Vater rügt, dass das AG das Kind bisher nicht persönlich angehört hat. Gem. § 50b Abs. 1 FGG hört das Gericht ein Kind in einem Personensorgeverfahren per-

sönlich an, wenn die Neigungen, Bindungen oder der Wille des Kindes für die Entscheidung von Bedeutung sind oder wenn es zur Feststellung des Sachverhalts angezeigt erscheint, dass sich das Gericht von dem Kind einen unmittelbaren Eindruck verschafft. Hat das Kind das 14. Lebensjahr vollendet, so ist es stets persönlich zu hören (§ 50b Abs. 2 FGg). Von der Anhörung des Kindes darf nur aus schwerwiegenden Gründen abgesehen werden (§ 50b Abs. 3 FGg). Dies bedeutet, dass es zwar nicht im freien Ermessen des Gerichts liegt, ob das Kind überhaupt persönlich angehört wird. Nach Auffassung des Senats bestimmt das AG allerdings selbst den Zeitpunkt, zu dem es ein unter 14 Jahren altes Kind persönlich anhört. Dies gilt jedenfalls solange, wie das AG nicht durch einstweilige Anordnung über den Aufenthalt des Kindes bestimmen muss. Vorliegend haben sich die Eltern im Oktober 2003 auf eine vorläufige Umgangsregelung zwischen den Eltern und dem Kind geeinigt, die auf einen überwiegenden Aufenthalt des Kindes bei der Mutter hinauslief. Sodann hat das AG zur Ermittlung der Neigungen und Bindungen des Kindes die Einholung eines psychologischen Gutachtens angeordnet. Einigen sich die Eltern – wenn auch nur vorübergehend – über den Aufenthalt des Kindes, so bedarf es nicht einer sofortigen persönlichen Anhörung des Kindes. Es ist ausreichend, wenn das Kind vor Abschluss des Verfahrens angehört wird. Den Zeitpunkt, zu dem dies geschieht, bestimmt das AG in Ausübung seines Ermessens. Dies war vorliegend auch nicht im Anschluss an den Anhörungstermin v. 14.6.2004 erforderlich, weil das AG auf Grund dieses Termins gerade keine einstweilige Anordnung betreffend den Aufenthalt des Kindes getroffen hat, sondern dies abgelehnt hat, auch wenn es dabei indirekt den Wegzug des Kindes aus Berlin mit der Mutter hingenommen hat. Bei der Ausübung des Ermessens hat das Gericht auch zu berücksichtigen, dass das Gerichtsverfahren als solches und das psychologische Sachverständigengutachten das Kind ohnehin schon erheblich belasten und jede zusätzliche richterliche Anhörung das Kind weiter belastet und in Aufregung versetzt. Wenn das AG unter diesen Umständen das jetzt 6, 7 Jahre alte Kind ersichtlich erst nach Vorlage und in Kenntnis des Gutachtens anhören will, so ist das im Rahmen der Untätigkeitsbeschwerde nicht zu beanstanden.

— Anmerkung

Die Entscheidung des KG weist den Weg, wie der Anwalt im einstweiligen Rechtsschutzverfahren vorgehen sollte, wenn das angerufene Gericht den Erlass einer einstweiligen Anordnung in unzumutbarer Weise hinauszögert, wenn das Verfahren zum Erlass einer solchen Anordnung – zeitlich gesehen – wie ein normales Verfahren gehandhabt wird und es hierdurch seine Funktion, seinen Charakter als summarisches Eilverfahren verliert.

Das KG bejaht bei einer solchen Verfahrenslage die Statthaftigkeit einer im Gesetz nicht geregelten, aber in Rspr. und Lit. vielfach befürworteten¹ Untätigkeitsbeschwerde und beruft

sich hierbei auf die neuere Rspr. des BVerfG sowie die eingehende Kommentierung bei *Zöller/Gummer*, ZPO, 24. Aufl., § 567 Rn 21. Insbesondere in PKH-Verfahren wird die Untätigkeitsbeschwerde ebenfalls für erforderlich und zulässig gehalten.² Dabei handelt es sich um Verfahren, die wie einstweilige Rechtsschutzverfahren eilbedürftig sind und daher summarischen Charakter haben.

Das KG erörtert jedoch nicht, ob die Untätigkeitsbeschwerde ein Unterfall/Sonderfall der außerordentlichen Beschwerde ist und daher nicht mehr statthaft ist, seitdem das ZPO-RG, inzwischen auch das Anhörungsrügensgesetz in Kraft getreten sind, also seit Einfügung und wenig später der Abänderung des § 321a ZPO. Mit Entscheidung des Plenums v. 30.4.2003 hatte das BVerfG³ bekanntlich festgestellt: Es verstoße gegen das Rechtsstaatsprinzip i.V.m. Art. 103 Abs. 1 GG, wenn eine Verfahrensordnung keine fachgerichtliche Abhilfemöglichkeit vorsehe, falls ein Gericht in entscheidungserheblicher Weise den Anspruch auf rechtliches Gehör verletze. Zugleich hatte es dem Gesetzgeber aufgegeben, zur Lösung des festgestellten Verstoßes bis zum 31.12.2004 eine heilende Regelung zu treffen, soweit dies nicht durch § 321a ZPO schon geschehen sei.⁴ Dem hat der Gesetzgeber durch das Anhörungsrügensgesetz v. 9.12.2004 in letzter Minute denn auch entsprochen (BGBl I, 3220). Obschon die Entscheidung des BVerfG v. 30.4.2003 jedenfalls im Tenor lediglich Art. 103 Abs. 1 GG betrifft, legen die Gründe doch nahe, Beschwerden wegen greifbarer Gesetzeswidrigkeit nicht nur bei Gehörsverletzungen, sondern rundum als unstatthaft anzusehen.⁵ Selbst wenn man dieser Meinung folgt, bleibt die Frage offen, ob spätestens seit dem Anhörungsrügensgesetz die Untätigkeitsbeschwerde wirklich nur als Unterfall/Sonderfall der außerordentlichen Beschwerde zu verstehen ist und, wenn ja, ob die außerordentliche Beschwerde auch insoweit und damit gänzlich aufgegeben werden sollte.⁶ Das BVerfG hat dies nicht erörtert und nur Verfahrensgestaltungen behandelt, in denen eine Entscheidung ergangen ist, also nicht gegen die Verfahrensdauer als solche vorgegangen wird. Wenn das BVerfG jedoch ausführt, Rechtsbehelfe müssten in der geschriebenen Rechtsordnung geregelt und in ihren Voraussetzungen für die Bürger erkennbar sein, muss dies eigentlich auch für die Untätigkeitsbeschwerde gelten, ist eine gesetzliche Regelung auch insoweit geboten. Die

¹ OLG Frankfurt MDR 1998, 1368; OLG Hamburg NJW-RR 1989, 1022; OLG Karlsruhe NJW 1984, 985; OLG Saarbrücken NJW-RR 1998, 1531; OLG Schleswig NJW 1981, 691; *E. Schneider*, zuletzt MDR 2005, 430; *Thomas/Putzo/Reichold*, ZPO, 26. Aufl., § 567 Rn 10; a.A. zuletzt OLG Rostock MDR 2005, 108.

² Vgl. z.B. OLG Thüringen FamRZ 2003, 1673 sowie *Johannsen/Henrich/Thalman*, Eherecht, 4. Aufl., § 127 ZPO Rn 25 – jeweils m.w.N.

³ FamRZ 2003, 995.

⁴ S. auch die ergänzende Entscheidung des 1. Senats des BVerfG v. 7.10.2003 FamRZ 2004, 85.

⁵ In diesem Sinne *Dose*, Einstweiliger Rechtsschutz in Familiensachen, 2. Aufl., Rn 53; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 16. Aufl., § 145 Rn 12. S. auch BGH NJW 2002, 1577 sowie *Lipp*, NJW 2002, 1700 ff.

⁶ So z.B. *Zöller/Gummer*, ZPO, 22. u. 23. Aufl., § 567 Rn 21. Gegen eine solche Auffassung nachdrücklich *E. Schneider*, MDR 1998, 1368.

Regelung in § 321a ZPO geht von einer Entscheidung aus, die ergangen ist, und kann daher weder analog, noch in extensiver Auslegung des Instruments Anhörungsrüge angewandt werden. Eine Gegenvorstellung ist bei lang währender, unzumutbarer Untätigkeit ein stumpfes Schwert. Das gilt ebenso für die Dienstaufsichtsbeschwerde und für den Antrag, den Richter aus diesem Grunde für befangen zu erklären.⁷ Zudem wird der Anwalt diese Instrumente aus verständlichen Gründen nur ungern nutzen wollen.

Das KG gibt auch insoweit ein wegweisendes Präjudiz, als im Tenor konkret ausformuliert wird, wie die Anweisung an die Vorinstanz aussehen sollte.⁸

Schließlich ist der Entscheidung zu entnehmen, wie zu verfahren ist, wenn ein Sachverständiger – was gerade in Kindersachssachen nicht selten geschieht – sein Gutachten nicht zügig erstattet: Dem Sachverständigen ist unter Androhung von Ordnungsgeld eine Nachfrist zu setzen; läuft auch diese Nachfrist fruchtlos ab, sind die in § 411 ZPO vorgesehenen Ordnungsmittel zu ergreifen.⁹

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

⁷ S. hierzu *Stefan Heilmann*, Kindliches Zeitempfinden und Verfahrensrecht S. 175 und 176 sowie *Zöller/Gummer*, ZPO, 24. Aufl., § 567 Rn 21.

⁸ S. auch *Zöller/Gummer*, ZPO, 24. Aufl., § 567 Rn 21.

⁹ S. auch hierzu *Stefan Heilmann*, a.a.O., S. 10 ff. und 226 ff.