

hoffen, dass BVerfG und BGH auch in Zukunft bei der wichtigen Tagung der Arbeitsgemeinschaft präsent sind. Die Herbsttagung 2005 findet im Norden, in Lübeck, statt.

Klaus Schnitzler, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Familienrecht, Euskirchen

Aufsätze

Prozesskostenvorschuss im Familienrecht

Dieter Büte, Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht, Bad Bodenteich/Celle

I. Einleitung

In Verfahren vor den Familiengerichten spielt der Anspruch auf Prozesskostenhilfe (im Folgenden: PKH) eine erhebliche Rolle.¹ Parteien von Familiensachen – auch solche, die nach den Bestimmungen des FGG zu behandeln sind – sind im Regelfall getrennt lebende oder geschiedene Ehegatten, Kinder, Eltern und entfernte Verwandte, die häufig über ein nur geringes oder gar kein Einkommen verfügen. Bedürftige Parteien haben grundsätzlich einen Anspruch auf Prozesskostenhilfe (im Folgenden: PKH), es sei denn, sie können die Prozesskosten aus ihrem Vermögen (§ 115 Abs. 2 ZPO) aufbringen.

II. Grundlagen

1. Verhältnis PKH zu PKV

Ein Anspruch auf Zahlung von Prozesskostenvorschuss (im Folgenden: PKV) stellt einen einzusetzenden Vermögenswert i.S.d. § 115 Abs. 2 ZPO dar.² Besteht der Anspruch zweifelsfrei und kann er problemlos und zeitnah durchgesetzt werden, ist PKH zu versagen.³ Das ist aber nicht der Fall, wenn der Unterhaltsschuldner zur Zahlung des begehrten PKV leistungsunfähig oder leistungsunwillig ist.⁴ Bei zweifelhaften und in der Zwangsvollstreckung nicht realisierbaren Ansprüchen wird das Ziel, auch der unbemittelten Partei Zugang zu den Gerichten zu verschaffen, nicht erreicht.⁵ Ein Prozess zur Erlangung eines PKV, ggf. auch mit anschließender Zwangsvollstreckung, ist der unbemittelten Partei schon im Interesse der Fortführung des Prozesses, für den PKH begehrt wird, nicht zumutbar.⁶ Deshalb ist in einem ordnungsgemäßen Antrag auf Bewilligung von PKH darzulegen, dass der/die Antragsteller/in außerstande ist, die Prozesskosten im Wege eines durchsetzbaren PKV-Anspruches zu realisieren.⁷ Die Darlegungslast, dass ein PKV-Anspruch entweder nicht besteht oder nicht durchgesetzt werden kann, liegt beim Antragsteller/der Antragstellerin.⁸ Allerdings muss der PKH-Antragsteller gegenüber dem Vorschusspflichtigen die Bedürftigkeit und die tatsächlichen Umstände der Billigkeit der Vorschusszahlung darlegen und beweisen.⁹

2. Gesetzliche Regelung

Eine ausdrückliche gesetzliche Regelung hat der PKV nur im Rahmen des Familienunterhalts gefunden. Dieser umfasst gem. § 1360a Abs. 4 BGB auch den Anspruch auf PKV. Nach herrschender Meinung¹⁰ ist der Anspruch auf PKV ein Ausfluss der Unterhaltspflicht.¹¹ Er besteht, sofern ein Ehegatte nicht in der Lage ist, die Kosten eines Rechtsstreits zu tragen, der eine persönliche Angelegenheit be-

trifft, sofern die Kostenvorschusspflicht der Billigkeit entspricht. Leistungen der Sozialhilfe mindern wegen ihres Nachranges (§ 2 BSHG) den Anspruch nicht.¹² § 1360a Abs. 4 BGB enthält eine abschließende Regelung.¹³

3. Berechtigte und Verpflichtete

Ein Vorschussanspruch kann bestehen zwischen zusammen lebenden Ehegatten im Rahmen des Familienunterhalts nach § 1360a Abs. 4 BGB,¹⁴ zwischen getrennt lebenden Ehegatten nach §§ 1361 Abs. 4 S. 4, 1360a Abs. 4 BGB für die Scheidung,¹⁵ nach § 5 LPartG zwischen zusammen lebenden und nach § 12 Abs. 2 S. 2 LPartG zwischen getrennt lebenden eingetragenen Lebenspartnern,¹⁶ sowie für eheliche und nichteheliche Kinder gegen ihre Eltern gem. §§ 1610 Abs. 2, 1615a BGB.¹⁷

Der Anspruch besteht insoweit gegen beide Eltern anteilig oder gegen einen Elternteil allein. Dies gilt auch für den sorgeberechtigten Elternteil,¹⁸ der das Kind betreut, wenn er leistungsfähig ist und der andere nicht in Anspruch genommen werden kann. Insoweit kann sich unter Berücksichtigung der Ersatzhaftung nach § 1607 BGB eine anteilige Heranziehung zum PKV ergeben.¹⁹ Eine gesamtschuldnerische Haftung beider Eltern scheidet aus.²⁰ Der Anspruch besteht weiter für nichteheliche Kinder gegen die Mutter im Vaterschaftsfeststellungsprozess,²¹ für das Kind gegen den Vater im Ehelichkeitsanfechtungsverfahren nach § 1599 BGB

- 1 *Büttner*, in: Festschrift für Ingrid Groß, S. 27 Fn 1: Die Familiensachen machen etwa 80 % der erstinstanzlichen PKH-Gewährungen aus, Statistik von NRW 2000.
- 2 BGH Rpfleger 1993, 302; BVerwG JurBüro 1988, 1537; BFH JurBüro 1992, 557 = Rpfleger 1992, 356; OLG Bamberg JurBüro 1989, 119; OLG Bremen FamRZ 1984, 919; OLG Karlsruhe FamRZ 1996, 1100; OLG Koblenz FamRZ 1997, 679 = NJWE-FER 1997, 103; OLG München FamRZ 1996, 1021; OLG Naumburg OLGR 1998, 64; OLG Schleswig FamRZ 1991, 855; *Kalthoener/Büttner/Wrobel-Sachs*, Prozesskostenhilfe und Beratungshilfe, 3. Aufl., Rn 354; *Zimmermann*, Prozesskostenhilfe in Familiensachen, 2. Aufl., Rn 158; *Zöller/Philippi*, ZPO, 24. Aufl., § 115 Rn 66 ff.; *Bissmaier*, FamRZ 2003, 863; *Klein*, FuR 1996, 69; *Knops/Knops*, FamRZ 1997, 208; *Philippi*, FPR 2002, 479.
- 3 OLG Bamberg JurBüro 1994, 45; OLG Düsseldorf FamRZ 1990, 420; OLG Köln FamRZ 1985, 1067; OVG Hamburg FamRZ 1988, 773; OVG Münster NJW-RR 1999, 1235 = FamRZ 2000, 21; *Bissmaier*, a.a.O.; *Philippi*, a.a.O.; *Weinreich/Klein*, Kompaktcommentar zum Familienrecht, § 1360a Rn 30.
- 4 BGH Rpfleger 1993, 302; OLG Braunschweig OLGR 1999, 307; OLG München FamRZ 1994, 1126; OVG Münster NJW-RR 1999, 1235; OLG Naumburg FamRZ 2000, 1095 (LS).
- 5 OLG Naumburg FamRZ 2000, 1095; OLG Nürnberg FamRZ 2001, 233.
- 6 OLG Köln OLGR 1999, 136; OVG Münster NJW-RR 1999, 1235.
- 7 So zutr. OLG Köln FamRZ 1994, 1409; *Klein*, FuR 1996, 69.
- 8 OLG Brandenburg FamRZ 2002, 1414; *JH-Büttner*, Eherecht, 4. Aufl., § 1361 Rn 130a; *Kalthoener/Büttner/Wrobel-Sachs*, Rn 355; *Palandt/Brudermüller*, BGB, 63. Aufl., § 1360a Rn 18.
- 9 OLG Koblenz FamRZ 2003, 97; OLG Köln NJW-RR 2002, 1585.
- 10 BGH NJW 1985, 2263; FamRZ 1986, 40; BGHZ 110, 147 = NJW 1990, 1476 = FamRZ 1990, 491; *Bamberger/Roth/Beutler*, BGB, § 1360a Rn 9; *Palandt/Brudermüller*, a.a.O., Rn 7; *Weinreich/Klein*, a.a.O., Rn 2; *Klein*, FuR 1996, 69; *Kleinwegener*, FamRZ 1992, 755, 756; *Knops/Knops*, FamRZ 1997, 208.
- 11 A.A. OLG Düsseldorf FamRZ 1995, 102; OLG Köln FamRZ 1986, 1031; 1994, 1409; Teil der Unterhaltspflicht.
- 12 *Kalthoener/Büttner/Wrobel-Sachs*, Rn 354.
- 13 BGHZ 41, 104, 110; *Palandt/Brudermüller*, a.a.O., Rn 7; *Weinreich/Klein*, a.a.O., Rn 27 und 30; *Kalthoener/Büttner/Wrobel/Sachs*, Rn 357.
- 14 BGH FamRZ 1985, 902.
- 15 BSG Rpfleger 1994, 304.
- 16 *Kalthoener/Büttner/Wrobel/Sachs*, Rn 357.
- 17 BGH NJW 1984, 291 = FamRZ 1984, 148; OLG München FamRZ 1987, 303; OLG Stuttgart FamRZ 1988, 207.
- 18 OLG Jena NJWE-FER 1999, 8 = FamRZ 1998, 1302 = JurBüro 1998, 200; OLG Karlsruhe FamRZ 1996, 1100; OLG Koblenz NJWE-FER 2000, 173 = FamRZ 2001, 632; *Kalthoener/Büttner/Wrobel-Sachs*, Rn 360; *Philippi*, FPR 2002, 479; a.A. OLG München FamRZ 1991, 343; OLG Nürnberg NJW-RR 1995, 390.
- 19 OLG Jena NJWE-FER 1999, 8; OLG Karlsruhe FamRZ 1996, 1100.
- 20 *Duderstadt*, FamRZ 1995, 1308; *Zimmermann*, Rn 159; *Kalthoener/Büttner/Wrobel-Sachs*, Rn 360.
- 21 OLG Hamm DAForm 1987, 924; KG NJW 1982, 111; OLG Koblenz FamRZ 1997, 679; OLG Köln FamRZ 1999, 792; OLG München FamRZ 1987, 303; OLG Schleswig SchlHA 1987, 184.

a.F.,²² weiter zwischen nichtehelichen Kindern und dem beklagten Vater im Vaterschaftsfeststellungsprozess nach § 1600g BGB,²³ für das volljährige Kind gegen seine Eltern analog § 1360a Abs. 4 BGB, sofern es sich noch in der Ausbildung befindet und keine eigene Lebensstellung hat.²⁴

Kein Anspruch auf PKV besteht zwischen geschiedenen Ehegatten.²⁵ Die Verpflichtung zur Zahlung eines PKV bleibt trotz rechtskräftiger Scheidung aber bestehen, wenn z.B. das güterrechtliche Verfahren im Verbund geltend gemacht und später abgetrennt worden ist.²⁶ In der Regel verneint wird auch ein PKV-Anspruch zwischen den Parteien einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft.²⁷ Bejaht worden ist eine PKV-Pflicht zwischen Partnern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft, wenn eine Scheidungspartei in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft lebt und der gesamte Unterhaltsbedarf vom Lebensgefährten sichergestellt wird.²⁸ Diese Auffassung ist schon deshalb abzulehnen, weil eine Rechtsgrundlage fehlt, aus der der PKV-Anspruch einklagbar wäre. Ein Anspruch scheidet auch aus zwischen Lebenspartnern nach Aufhebung ihrer Partnerschaft sowie für Eltern gegenüber ihren minderjährigen Kindern.²⁹ Er besteht auch nicht im Verhältnis zwischen Großeltern und Enkeln.³⁰

III. Tatbestandsvoraussetzungen

1. Rechtsstreit über persönliche Angelegenheiten oder persönliche lebenswichtige Dinge

Die Vorschusspflicht besteht nur für gerichtliche Verfahren in jeder Verfahrensart, nicht jedoch für die Kosten einer außergerichtlichen Beratung.³¹ Außer für die in § 1360a Abs. 4 S. 2 BGB ausdrücklich erwähnten Kosten der Verteidigung in einem Strafverfahren besteht die Vorschusspflicht nur für Rechtsstreitigkeiten, die eine persönliche Angelegenheit betreffen. Es muss also eine genügend enge Verbindung zur Person des betreffenden Ehegatten bestehen.³² Vermögensrechtliche Ansprüche – auch gegen Dritte – sind mit umfasst, soweit sie ihre Wurzeln in der ehelichen Lebensgemeinschaft haben.³³ Persönliche Angelegenheiten sind: Ehe- und Familiensachen i.S.d. § 621 ZPO, insbesondere Unterhaltssachen³⁴ einschließlich einer Steuererstattung aus Realsplitting³⁵ sowie Zugewinnausgleichsansprüche³⁶ sowie die Verteidigung gegen Zugewinnausgleichsansprüche,³⁷ alle Statusverfahren, insbesondere Abstammungsprozesse des gesetzlichen³⁸ oder des vermuteten Vaters,³⁹ Ansprüche auf Ersatz des Körperschadens einschließlich eines Schmerzensgeldes,⁴⁰ Ansprüche auf Auseinandersetzung des Vermögens zwischen Ehegatten, einschließlich des vorbereiteten Auskunftsanspruchs,⁴¹ Insolvenzverfahren mit dem Ziel der Restschuldbefreiung, sofern die Insolvenz nicht vorwiegend auf vorehelichen Schulden beruht,⁴² Haftpflichtprozesse, Verfahren betreffend die Ehre, die Freiheit, die Betreuung, Gesundheit und Wiederherstellung der Arbeitskraft,⁴³ Ansprüche auf Sozialhilfe,⁴⁴ Prüfungsrechtsstreitigkeiten,⁴⁵ Schutz des räumlich gegenständlichen Bereichs der Ehe,⁴⁶ Anfechtung von Ausweisungs- und Abschiebungsverfügungen sowie Führerscheinentzug.

Nicht als persönliche Angelegenheiten gelten: die Geltendmachung eines gesellschaftsrechtlichen Auseinandersetzungsguthabens gegen Dritte,⁴⁷ der Anspruch aus Mithaftung zusammen mit dem früheren Ehegatten gegenüber Dritten,⁴⁸ Ansprüche auf Aufwendungsersatz gegenüber dem früheren Ehegatten,⁴⁹ ein vorzeitiger Erbausgleich⁵⁰ sowie Pflichtteilsergänzungsansprüche gegen die Stiefmutter.⁵¹

2. Bedürftigkeit des Berechtigten

Der Berechtigte muss außerstande sein, die Prozesskosten selbst zu tragen. Die Maßstäbe der §§ 114 ff. ZPO gelten hier nicht. Die Vorschusspflicht besteht aber nur, soweit sie der Billigkeit entspricht. Sofern die Eigenmittel zum Bestreiten des Prozesses nicht ausreichen, ist die Bedürftigkeit

nach Billigkeit zu bejahen, der Bedürftige ist jedoch zunächst gehalten, für den Rechtsstreit eigenes Vermögen zu verwerten, soweit es sich dabei nicht um eine angemessene Rücklage für Fälle der Not oder Krankheit handelt.⁵² Die Anforderungen an die Bedürftigkeit sind um so geringer, je leistungsfähiger der Verpflichtete ist.⁵³ Strengere Maßstäbe sind anzulegen bei geringerer Leistungsfähigkeit des Vorschussverpflichteten; der Berechtigte ist dann gehalten, eigene Mittel bis zur Grenze des notwendigen Unterhalts einzusetzen und dabei den eigenen Vermögensstamm zu verwerten.⁵⁴ Sofern ein Ehegatte aus der Veräußerung eines Familienheims genügende Mittel erhalten hat, besteht kein Anspruch auf PKV. Bei Geltendmachung eines Unterhaltsanspruches im Wege gewillkürter Prozessstandschaft nach § 1629 Abs. 3 BGB kommt es auf die Bedürftigkeit des Elternteils und nicht auf die Bedürftigkeit des Kindes an.⁵⁵ Ein PKV-Anspruch besteht auch nicht mehr, wenn der Unterhaltsberechtigte mit dem zuerkannten Unterhaltsbetrag die Prozesskosten aufbringen kann.⁵⁶

22 OLG Düsseldorf NJW-RR 1995, 1411 = FamRZ 1995, 1426; OLG Celle NJW-RR 1995, 6; OLG Karlsruhe FamRZ 1996, 872; OLG Koblenz FamRZ 1996, 226; a.A. OLG Hamburg NJW-RR 1996, 1; OLG Koblenz NJWE-FER 1998, 126 = FamRZ 1998, 761; NJWE-FER 1999, 45 = FamRZ 1999, 241.

23 OLG Düsseldorf MDR 1995, 1038; KG FamRZ 1987, 303; OLG Koblenz FamRZ 1996, 44; 1997, 679; a.A. KG DAVorm 1971, 246; OLG Koblenz FamRZ 1998, 761; 1999, 241.

24 OLG Celle Nds. Rpfl. 1985, 283; OLG Düsseldorf FamRZ 1986, 698 und 926; OLG Frankfurt FamRZ 1993, 1241; OLG Hamburg FamRZ 1990, 1141; OLG Hamm FamRZ 1996, 1433; 1997, 960; 2000, 255; OLG Karlsruhe FamRZ 1989, 543; NJWE-FER 1999, 367 = FamRZ 2000, 21; OLG Köln FamRZ 1994, 1409; 2000, 757; OLG München FamRZ 1993, 821; OLG Nürnberg FamRZ 1996, 814; OLG Zweibrücken FamRZ 1996, 801; a.A. generell verneinend: OLG Hamm FamRZ 1995, 1508; 1996, 1021; KG OLG 1997, 32.

25 BGH NJW 1984, 291 = FamRZ 1984, 148; FamRZ 1990, 280 = NJW-RR 1990, 280, 282; OLG Frankfurt FamRZ 1993, 1465; OLG Zweibrücken FamRZ 2000, 757.

26 OLG Nürnberg FamRZ 1990, 421; *Palandt/Brudermüller*, Rn 10.

27 OLG Köln FamRZ 1988, 306.

28 OLG Koblenz FamRZ 1987, 612; Rpfleger 1991, 375; NJW-RR 1992, 1348; s. näher auch: *Burgard*, NJW 1990, 3240, 3242.

29 OLG München FamRZ 1993, 821; OLG Oldenburg OLG 1997, 157; *Klein*, FuR 1996, 69, 70; *Lange*, NJW 1970, 830; *Zöllner/Philippi*, a.a.O., Rn 59; a.A. BSG NJW 1970, 352; OLG Koblenz FamRZ 2000, 681; *Bissmaier*, FamRZ 2002, 863, 864; *Kalthoener/Büttner/Wrobel-Sachs*, Rn 363; *Schwab/Borth*, Handbuch des Scheidungsrechts, 4. Aufl., IV Rn 83, Fn 12.

30 *Kalthoener/Büttner/Wrobel-Sachs*, Rn 363; *Philippi*, FPR 2002, 479, 480, der zutreffend darauf hinweist, dass es an einer gesteigerten Verantwortung, die zur Unterhaltspflicht hinzukommen muss, fehlt; a.A. OLG Düsseldorf DAVorm 1990, 80; OLG Koblenz NJW-RR 1997, 263; FamRZ 1997, 681 = NJWE-FER 98, 104.

31 OLG München FamRZ 1990, 312; *Bamberger/Roth/Beutler*, a.a.O., Rn 14; a.A. *Kleinwegener*, FamRZ 1992, 755.

32 BGH NJW 1964, 1129.

33 BGH NJW 2003, 2910; OLG Köln NJW-RR 1989, 967.

34 BGH NJW 1960, 765.

35 OLG Hamm FamRZ 1989, 277.

36 OLG Frankfurt FamRZ 1981, 164; OLG Hamm FamRZ 1981, 275.

37 OLG Koblenz FamRZ 1986, 466.

38 OLG Bremen DAVorm 1998, 935.

39 OLG Koblenz FamRZ 1998, 761; 1999, 241.

40 OLG Köln FamRZ 1994, 1109.

41 BGH NJW 1960, 765.

42 BGH NJW 2003, 2910.

43 OLG Frankfurt FamRZ 1967, 43.

44 OVG Münster JurBüro 1992, 185.

45 OVG Münster NJW-RR 1999, 1235.

46 OLG Frankfurt FamRZ 1982, 606.

47 BGHZ 41, 104, 112.

48 OLG Düsseldorf FamRZ 1984, 388.

49 OLG Nürnberg FamRZ 1986, 697.

50 OLG Köln FamRZ 1979, 178.

51 OLG Köln NJW-RR 1989, 967.

52 OLG Frankfurt FamRZ 1986, 485.

53 OLG Hamm NJW-RR 2002, 1585.

54 *Palandt/Brudermüller*, a.a.O., Rn 11; a.A. *JH-Büttner*, Rn 127: Der Berechtigte kann sich – wie auch der Verpflichtete – auf die Wahrung des angemessenen Bedarfs berufen.

55 OLG Hamm FamRZ 2001, 294; OLG Köln FamRZ 1993, 1472; a.A. OLG Bamberg FamRZ 1994, 635.

56 OLG Hamm NJW-RR 1990, 1286.

3. Leistungsfähigkeit des Verpflichteten

Die Leistungsfähigkeit entfällt bei Gefährdung des eigenen angemessenen Unterhalts – zurzeit 1.000 EUR.⁵⁷ Auch gegenüber minderjährigen Kindern muss sich der Unterhaltsschuldner nicht auf den notwendigen Unterhalt beschränken.⁵⁸ Er muss auch nicht auf Güter des gehobenen Bedarfs verzichten.⁵⁹

PKV wird nicht geschuldet, wenn der Verpflichtete selbst PKH – auch in Raten – erhalten würde.⁶⁰ Als leistungsfähig anzusehen ist aber derjenige, der den PKV selbst nur in Raten aufbringen kann.⁶¹

4. Hinreichende Erfolgsaussicht und fehlender Mutwille

Sofern eine hinreichende Erfolgsaussicht i.S.d. § 114 ZPO fehlt, entfällt ein PKV-Anspruch.⁶² Es ist deshalb Sache des PKV-Begehrenden, die Erfolgsaussichten schlüssig darzulegen und Beweis anzutreten. Vom Klägervortrag ist auszugehen, wenn der in Anspruch genommene Ehegatte nicht substantiiert auf den Klägervortrag erwidert.⁶³ Sofern günstigere Möglichkeiten bestehen, kann die Rechtsverfolgung mutwillig sein.⁶⁴ Bei pünktlicher Unterhaltszahlung ist das Verlangen auf PKV unbillig.⁶⁵

5. Zeitraum des Anspruchs

Die Vorschusspflicht besteht grundsätzlich nur bis zur Beendigung des Rechtsstreits, da ein Vorschuss nur für die zu erwartenden Prozesskosten verlangt werden kann,⁶⁶ außer der Verpflichtete ist rechtzeitig in Verzug gesetzt worden.⁶⁷ Dies gilt auch, sofern der Anspruch auf PKV an den Prozessbevollmächtigten abgetreten wurde.⁶⁸ PKV kann auch nicht rückwirkend als Sonderbedarf verlangt werden.⁶⁹ Ist der PKV aber rechtzeitig verlangt und tituliert, kann daraus auch noch nach Prozessende vollstreckt werden.⁷⁰

6. Höhe des Anspruchs

Die Höhe des PKV richtet sich nach den Gebühren, die Gericht und Anwalt bereits vor Aufnahme einer Tätigkeit nach dem Streitwert des beabsichtigten Rechtsstreits verlangen können. In bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten sind dies für Verfahren, die vor dem 1.7.2004 anhängig geworden sind, die Gerichtskosten, nach § 65 Abs. 1 GKG, Nr. 1201 KV drei Gebühren und im Verbundverfahren eine Gebühr für die Ehesache nach § 65 Abs. 2 GKG, Nr. 1510 KV. Anwälte haben darüber hinaus auf die voraussichtlichen Gebühren, regelmäßig drei Gebühren nach §§ 613 Abs. 1 ZPO, 31 Abs. 3 BRAGO sowie Auslagen und Umsatzsteuer. Dazu zählen auch die Anwaltsgebühren im Rahmen des Verfahrens zur Bewilligung von PKH sowie Reisekosten zum Prozessgericht.⁷¹ Für die nach dem 1.7.2004 anhängig gewordenen Verfahren gilt das neue Gebührenrecht.

7. Rückforderung des PKV

Die Rückforderung eines geleisteten PKV ist im Gesetz nicht geregelt und nur unter bestimmten Voraussetzungen und nur in gewissen Fallgestaltungen möglich. Allein die Tatsache, dass ein Rechtsstreit gegen den anderen zuungunsten ausgegangen ist und diesem die Kosten auferlegt worden sind, begründet keine Rückzahlungsverpflichtung. Allerdings ergibt sich aus dem Vorschusscharakter der Leistung⁷² per se eine Rückzahlungsverpflichtung aus dem den §§ 1360 ff. BGB zugrunde liegenden Rechtsgedanken. Es handelt sich dabei um einen eigenen familienrechtlichen Rückforderungsanspruch sui generis, also nicht um einen Unterhaltsanspruch⁷³ oder Bereicherungsanspruch, so dass die §§ 814, 818 Abs. 3 BGB nicht anwendbar sind.⁷⁴ Der Rückforderungsanspruch ist als selbständige Erstattungsklage vor dem Familiengericht geltend zu machen.⁷⁵

Der PKV kann zurückverlangt werden, wenn sich herausstellt, dass dessen tatbestandliche Voraussetzungen⁷⁶ nicht vorgelegen haben⁷⁷ oder nachträglich entfallen sind,⁷⁸ so z.B., wenn der Vorschussverpflichtete bei der Anforderung des PKV noch leistungsfähig gewesen ist, sich aber nachträglich herausstellt, dass das Einkommen des Verpflichteten die Zahlung eines PKV an sich nicht zugelassen hätte⁷⁹ oder wenn dem Verpflichteten selbst später wegen Änderung seiner wirtschaftlichen Verhältnisse PKH – wenn auch mit Raten – gewährt wird oder er PKH beantragen könnte, ohne dass es auf den Grund der Leistungsunfähigkeit ankommt.⁸⁰ Ein Rückforderungsanspruch besteht weiter, wenn sich die wirtschaftlichen Verhältnisse des bis dahin bedürftigen PKV-Empfängers so wesentlich gebessert haben, dass der bereits gezahlte PKV ohne Gefährdung des eigenen angemessenen Selbstbehaltes zurückerstattet werden kann.⁸¹ Dies kann insbesondere der Fall sein, wenn der Berechtigte aus dem Zugewinnausgleich oder dem Verkauf eines den

57 BGH NJW 1990, 1476 = FamRZ 1990, 491; OLG Brandenburg FamRZ 2002, 1414; OLG Köln FamRZ 1999, 792; JH-Büttner, Rn 127; *Bamberger/Roth/Beutler*, Rn 14; OLG Koblenz JurBüro 1989, 1314; 1 1/2-fache des notwendigen Eigenbedarfs.

58 OLG Köln FamRZ 1999, 792.

59 OLG Köln MDR 1963, 680.

60 BSG Rpfleger 1994, 304; OLG Bamberg FamRZ 2000, 1093; OLG Brandenburg FamRZ 2002, 1414; 2003, 1933; OLG Düsseldorf FamRZ 1993, 1474; OLG Jena JurBüro 1999, 2000; OLG Hamm FamRZ 1986, 1013; OLG Karlsruhe FamRZ 1992, 77; KG FamRZ 1985, 1067; OLG Köln FamRZ 1982, 1416; OLG München FamRZ 1993, 714; OLG Oldenburg FamRZ 1999, 1148; *Palandt/Brudermüller*, Rn 12; *Wendel/Scholz*, § 6 Rn 27; *Klein*, FuR 1996, 71; *Philippi*, FPR 2002, 479, 480; a.A.: OLG Celle Nds. Rpf. 1995, 47; KG FamRZ 1990, 183; OLG Köln FamRZ 1999, 792 = NJWE-FER 1999, 8; OLG Nürnberg FamRZ 1996, 675; OLG Zweibrücken FamRZ 1997, 757; JH-Büttner, Rn 127; *Bissmaier*, FamRZ 2002, 863, 865; *Zimmermann*, Rn 162, 162a.

61 OLG Bamberg JurBüro 1994, 45; KG FamRZ 1990, 153; OLG Köln FamRZ 1999, 792; OLG Nürnberg FamRZ 1996, 895; OLG Zweibrücken FamRZ 1997, 757; *Palandt/Brudermüller*, Rn 12; *Weinreich/Klein*, Rn 48; a.A. unter Hinweis auf § 17 BRAGO, wonach sich ein Anwalt nicht auf Raten einlassen muss; OLG Bamberg FamRZ 2000, 10; OLG Düsseldorf FamRZ 1995, 680; OLG Köln FamRZ 1999, 1410.

62 BGH NJW 2001, 1646 = NJW 2001, 1363.

63 OLG Hamm NJW-RR 1990, 1286.

64 OLG München FamRZ 1996, 312; OLG Zweibrücken FamRZ 1998, 490.

65 OLG Nürnberg NJW-RR 1993, 327.

66 BGH NJW 1985, 2263 = FamRZ 1985, 802; OLG Celle FamRZ 1992, 702, 704; NJWE-FER 1999, 267; OLG Karlsruhe FamRZ 1980, 1037; OLG Köln FamRZ 1991, 842; OLG Nürnberg FamRZ 1998, 489; OLG Rostock OLGR 2001, 560; OLG Zweibrücken OLGR 1999, 378; 2000, 192.

67 OLG Bamberg FamRZ 1986, 484; OLG Düsseldorf FamRZ 1981, 295; KG FamRZ 1987, 956; OLG Karlsruhe FamRZ 2000, 431; *Kalthoener/Büttner/Wrobel-Sachs*, Rn 377; *Klein*, FuR 1996, 72; a.A. OLG Köln FamRZ 1991, 842; Schadensersatz aus Verzug.

68 BGH NJW 1985, 2263 = FamRZ 1985, 802; OLG Bamberg FamRZ 1986, 484; OLG Köln FamRZ 1990, 768.

69 BGH NJW 1985, 2263 = FamRZ 1985, 802; OLG Nürnberg FamRZ 1998, 489; *Palandt/Brudermüller*, Rn 16.

70 BGH NJW 1985, 2263 = FamRZ 1985, 802; OLG Bamberg FamRZ 1986, 484; *Kalthoener/Büttner/Wrobel-Sachs*, Rn 377; *Knops*, FamRZ 1991, 843.

71 OLG Celle FamRZ 1960, 238.

72 BGH NJW 1990, 1476 = FamRZ 1990, 491; *Palandt/Brudermüller*, Rn 19; *Weinreich/Klein*, Rn 52.

73 BGH NJW 1990, 1476 = FamRZ 1990, 491; OLG Karlsruhe FamRZ 1990, 162; *Staudinger/Hübner*, BGB, 13. Aufl./Bearb. 2000, § 1360a Rn 88.

74 OLG Hamm NJW-RR 1992, 582 = FamRZ 1992, 672; *Bamberger/Roth/Beutler*, Rn 20; *Palandt/Brudermüller*, Rn 19; *Klein*, FuR 1996, 147, 148.

75 BGH NJW 1990, 1476 = FamRZ 1990, 491; OLG München FamRZ 1978, 601; OLG Stuttgart FamRZ 1981, 36.

76 Vgl. dazu eingehend *Knops*, NJW 1993, 1237.

77 BGH NJW 1990, 1476 = FamRZ 1990, 491.

78 BGH a.a.O.; OLG Hamm FamRZ 1992, 672; OLG Karlsruhe FamRZ 1990, 162.

79 BGH a.a.O.

80 BGH NSiZ 1993, 351 = SGB 1993, 562; BSHG Rpfleger 1994, 304; BFG JurBüro 1992, 557; BVerwG JurBüro 1988, 1537; OLG Düsseldorf FamRZ 1995, 680; OLG Köln OLGR 2002, 77; *Palandt/Brudermüller*, Rn 20; JH-Büttner, Rn 130; *Benkelburg*, FuR 2003, 68; *Klein*, FuR 1996, 147, 149; *Knops*, FPR 2003, 195, 196.

81 BGH NJW 1971, 1262; 1985, 2263; OLG Koblenz FamRZ 2000, 1219; OLG Saarbrücken NJW-RR 1987, 5; *Klein*, FuR 1996, 147, 149; *Knops*, FPR 2003, 195, 196.

Ehegatten gemeinsam gehörenden Grundstücks beachtliche Geldmittel erhalten hat.⁸² Nicht ausreichend ist die Nachzahlung geschuldeten Unterhalts. Ist der Vorschuss teilweise durch die Gebühren für den Abschluss eines Prozessvergleichs verbraucht, scheidet eine Rückforderung aus.⁸³ Lassen sich die genauen Einkommensverhältnisse nicht zuverlässig feststellen, kann auch die hälftige Rückzahlung des geleisteten PKV der Billigkeit entsprechen.⁸⁴ Eine Rückzahlungsverpflichtung besteht weiterhin, wenn der PKV-Berechtigte in einem Rechtsstreit gegen einen Dritten obsiegt hat, dieser in die Kosten verurteilt worden ist und der PKV-Berechtigte die Kosten bei seinem Kostenschuldner eintreiben kann.⁸⁵ Der Rückforderungsanspruch ist allerdings so lange nicht fällig, so lange nicht eine eventuell erforderliche Zwangsvollstreckung erfolgreich betrieben werden kann oder erfolgreich hätte betrieben werden können.

8. Prozesskostenvorschuss und Kostenfestsetzung

Ein geleisteter PKV ist im Kostenfestsetzungsverfahren mit Zustimmung des Vorschussempfängers zu berücksichtigen. Fehlt die Zustimmung, darf der Rückzahlungsanspruch ausnahmsweise berücksichtigt werden, wenn die gesamten Kosten des Vorschussempfängers abgedeckt sind und eine Kostenfestsetzung zur Überzahlung führen würde. Der geleistete PKV ist auf den Kostenerstattungsanspruch des Vorschussempfängers insoweit anzurechnen, als die Summe aus PKV und Erstattungsbetrag den Gesamtbetrag der Kosten übersteigt, die den Vorschussempfänger letztlich treffen.⁸⁶

9. Abtretbarkeit, Pfändbarkeit und Aufrechnung

Der Anspruch auf PKV ist zweckbestimmt und damit nach § 399 BGB nicht abtretbar, nicht übertragbar und gem. § 851 Abs. 1 ZPO nicht pfändbar. Deshalb ist gegen den zweckgebundenen PKV-Anspruch die Aufrechnung mit dem Kostenerstattungsanspruch aus dem Hauptsacheverfahren nicht statthaft.⁸⁷ Etwas anderes gilt für einen Anspruch auf Rückzahlung eines bereits geleisteten PKV. Die Aufrechnung damit ist – z.B. im laufenden Zugewinnausgleichsprozess – zulässig, da § 394 BGB nicht entgegensteht.⁸⁸

10. PKV-Ansprüche ausländischer Parteien

Da sich das Bestehen eines PKV ausschließlich nach materiellem Recht richtet und der PKV zum Unterhaltsrecht gehört, gilt gem. Art. 18 EGBGB das Unterhaltsstatut, mithin grundsätzlich das Aufenthaltsstatut,⁸⁹ nach Art. 18 IV EGBGB aber das Scheidungsstatut. Gem. Art. 18 II EGBGB hätte ein im Ausland lebender Unterhaltsgläubiger bei einer Klage gegen den im Inland wohnenden Unterhaltsschuldner einen PKV-Anspruch auch dann, wenn dieser weder nach seinem Aufenthaltsstatut (Art. 18 I 1 EGBGB) noch nach dem gemeinsamen Heimatrecht (Art. 18 I 2 EGBGB) gegeben wäre. Es gilt deutsches Recht. Ausländisches Recht kommt allenfalls in Betracht, wenn das ausländische Recht Unterhaltsstatut ist und eine evtl. anders ausgestaltete PKV-Pflicht kennt. Für das Eilverfahren der einstweiligen Anordnung ist schon aus Praktikabilitätsrücksichten heraus deutsches Recht anwendbar.

11. Prozessuale Geltendmachung

Der PKV-Vorschuss ist vor dem Familiengericht geltend zu machen. Dies geschieht i.d.R. wegen der Eilbedürftigkeit durch einstweilige Anordnung, und zwar im Bundverfahren für die Ehesache und die Folgesache nach § 620 Nr. 10 ZPO, in Unterhaltssachen nach § 127a ZPO sowie in sonstigen Familiensachen des § 621 Abs. 1 Nr. 1–3, 6–9 und 13

nach § 621f ZPO. Für Kindschaftssachen gilt § 641d ZPO. Der PKV-Anspruch im Wege einstweiliger Anordnung kann verbunden werden mit einem Hauptsacheverfahren; der Rechtsuchende kann wählen, welchen Rechtsschutzweg er in Anspruch nehmen will.⁹⁰

82 *Wendl/Scholz*, § 6 Rn 34.

83 *Wendl/Scholz*, a.a.O.; a.A. OLG Köln FamRZ 2002, 1134.

84 OLG Hamm FamRZ 1992, 672; *Palandt/Brudermüller*, Rn 20; *Weinreich/Klein*, Rn 53.

85 *MüKo-Wacke*, BGB, 4. Aufl., § 1360 a Rn 31; *Klein*, FuR 1996, 147, 149.

86 OLG Karlsruhe FamRZ 1986, 376; KG FamRZ 1987, 1064; OLG Nürnberg FamRZ 1999, 1217; FuR 2002, 287; OLG Oldenburg NJW-RR 1994, 1411; a.A. OLG Bamberg JurBüro 1982, 449; OLG Stuttgart FamRZ 1992, 1462; OLG München FamRZ 1994, 1605; OLG Zweibrücken NJW-RR 1998, 1535: volle Berücksichtigung des unstreitig gezahlten PKV im Kostenfestsetzungsverfahren; OLG Celle FamRZ 1985, 731: Berücksichtigung entsprechend der Quotelung in der Kostenentscheidung des Hauptverfahrens, keine Rückforderung, wohl aber eine Absetzung von der Kostenforderung, sofern auch diese geleistet.

87 NJW 1985, 2263 = FamRZ 1985, 802; OLG München FamRZ 1993, 714; 1996, 1221.

88 OLG Koblenz FamRZ 2000, 1219; OLG Köln FamRZ 1980, 567; OLG Karlsruhe FamRZ 1986, 376; *Palandt/Brudermüller*, Rn 21.

89 OLG Karlsruhe IPraz 1987, 38; OLG Köln FamRZ 1995, 680; *Henrich*, FamRZ 1986, 841, 843.

90 BGH NJW 1979, 1508; FamRZ 1979, 472; *Klein*, FuR 1996, 147, 149.

Salvatorische Klauseln in Eheverträgen – Helfen sie noch?

Dr. Dr. Herbert Grziwotz, Notar in Regen und Lehrbeauftragter an der Universität Regensburg

Die „Ehevertragsentscheidung“ des BGH v. 11.2.2004 (FF 2004, 79 = FamRB 2004, 105 = BGHR 2004, 519) hat sämtliche Klauseln von Eheverträgen auf den Prüfstand gestellt. Wegen der Unsicherheit darüber, was jetzt und künftig noch Bestand haben wird, haben „Angstklauseln“ Konjunktur. Aber helfen sie im Einzelfall wirklich?

1. Zur Bedeutung salvatorischer Klauseln

a) Herkunft

Der Ausdruck „salvatorische Klausel“ geht auf die in der Carolina enthaltene Regelung, wonach durch die Halsgerichtsordnung Churfürsten, Fürsten und Stenden an jren alten wohlhergebrachten rechtmessigen vnnnd billichen gebreuchen nichts benommen sein soll, zurück. Sie diente als Klarstellung. Die Mitwirkung der Reichsstände am Zustandekommen der Carolina sollte nicht als Verzicht auf die Weitergeltung ihrer Partikularrechte gedeutet werden können. Die clausula salvatoria brachte auch zum Ausdruck, dass die Carolina keine allgemein verbindliche und verpflichtende Kodifikation sein, sondern als „Ordnung“ nur Richtlinien geben sollte.¹ Inzwischen wird der Ausdruck salvatorische Klausel in einem weiteren Sinne als vorsorgliche, dem Schutz einer Person dienende Bestimmung verstanden.² Sie besteht üblicherweise aus zwei Teilen.

b) Erhaltungsklausel

Die Formulierung, dass bei Unwirksamkeit einzelner Bestimmungen des Vertrages die Wirksamkeit der übrigen Be-

1 Siehe nur *Kleinheyer*, in: Landau/Schroeder (Hrsg.), Strafrecht, Strafprozess und Rezeption, 1984, S. 7 ff. u. *Schmidt*, in: ZRG.GA 53, 1933, 1 ff.

2 Vgl. nur *Tilch* (Hrsg.), Deutsches Rechts-Lexikon, 2. Aufl. 2000, s.v. Salvatorische Klausel. Grundlegend *Beyer*, Salvatorische Klauseln, 1988 und *Behme*, Erhaltungsklauseln, 2002 sowie ausführlich zum Grundstückskauf *Keim*, ZfIR 2003, 661 ff. Allg. auch *Langenfeld*, Vertragsgestaltung, 3. Aufl. 2004, Rn 343 ff.