

des Kindes derart differenziert ermitteln, wie es das OLG Köln hier getan hat. Regelmäßig lautet der einhellige Tenor, dass der Kindeswille nicht ernst zu nehmen sei. Es wird stereotyp auf die Formulierung, dass auf „den mit zunehmendem Alter des Kindes immer bedeutsamer werdenden Willen des Kindes selbst zurückgegriffen“ werden kann, ohne dass klar wird, wann das Kind denn ein Alter hat, in dem sein Wille wirklich „bedeutsam“ ist. Insoweit kapituliert die Rechtsprechung häufig vor den streitenden Eltern, die das eigene Kind nicht mehr wahrnehmen, sondern im Streit instrumentalisieren, und stützt damit eine Objektstellung des Kindes, als Wesen ohne einen wirklich bedeutsamen Willen im Umgangsstreit der Eltern, ohne sich mit der Situation des Kindes ernsthaft auseinander zu setzen.

Die Beurteilung des Kindeswillens durch die Gerichte ist mehr als uneinheitlich. Von absoluter, nicht zu übergehender Bedeutung des Kindeswillens gehen das OLG Schleswig² – bei dem mglw. beeinflussten Willen eines 10-jährigen Kindes, aber auch das OLG Karlsruhe³ und das OLG Hamburg⁴ aus. Das BVerfG⁵ und der EuGHMR⁶ wollen jedenfalls einen „beeinflussten“, die wahren Bindungsverhältnisse nicht richtig bezeichnenden Willen des Kindes nicht gelten lassen und fordern ebenfalls, die Wünsche des Kindes „zu bewerten“.

Bei dieser „Bewertung“ gerät die Rechtsprechung auf der Suche nach dem „freien, unbeeinflussten Willen des Kindes“ in eine deutliche Klemme: Wo gibt es den? Jede Erziehung ist – gewollte – Beeinflussung.⁷ Wo Beeinflussung die wahre Bindung des Kindes durch einen entgegengesetzten geäußerten Willen – nachweisbar – verdecken soll, wäre der Kindeswille unbeachtlich. Führt die Beeinflussung aber (weil nicht erfolgreich!) zu einer Willensäußerung des Kindes, die der wahren Bindung entspricht, ist die Beeinflussung nicht nur unerheblich (obwohl ärgerlich!), der Kindeswille ist beachtlich.

Das OLG Köln hat feststellen können, dass im stattfindenden Kontakt des (ablehnenden) Kindes zum Vater und in der Beziehung zwischen beiden sich keine emotionalen Vorbehalte des Kindes zeigten. Also stand der geäußerte (ablehnende) Wille des Kindes der wirklichen Beziehung zum Vater, die ersichtlich positiv war, entgegen. Der geäußerte Wille war daher unbeachtlich.

Bei allem, was das OLG beiden Eltern daneben wohlmeinend mit auf den weiteren Weg gegeben hat, kann man nur hoffen, dass die richterlichen Bemühungen von den Eltern auch verstanden wurden. Andernfalls war auch diese Mühe vergeblich, wie so oft. Der Kindeswille war unfrei und würde es wohl auch weiter bleiben.

Ingeborg Rakete-Dombek, Rechtsanwältin, Fachanwältin für Familienrecht und Notarin, Berlin

2 OLG Schleswig FamRB 2004, 149.

3 OLG Karlsruhe FamRZ 2002, 624.

4 OLG Hamburg FamRZ 2002, 566.

5 BVerfG FamRZ 2001, 1057.

6 EuGHMR FamRZ 2002, 381.

7 So *Peschel-Gutzeit*, FPR 2003, 271.

Auskunftspflicht über Vermögenswerte vor dem Zugewinnausgleichs-Stichtag

§§ 242, 1372 ff. BGB

OLG Köln, Beschl. v. 15.3.2004 – 12 WF 16/04 (AG Aachen)

Gründe: Die zulässige Beschwerde der AGg hat in der Sache Erfolg.

Die von ihr im Rahmen des Ehescheidungsverfahrens erhobene Auskunftsstufenklage, mit der sie von dem ASt Auskunft über den Bestand einer Lebensversicherung zum Zeitpunkt der Trennung der Parteien sowie hinsichtlich eines etwaigen Erlöses im Falle vorzeitiger Kündigung begehrt, hat hinreichende Aussicht auf Erfolg.

Grundsätzlich steht dem Ehegatten zwar gem. §§ 1379, 1384 BGB im Falle der Scheidung der Ehe nur ein Auskunftsanspruch hinsichtlich des Vermögensstandes zum Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrages zu. Davon unberührt bleibt aber der allgemeine Auskunftsanspruch gem. § 242 BGB, der allerdings beschränkt ist auf einzelne Tatbestände, wobei es dem Auskunft begehrenden Ehegatten obliegt, konkrete Anhaltspunkte für ein Handeln i.S.v. § 1375 Abs. 2 BGB vorzutragen (BGH, Urt. v. 19.4.2000, FamRZ 2000, 948, 950). An diesen Vortrag dürfen indes keine übertriebenen Anforderungen gestellt werden. Ausreichend ist die Schilderung von Umständen, aus denen sich ein nicht fern liegender Verdacht auf benachteiligende Handlungen ergibt (vgl. OLG Köln, Beschl. v. 21.12.1998, FamRZ 1999, 1071).

Vorliegend stützt die AGg ihren Verdacht einer benachteiligenden Handlung des ASt auf die Behauptung, er habe eine Lebensversicherung zeitnah zum Stichtag vorzeitig gekündigt, um das an ihn ausgezahlte Kapital in Form des Rückkaufwertes dem Zugewinnausgleich zu entziehen. Dieser Sachvortrag – seine Richtigkeit unterstellt – wäre hinreichend, eine Zurechnung des Vermögenswertes zum Endvermögen des ASt gem. § 1375 Abs. 2 Nr. 3 BGB zu rechtfertigen. Der ASt bestreitet bislang auch nicht etwa schriftsätzlich den Bestand einer Lebensversicherung und deren vorzeitige Kündigung. Mit Schriftsatz v. 13.1.2004 behauptet er lediglich, es treffe nicht zu, „dass in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Stichtag eine Lebensversicherung aufgelöst wurde. Es fehlt jeglicher Vortrag und Beleg, wann die Lebensversicherung zurückgekauft wurde“. Vor diesem Hintergrund lässt sich nicht von vornherein die Erfolgsaussicht der Stufenklage verneinen. Dies gilt schon deshalb, weil die Kündigung eines Lebensversicherungsvertrages in der Regel mit erheblichen finanziellen Nachteilen für den Versicherungsnehmer verbunden ist, also nur im Falle dringenden Kapitalbedarfes erfolgt. Dafür aber fehlt es vorliegend an Anhaltspunkten. Der ASt belässt es bei dem allgemeinen Hinweis, es gebe in vielerlei Hinsicht Notwendigkeiten oder Bedarf, eine Lebensversicherung zu kündigen. Deshalb liegt der Verdacht einer Benachteiligungsabsicht, sofern die Auflösung in zeitlicher Nähe zum Stichtag erfolgte, nicht fern.

Anm. d. Red.: Die Entscheidung ist besprochen in FamRB 2004, 346.

Verfassungsrechtliche Bedenken gegen Anspruchsbegrenzung bei Betreuungsunterhalt für Mutter des nichtehelichen Kindes

§ 1615I Abs. 2 S. 3 BGB

OLG Hamm, Beschl. v. 16.8.2004 – 5 UF 262/04 (AG Bocholt)

Die grundsätzliche zeitliche Befristung des Anspruchs der Mutter des nichtehelichen Kindes auf Betreuungsunterhalt auf bis zu drei Jahre verstößt gegen Art. 6 Abs. 5 GG.

(Leitsatz des Einsenders Dr. Born)

Gründe: I. Die Kl ist die Mutter, der Bekl der Vater des am 18.4.1997 geborenen Kindes, das bei der Kl lebt und von

dieser betreut wird. Die Parteien sind und waren nicht miteinander verheiratet.

Durch Urteil des LG Münster v. 14.8.1998 wurde der Bekl verurteilt, an die Kl für die Zeit bis zum 17.4.2000 einen monatlichen Unterhalt in Höhe von 1.230 DM zu zahlen. Die Kl hat am 15.5.2001 ein weiteres nichteheliches Kind geboren. Der Vater dieses Kindes wurde durch Urteil des OLG Düsseldorf v. 13.12.2002 u.a. verurteilt, an die Kl monatlichen Unterhalt in Höhe von 211 EUR von Februar 2002 bis Mai 2004 zu zahlen. Die Kl hat außerdem zwei Kinder aus einer geschiedenen Ehe. Während der Sohn von ihrem früheren Ehemann aufgezogen wurde, lebt die am 4.12.1985 geborene Tochter bei ihr.

Mit einem am 30.4.2002 beim AG eingegangenen Schriftsatz beantragte die Kl nach vergeblicher Aufforderung des Bekl zur Zahlung weiteren Betreuungsunterhalts v. 29.1.2002 Prozesskostenhilfe für eine Klage auf Unterhalt in Höhe von monatlich 451 EUR ab 1.2.2002. Der Höhe nach begründete sie ihren Anspruch damit, dass das Einkommen des Bekl bei 1.880 EUR netto liege und der Bedarf der Kl bei 840 EUR. Abzüglich 389 EUR, die der Vater des anderen nichtehelichen Kindes schulde, ergebe sich der beantragte Unterhalt.

Mit Beschl. v. 8.7.2002 lehnte das AG Bocholt den Antrag der Kl auf Prozesskostenhilfe mangels Erfolgsaussicht unter Hinweis auf die Befristung des Anspruchs auf Betreuungsunterhalt auf drei Jahre nach der Geburt in § 1615l Abs. 2 BGB ab. Die hiergegen von der Kl eingelegte Beschwerde wies der Senat (in anderer Besetzung) mit Beschl. v. 28.8.2002 ebenfalls mit der Begründung zurück, dass der Anspruch nach § 1615l Abs. 2 BGB grundsätzlich auf drei Jahre nach der Geburt beschränkt sei und Umstände, wonach diese zeitliche Befristung im vorliegenden Fall grob unbillig sei, nicht vorgetragen seien. Der Senat hat sich in diesem Beschluss auch mit der Frage der Verfassungsmäßigkeit der zeitlichen Befristung befasst und diese bejaht, da diese Beschränkung des Unterhaltsanspruchs der nichtehelichen Mutter gegenüber einem Anspruch des geschiedenen Ehegatten aus § 1570 BGB durch eine verfassungskonforme Auslegung der Einschränkungen in § 1615l BGB aufgefangen werden könne, so dass eine generelle Gleichstellung der Ansprüche verfassungsrechtlich nicht erforderlich oder geboten sei. Im Übrigen sei in Bezug auf die Regelung des § 1570 BGB zu bedenken, dass der Umfang und die Dauer des nahehelichen Unterhaltsanspruchs zumindest teilweise nur durch die vorangegangene Ehe und die damit verbundene naheheliche Solidarität geprägt seien, während dieser Gesichtspunkt im Falle des § 1615l BGB nicht von Bedeutung sei, da sich dieser Anspruch auch aus einem flüchtigen und kurzzeitigen Kontakt herleiten könne, was eine vollständige Gleichstellung der jeweiligen Ansprüche der Kindesmutter nicht angezeigt erscheinen lasse.

Auf die daraufhin eingelegte Verfassungsbeschwerde der Kl hat die 3. Kammer des 1. Senats des BVerfG am 4.2.2004 die Beschlüsse des AG Bocholt vom 8.7.2002 und des OLG Hamm v. 28.8.2002 aufgehoben und die Sache an das AG Bocholt zurückverwiesen, weil die Kl durch diese Beschlüsse in ihrem Grundrecht aus Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 des Grundgesetzes verletzt worden sei. Die Frage der Verfassungsmäßigkeit des § 1615l BGB sei nämlich eine weder einfach noch eindeutig zu entscheidende Frage, die geeignet wäre, im summarischen Verfahren entschieden zu werden. So seien die den Betreuungsunterhalt regelnden Vorschriften des § 1615l BGB und § 1570 BGB Ausdruck der Elternverantwortung und dienen dazu, die persönliche Betreuung des Kindes durch einen Elternteil zu ermöglichen. Vor diesem Hintergrund erscheine die Verfassungsmäßigkeit der unterschiedlichen Ausgestaltung des Betreuungsunterhalts im Hinblick auf das aus Art. 6 Abs. 5 GG folgende Gebot der Gleichbehandlung von unehelichen

und ehelichen Kindern jedenfalls fraglich. Durch die Entscheidung dieser Frage im summarischen Prozesskostenhilfverfahren würde der mittellosen Beschwerdeführerin die Möglichkeit genommen, im Hauptsacheverfahren durch vertiefte Darstellung des eigenen Rechtsstandpunktes auf die Meinungsbildung der Instanzgerichte Einfluss zu nehmen und diese zur Aussetzung und Beantragung eines Normkontrollverfahrens zu veranlassen. Ferner bliebe ihr verwehrt, nach Erschöpfung des Rechtsweges durch Erhebung einer Verfassungsbeschwerde mittelbar die verfassungsrechtliche Überprüfung des § 1615l BGB zu erreichen.

Nach daraufhin erfolgter Prozesskostenhilfebewilligung durch das AG Bocholt wurde die Klage am 5.3.2004 zugestellt.

Mit Ur. v. 28.4.2004 hat das AG Bocholt auf Grund mündlicher Verhandlung v. 31.3.2004 die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es angeführt, es könne offen bleiben, ob die Kl ihren Bedarf substantiiert dargelegt habe und ob bzw. inwieweit eine Teilschuldnerschaft des geschiedenen Ehemannes der Kl oder eine anteilige Haftung des Vaters des weiteren nichtehelichen Kindes bestehe, da die Unterhaltspflicht des Bekl 3 Jahre nach der Geburt des Kindes, mithin am 17.4.2000, geendet habe. Das Gericht sehe diese zeitliche Beschränkung nicht als verfassungswidrig an. Der Anspruch der Mutter des nichtehelichen Kindes gegen den Vater gem. § 1615l BGB diene zwar, wie auch der Anspruch der geschiedenen Ehefrau auf Unterhalt nach § 1570 BGB, der Ermöglichung der Betreuung des Kindes. Trotz der gleichen Zweckrichtung beruhe der Unterhaltsanspruch des § 1570 BGB aber auf einer nachwirkenden Solidarität der geschiedenen Eheleute, während dieser Umstand bei dem Anspruch der nichtehelichen Mutter gegen den nichtehelichen Vater fehle. Dieser Umstand rechtfertige nach Auffassung des erkennenden Gerichts den Anspruch der Kindesmutter auf Unterhalt auch in zeitlicher Hinsicht zu begrenzen. Soweit durch die zeitliche Begrenzung der Zweck des Anspruchs, die Ermöglichung der Betreuung des nichtehelichen Kindes, im Einzelfall beeinträchtigt werden sollte, ermögliche § 1615l Abs. 2 S. 3 BGB bei grober Unbilligkeit eine zeitliche Ausweitung des Anspruchs. In Anbetracht des verfassungsrechtlichen Gebots aus Art. 6 Abs. 5 GG der Gleichbehandlung von unehelichen und ehelichen Kindern sei es geboten, diese gesetzgeberisch eingeräumte Möglichkeit der zeitlichen Ausweitung in verfassungskonformer Auslegung weit auszulegen und insoweit der Gleichbehandlung aller Kinder Rechnung zu tragen. Die Kl habe indes keine Umstände dargelegt, die darauf hindeuteten, dass die Versagung eines Unterhaltsanspruchs nach Ablauf der drei Jahre grob unbillig wäre.

Gegen dieses ihr am 7.5.2004 zugestellte Urteil hat die Kl mit einem am 12.5.2004 beim OLG Hamm eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt und diese gleichzeitig unter Aufrechterhaltung ihrer Auffassung, dass die zeitliche Befristung in § 1615l BGB verfassungswidrig sei, begründet.

II. 1. Der Senat hält die grundsätzliche zeitliche Befristung in § 1615l Abs. 2 S. 3 2. Hs. BGB, wonach der Anspruch der nichtehelichen Mutter (oder wenn dieser das Kind betreut, gem. § 1615l Abs. 5 BGB des nichtehelichen Vaters) auf Betreuungsunterhalt auf bis zu 3 Jahre nach der Geburt des Kindes befristet ist, sofern es nicht insbesondere unter Berücksichtigung der Belange des Kindes grob unbillig wäre, einen Unterhaltsanspruch nach Ablauf dieser Frist zu versagen, wegen Verstoßes gegen Art. 6 Abs. 5 des Grundgesetzes für verfassungswidrig.

2. Da es für die Entscheidung über die Berufung der Kl auf die Gültigkeit von § 1615l Abs. 2 S. 3 2. Hs. BGB ankommt, war das Verfahren nach Art. 100 Abs. 1 des Grundgesetzes auszusetzen und die Entscheidung des BVerfG einzuholen.

zu 1.: Nach Art. 6 Abs. 5 des Grundgesetzes sind nichtehelichen Kindern durch die Gesetzgebung die gleichen Bedingungen für ihre leibliche und seelische Entwicklung und ihre Stellung in der Gesellschaft zu schaffen wie den ehelichen Kindern.

Betreut ein geschiedener Ehegatte ein gemeinschaftliches eheliches Kind, kann er nach § 1570 BGB von dem anderen Ehegatten Unterhalt verlangen, solange und soweit von ihm wegen der Pflege und Erziehung eines gemeinschaftlichen Kindes eine Erwerbstätigkeit nicht verlangt werden kann. Nach der obergerichtlichen Rechtsprechung kann von dem betreuenden Elternteil eine Erwerbstätigkeit jedenfalls vor Erreichen des 8. Lebensjahres des Kindes grundsätzlich nicht verlangt werden (s. Nachweise bei *Wendl/Staudigl*, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, 6. Aufl., § 4 Rn 72).

Einige OLGs (siehe Übersicht dazu bei *Wendl/Staudigl*, a.a.O., Rn 76), so auch das OLG Hamm (vgl. 17.1.1 der Hammer Leitlinien zum Unterhaltsrecht, denen auch der erkennende Senat folgt), vertreten die Auffassung, dass eine Erwerbsobliegenheit in der Regel auch noch nicht besteht, solange das Kind noch die Grundschule besucht, d.h. in der Regel bis zum 10. Lebensjahr. Auch nach diesem Zeitpunkt bestimmt sich nach den Umständen des Einzelfalles, ob und in welchem Umfang bereits eine Erwerbsobliegenheit besteht.

Grund für den Unterhaltsanspruch des geschiedenen betreuenden Ehegatten ist die Sicherstellung seines eigenen Unterhalts, um die persönliche Betreuung des Kindes zu ermöglichen, die der Gesetzgeber und mit ihm die obergerichtliche Rechtsprechung zur Frage, bis zu welchem Alter des Kindes von dem betreuenden Elternteil eine Erwerbstätigkeit nicht verlangt werden kann, immer noch als die bestmögliche Betreuungsform im Interesse des Kindes ansieht.

Eine Versagung, Herabsetzung oder zeitliche Begrenzung des Anspruchs aus § 1570 BGB kommt nur unter den Voraussetzungen des § 1579 BGB in Betracht, soweit die Inanspruchnahme des Verpflichteten auch unter Wahrung der Belange eines dem Berechtigten zur Pflege und Erziehung anvertrauten gemeinschaftlichen Kindes grob unbillig wäre, d.h. die zeitliche Befristung des Anspruchs aus § 1570 BGB auf einen Zeitraum, bevor das Kind das 8. Lebensjahr erreicht hat, kommt nur in besonderen Ausnahmefällen in Betracht, deren Voraussetzungen der Unterhaltsverpflichtete beweisen muss.

Demgegenüber sieht § 1615I Abs. 2 S. 3 2. Hs. BGB beim Unterhaltsanspruch des betreuenden Elternteils bei Betreuung eines nichtehelichen Kindes grundsätzlich eine Befristung auf einen Zeitraum bis 3 Jahre nach der Geburt vor, sofern es nicht insbesondere unter Berücksichtigung der Belange des Kindes grob unbillig wäre, einen Unterhaltsanspruch zu versagen, wobei die Darlegungs- und Beweislast für die Tatsachen, die eine grobe Unbilligkeit begründen können, beim Unterhaltsberechtigten liegt, d.h. in der Regel wird einem nichtehelichen Kind im Gegensatz zu einem ehelichen Kind ab einem Alter von drei Jahren eine Fremdbetreuung zugemutet, da der betreuende Elternteil durch Wegfall seines Unterhaltsanspruchs auf die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit angewiesen ist. Die Frage jedoch, bis wann es für die gesunde Entwicklung eines Kindes am förderlichsten ist, von zumindest einem Elternteil persönlich betreut zu werden, kann schon aus wissenschaftlicher Sicht, erst Recht aber im Lichte des Art. 6 Abs. 5 des Grundgesetzes nur einheitlich beantwortet werden.

Diese Ungleichbehandlung ehelicher und nichtehelicher Kinder kann auch nicht mit Hinweis darauf gerechtfertigt werden, dass sowohl der Anspruch aus § 1615I Abs. 2 BGB als auch derjenige aus § 1570 BGB formal als Unterhaltsansprüche des betreuenden Elternteils ausgestaltet sind und

§ 1570 BGB zugleich seine Grundlage in der die Ehe überdauernden ehelichen Solidarität habe, die beim Anspruch der nichtehelichen Mutter fehle. Auch § 1570 BGB ist wie § 1615I BGB nämlich Ausdruck der Elternverantwortung und dient dazu, die Betreuung durch einen Elternteil zu ermöglichen (Beschluss des BVerfG v. 4.2.2004 – 1 BvR 1715/02 –). Aus Sicht des Kindes kann es daher für die Frage, ob und bis wann seine Eltern ihrer Verantwortung durch persönliche Betreuung nachkommen können, keine Rolle spielen, ob seine Eltern miteinander verheiratet waren oder nicht.

Schließlich kann § 1615I Abs. 2 S. 3 2. Hs. BGB auch nicht durch eine verfassungskonforme Auslegung mit Art. 6 Abs. 5 des Grundgesetzes in Einklang gebracht werden. Dies wäre nämlich nur möglich, wenn man eine grobe Unbilligkeit der Befristung immer dann annehmen würde, wenn und solange bei einem ehelichen Kind ein Anspruch des betreuenden Elternteils aus § 1570 BGB gegeben wäre, da nur dann die nach Art. 6 Abs. 5 des Grundgesetzes gebotene Gleichbehandlung gewährleistet wäre. Diese Konsequenz ziehen jedoch die Befürworter einer verfassungskonformen Auslegung, wie auch der vorliegende Fall zeigt, gerade nicht. So hat zwar auch das AG Bocholt in der angefochtenen Entscheidung die Auffassung vertreten, dass die Möglichkeit der zeitlichen Ausweitung in verfassungskonformer Auslegung weit auszulegen sei und insoweit der Gleichbehandlung aller Kinder Rechnung getragen werden könne. Da aber die Kl keine Umstände dargelegt habe, die dafür sprechen, dass die Versagung eines Unterhaltsanspruchs nach Ablauf von drei Jahren grob unbillig wäre, sei die Klage abzuweisen. Damit hat es der Gleichbehandlung aller Kinder gerade nicht Rechnung getragen. Denn wäre die Kl im vorliegenden Fall mit dem Bekl verheiratet gewesen, hätte ihr ein Anspruch auch nach Ablauf von drei Jahren aus § 1570 BGB zugestanden. Die oben beschriebene einzig mögliche Auslegung der Billigkeitsregelung, die zu einer tatsächlichen Gleichbehandlung führen würde, sprengt jedoch den Rahmen einer verfassungskonformen Auslegung, da sie entgegen dem eindeutig zum Ausdruck gebrachten Willen des Gesetzgebers das Regel-/Ausnahmeverhältnis in § 1615I Abs. 2 S. 3 BGB in sein Gegenteil verkehren würde (wie hier auch u.a. *Peschel-Gutzeit*, FuR 1996, 136 noch zur alten Fassung des § 1615I BGB; *Kalthoener/Büttner/Niepmann*, Die Rechtsprechung zur Höhe des Unterhalts, 8. Aufl., Rn 184; *Puls*, FamRZ 1998, 865 (868 ff.); Stellungnahme des Bundesrates zum Gesetzentwurf der Bundesregierung in BT-Drucks 13/4899, 149). Überwiegend wird allerdings die Regelung als „noch“ verfassungskonform angesehen (vgl. z.B. *Büttner*, FamRZ 2000, 781 (786); *Wellenhofer-Klein*, FuR 1999, 448; *Wendl/Staudigl*, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, a.a.O., § 6 Rn 761).

zu 2.: Es kommt auch auf die Gültigkeit der Norm für die Entscheidung über die Berufung der Kl an. Ist § 1615I Abs. 2 S. 3 2. Hs. BGB gültig, wäre die Berufung zurückzuweisen. Gründe, die eine grobe Unbilligkeit i.S. dieser Vorschrift begründen könnten (s. Bsp. dazu in der Begründung des Gesetzentwurfs in BT-Drucks 13/4899, 89), sind nämlich nicht vorgetragen. Ist die Bestimmung hingegen ungültig, wäre bei der Frage, inwieweit eine Erwerbstätigkeit von der Kl erwartet werden kann, derselbe Maßstab wie bei § 1570 BGB anzuwenden, was angesichts des Alters des 1997 geborenen Kindes einen fortdauernden Unterhaltsanspruch der Kl begründen würde. Insofern wäre zwar noch zu klären, in welcher Höhe dieser Anspruch besteht, insbesondere im Hinblick darauf, inwieweit entsprechend § 1606 Abs. 3 S. 1 BGB eine anteilige Haftung des geschiedenen Ehemannes und des Vaters des nichtehelichen Kindes in Betracht kommt. Ein Anteil am Unterhalt wäre jedoch in jedem Fall vom Bekl zu übernehmen. Da die Kl im Übrigen

auch nur ihren Mindestbedarf geltend macht, war auch eine konkrete Darlegung ihres Bedarfs entbehrlich.

Der Senat hat davon abgesehen, vor der Vorlage eine mündliche Verhandlung durchzuführen, da eine nichtstreitige Erledigung des Rechtsstreits und damit eine Vermeidung der Vorlage aller Wahrscheinlichkeit nach nicht zu erwarten gewesen wäre.

Mitgeteilt von *Rolf Oenning*, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Familienrecht, Hamm, und von *Dr. Winfried Born*, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Familienrecht, Dortmund

Anm. d. Red.: Ähnlich inzwischen KG NJW 2004, 3656; vgl. außerdem BVerfG FF 2004, 116; OLG Nürnberg FF 2003, 219 u. Anm. *Schick*, FF 2004, 92; OLG Koblenz FF 2004, 117; OLG Hamburg FF 2004, 117; OLG Koblenz FF 2004, 118.

Anwaltsbeordnung trotz Möglichkeit der Beistandschaft des Jugendamtes

§ 121 ZPO; § 1712 ff. BGB; § 52a SGB VIII (KJHG)

OLG Köln, Beschl. v. 26.7.2004 – 14 WF 143/04 (AG Kerpen)

Gründe: Die Beschwerde gegen die Versagung der Beordnung eines Rechtsanwalts bei gleichzeitiger Gewährung von Prozesskostenhilfe für den gestellten Antrag ist zulässig (§ 127 Abs. 2 ZPO) und auch in der Sache begründet, da die Beordnung eines Anwalts gem. § 121 ZPO geboten war.

1) Der Kl ist 1993 in Russland geboren und lebt seit September 2001 zusammen mit seiner Mutter in Deutschland. Die Mutter ist der deutschen Sprache nur sehr eingeschränkt mächtig. Der Bekl, der nicht anwaltlich vertreten ist, hat die Anerkennung der Vaterschaft abgelehnt. Das AG hat dem Kl Prozesskostenhilfe für die Vaterschaftsfeststellungsklage verbunden mit dem Antrag auf Zahlung des Kindesunterhalts von 100 % der RegelbetragsVO seit Juni 2004 bewilligt, die Beordnung eines Anwalt aber abgelehnt, da sich der Kl der Beistandschaft des Jugendamts bedienen könne. Gegen diese Entscheidung richtet sich die Beschwerde des Kl.

2) Zutreffend ist der Hinweis des AG auf die Möglichkeit der Beistandschaft des Jugendamts nach § 1712 ff. BGB, § 52a SGB VIII (KJHG). Nach dem Gesetz ist die Beistandschaft aber von einem schriftlichen Antrag eines Elternteils abhängig (§ 1712 BGB), es handelt sich nach dem ausdrücklichen Wortlaut des § 52a SGB VIII nur um ein freiwilliges Hilfsangebot des Jugendamts (*H. Schellhorn*, in: *Schellhorn*, SGB VIII (2000), § 52a Rn 5, 6.).

Nach Auffassung des Senats kann dieses freiwillige Hilfsangebot auch im Fall des Prozesskostenhilfeantrags nicht zu einem verpflichtenden gemacht werden, weil der Antrag an das Jugendamt der einfachere und billigere Weg der Rechtswahrnehmung sei, bei dem eine Anwaltsbeordnung nicht erforderlich sei. Dem steht die ausdrückliche Freiwilligkeit des Hilfsangebots entgegen. Eine andere Frage ist, ob ein bereits vom Jugendamt vertretenes Kind außerdem einer Anwaltsbeordnung bedarf (*Kalthoener/Büttner/Wrobel-Sachs*, Prozesskostenhilfe und Beratungshilfe, 3. Aufl. (2002), Rn 547 m.w.N.).

3) Ob eine Anwaltsbeordnung erforderlich ist, richtet sich daher allein nach § 121 Abs. 2 ZPO. Auch im Vaterschaftsfeststellungsverfahren ist nach der Schwierigkeit der Sach- und Rechtslage und den persönlichen Verhältnissen der Partei zu entscheiden, ob eine Anwaltsbeordnung erforderlich ist. Es kann dahinstehen, ob Vaterschaftsfeststellungssachen

und die mit ihnen verbundenen Unterhaltssachen generell rechtlich so diffizil sind, dass eine Anwaltsbeordnung in der Regel ein Verfassungsgebot ist (so OLG Köln (4.) FamRZ 2003, 107 für Sorgerechts- und Unterhaltssachen und wohl auch *Zöller/Philippi*, ZPO, 24. Aufl. 2004, § 121 Rn 6; BGH FamRZ 2003, 1921 stellt für die Unterhaltsvollstreckung richtiger auf den Einzelfall ab), oder ob wegen der Bedeutung der Vaterschaftsfeststellung in aller Regel ein Anwalt beizuordnen ist (vgl. *Kalthoener/Büttner/Wrobel-Sachs*, a.a.O., Rn 547 m.w.N.). Im Streitfall hat der Bekl die Feststellung der Vaterschaft abgelehnt. Unter dieser Voraussetzung ergeben die Sprachschwierigkeiten der gesetzlichen Vertreterin des Kindes und die Tatsache, dass sie erst vor einigen Jahren aus Russland nach Deutschland gekommen ist, zusammen mit dem Umstand, dass wegen der Geburt des Kindes in Russland möglicherweise auch Fragen des internationalen Privatrechts zu klären sind, dass eine Anwaltsbeordnung erforderlich ist.

Mitgeteilt von *Susanne Kollbach-Mathar*, Rechtsanwältin und Fachanwältin für Familienrecht, Kerpen

Rechtsprechung kompakt

A. Familienrecht

Ehegattenunterhalt

1. Haben sich die **Lebensverhältnisse** der Eheleute nach kurzfristigem Zusammenleben **während der langen Dauer des Getrenntlebens verselbständigt**, ohne dass Unterhalt verlangt worden wäre, so steht einem **späteren Trennungsunterhaltsverlangen** nach Einreichung der Scheidung **§ 1579 Nr. 7 BGB entgegen** (OLG Frankfurt/M. FamRZ 2004, 1574).

2. Die **Bewilligung einer Umschulungsmaßnahme** durch das Arbeitsamt **entbindet** den Unterhaltspflichtigen **nicht** ohne weiteres von seiner Verpflichtung, sich **intensiv** um eine neue **Arbeitsstelle zu bemühen** (OLG Hamm FamRZ 2004, 1574).

3. Lebt der Unterhaltspflichtige bei seiner **neuen Lebensgefährtin**, so können **Fahrtkosten** nicht zu Lasten der Unterhaltsgläubiger gehen, sondern nur im Rahmen der 5 %-igen **Berufspauschale** in Abzug gebracht werden; **Zinsleistungen für das gemeinsame Haus** der Eheleute können nur in angemessenem Umfang berücksichtigt werden. Das Zusammenleben mit der neuen Freundin führt **nicht** zu einer **Reduzierung des Selbstbehalts** (OLG Oldenburg FamRZ 2004, 1669; vgl. zum Selbstbehalt auch OLG Nürnberg FamRZ 2004, 300).

4. Im Falle der Bildung von **Ansparabschreibungen** nach § 7g EStG, deren steuerliche Auswirkung nicht im Beurteilungszeitraum ausgeglichen wird, ist für den maßgeblichen durchschnittlichen Betriebsgewinn der (letzten drei) Kalenderjahre **fiktiv** diejenige **Steuerbelastung** zu berücksichtigen, die den Selbständigen ohne die Ansparabschreibungen getroffen hätte (BGH FamRZ 2004, 1177; FamRB 2004, 316 [*Roessink*]; *Soyka*, FK 2004, 136; FuR 2004, 507).

5. **Verzichtet die schwangere Verlobte** in einem **Ehevertrag** vor Eheschließung neben der Vereinbarung der Gütertrennung auf Versorgungsausgleich und nachehelichen Unterhalt, so ist ein solcher Vertrag im Zweifel nach § 138 BGB nichtig (OLG Saarbrücken OLG-Report Saarbrücken 2004, 450; FamRB 2004, 313 [*Grziwotz*]); vgl. zur **richterlichen Ausübungskontrolle** bei einem Ehevertrag, wenn sich die **Einkommensverhältnisse des Ehemannes** während der 16-jährigen Ehe **außerordentlich gut entwickelt** haben und die **gemeinsame Vorstellung** der Ehegatten, die Ehefrau werde nach der Geburt des gemeinsamen Kindes wie-