

verschärft, andererseits aber auch neuer Sachvortrag im Rechtsmittelverfahren zurückgedrängt. Für neue Angriffs- und Verteidigungsmittel sieht § 531 Abs. 2 ZPO vor, dass diese nur dann zulässig sind, wenn sie neue Gesichtspunkte betreffen, die das Gericht des ersten Rechtszuges erkennbar übersehen hat (Abs. 2 Ziff. 1). Diese Regelung korrespondiert mit § 139 Abs. 2 ZPO, wonach eine Entscheidung des Gerichts nicht auf einen Gesichtspunkt gestützt werden darf, den eine Partei erkennbar übersehen hat. Nicht zurückweisbar sind auch neue Angriffs- und Verteidigungsmittel, die infolge eines Verfahrensmangels im ersten Rechtszug nicht geltend gemacht wurden (§ 531 Abs. 2 Ziff. 2 ZPO) oder deren Nichtgeltendmachung im ersten Rechtszug nicht auf einer Nachlässigkeit der Partei beruht (§ 531 Abs. 2 Ziff. 3 ZPO). Das Gericht muss seine Hinweise dokumentieren. Da nur aufgrund des Akteninhaltes der Nachweis erbracht werden kann, dass der Hinweis erfolgt ist, ist die Rechtsfolge, dass insoweit dann kein Ausschluss im Rechtsmittelzug zulässig ist.

Zwar unterliegt auch die Berufung in Familiensachen grundsätzlich den allgemeinen Vorschriften der Berufung. Soweit für Endentscheidungen in FGG-Verfahren auf die Berufungsvorschriften verwiesen wird, ist zu beachten, dass in der Verweisung in § 621e Abs. 3 ZPO nicht auf die Präklusionsregelung des § 531 ZPO verwiesen wird und deshalb die Beschwerde auf neue Tatsachen und Beweise gestützt werden kann (§ 23 FGG, § 621a ZPO). Im Gegensatz hierzu gelten in ZPO-Familiensachen grundsätzlich die allgemeinen Regeln, jedoch mit erheblichen Ausnahmeregelungen. Für isolierte Familiensachen des § 621 Abs. 1 Nr. 4 (Kindesunterhalt), 5 (Ehegattenunterhalt), 8 (Güterrecht) und 11 (Unterhaltsanspruch aus Anlass der Geburt und für Beerdigungskosten) regelt § 621d ZPO in Abweichung von den allgemeinen Vorschriften die Zulassung neuer Angriffs- und Verteidigungsmittel. Dies bedeutet, dass für den jeweiligen prozessualen Anspruch neue Angriffs- und Verteidigungsmittel zugelassen sind. Nicht hierzu rechnen hingegen Klageänderun-

gen, Widerklage oder Gegenantrag (Zöller/Philippi, ZPO, 24. Aufl., § 615 Rn 10; Musielack/Borth, 4. Aufl., § 621d Rn 3 und § 615 Rn 4). Im dem vom OLG Rostock entschiedenen Verfahren wurde erstmals in der Berufungsinstanz die Einrede der Verjährung erhoben und dies nicht als verspätet zurückgewiesen. Zutreffend weist das OLG darauf hin, dass eine Zurückweisung nur zulässig gewesen wäre, wenn durch die Zulassung die Erledigung des Rechtsstreits sich verzögert hätte und die verspätete Geltendmachung auf grober Nachlässigkeit beruht. Selbstständige Angriffs- und Verteidigungsmittel sind aufgrund ausdrücklicher Regelung in § 621d S. 2 ZPO abweichend von den allgemeinen Vorschriften zuzulassen. Bedeutung hat dies insbesondere für die Klageänderung, Aufrechnungserklärung und Widerklage (§ 533 ZPO). Auch für die unselbstständige Anschlussberufung ist zu beachten, dass die zeitliche Limitierung entfällt, wenn zukünftig fällig werdende Leistungen Gegenstand des Verfahrens sind (§ 524 ZPO i. d. F. des 1. Justizmodernisierungsgesetz v. 24.8.2004, BGBl. I 2198). Die allgemeine Beschränkung gilt deshalb auch in Unterhaltsverfahren, wenn und soweit Unterhaltsrückstände im Streit sind. Für Ehesachen ist ganz besonders § 615 ZPO zu beachten. Eine weitere Einschränkung der allgemeinen Vorschriften enthält auch die Verbundvorschrift des § 623 ZPO. Hiernach sind bis zum Schluss der letzten mündlichen Verhandlung im ersten Rechtszug neue Anträge zulässig. Sie können deshalb nicht als verspätet zurückgewiesen werden, und grundsätzlich wird in diesem Fall auch keine Abtrennung nur aufgrund des späten Antrages zulässig sein (Musiellak/Borth, ZPO, 4. Aufl., § 623 Rn 27). Dies unbeschadet einer Abtrennung nach § 628 ZPO, wenn die dort genannten Voraussetzungen vorliegen, die also konkret auf den jeweiligen Antrag hin gesondert von Amts wegen zu prüfen sind.

*Dr. Peter Friederici, Vorsitzender Richter am
OLG Naumburg*

Rechtsprechung kompakt

— *Gabriele Göhler-Schlicht, Vorsitzende Richterin am OLG Köln*

A. Familienrecht

Verlöbnis

Auf Ansprüche, die auf Grund des **Rücktritts vom Verlöbnis** geltend gemacht werden, ist das Heimatrecht desjenigen Verlobten anzuwenden, gegen den solche Ansprüche vom ande-

ren Teil geltend gemacht werden, also das **Heimatrecht des Verpflichteten**. Leistungen, die nicht in Erwartung der Ehe, sondern im Hinblick auf das gegenwärtige Zusammenleben der Parteien erbracht werden, sind nicht als Verlobungsgeschenke anzusehen (BGH FamRZ 2005, 1151).

Ehescheidung

Der im **türkischen Familienrecht** verwendete Begriff der **Zerrüttung** ist mit dem deutschen Begriff nicht identisch; er verlangt vielmehr nach der Rspr. des türkischen Kassationshofs eine objektive, schwerwiegende Störung der ehelichen Verhältnisse, die zumindest für einen Ehegatten unerträglich geworden ist (KG FuR 2005, 422).

Ehegattenunterhalt

1. Die **freiwillige Vereinbarung von Altersteilzeit** stellt dann keine unterhaltsbezogene Leichtfertigkeit (mit der Folge, dass das frühere Einkommen fiktiv zugerechnet wird) dar, wenn dafür triftige Gründe (hier: Sicherung des Arbeitsplatzes für längere Zeit) vorhanden sind (OLG Hamm FamRZ 2005, 1177).
2. Ein **Strafgefangener** kann sich auf seine Leistungsunfähigkeit nicht berufen, wenn gerade die bestrafte vorsätzliche Tat dazu geführt hat, dass der Unterhaltsberechtigte – etwa durch Schädigung seines Vermögens, durch Körperverletzung oder durch Tötung eines vorrangig Unterhaltspflichtigen – (vermehrt) unterhaltsbedürftig geworden ist (OLG Hamm OLGR 2005, 442; BGH NJW 2002, 813).
3. Nachehelicher Unterhalt ist auch bei einer Ehedauer von knapp zwölf Jahren zu **befristen**, wenn die Unterhaltsberechtigte **keine ehebedingten Einbußen** in ihrer beruflichen Entwicklung erlitten hat (OLG Karlsruhe FamRZ 2005, 1179).
4. Übernimmt der zuvor erwerbstätige geschiedene Ehegatte **in der neuen Partnerschaft Haushaltsführung und Kinderbetreuung**, so ist das dann zu billigen, wenn der neue Partner ein etwa gleich hohes Einkommen hat. Das Interesse des neuen Partners an der beruflichen Tätigkeit ist nicht geringer als das Unterhaltsinteresse des geschiedenen Ehegatten. Ein möglicher Nebenverdienst begründet dann keine Leistungsunfähigkeit, wenn dieser zusammen mit dem Einkommen des neuen Lebenspartners nicht den sich nach der Düsseldorfer Tabelle für die Bedarfsgemeinschaft ergebenden Selbstbehalt erreicht (OLG Oldenburg FamRZ 2005, 1179).
5. Ist ein Verwirkungstatbestand gem. § 1579 BGB erfüllt, muss sich der unterhaltsberechtigte Ehegatte auch **Erziehungsgeld** nach § 9 Satz 2 BVerfGG anrechnen lassen (OLG Schleswig FamRB 2005, 254 [Brielmaier]).
6. Auf den Anspruch auf **Freistellung von Steuernachteilen**, die dem unterhaltsberechtigten Ehegatten infolge seiner Zustimmung zum begrenzten Realsplitting entstehen können, ist die Vorschrift des **§ 1585b Abs. 3 BGB**, die die Durchsetzung von Unterhaltsansprüchen einschränkt, die länger als ein Jahr vor Rechtshängigkeit fällig wurden, **weder unmittelbar noch entsprechend anwendbar**. Der Unterhaltsverpflichtete, der das begrenzte Realsplitting in Anspruch nimmt, kann und muss sich von vornherein auf den späteren Ausgleich der steuerlichen Nachteile des Berechtigten einstellen (BGH FamRZ 2005, 1162).

Kindesunterhalt

1. Für die Dauer einer vom Arbeitsamt bewilligten **Umschulung** kann sich der Unterhaltsschuldner gegenüber minderjährigen Kindern nicht auf Leistungsunfähigkeit berufen, wenn es sich um eine **Zweitausbildung** handelt (OLG Thüringen FuR 2005, 335).
2. Der einem unterhaltspflichtigen **Umschüler** zu belassende **Selbstbehalt** ist nur bei ausreichenden Anhaltspunkten dem Selbstbehalt eines erwerbstätigen Unterhaltspflichtigen gleichzustellen (OLG Hamm OLGR 2005, 370).
3. Bei der Berechnung des Kindesunterhalts sind im Mangelfall **Gewerkschaftsbeiträge** nicht absetzbar (OLG Düsseldorf OLGR 2005, 439).
4. Kosten für den **Besuch einer Privatschule** können unterhaltsrechtlicher Mehrbedarf sein. Beruht der Schulbesuch auf einer Entscheidung des Sorgerechtsinhabers, ist diese im Unterhaltsstreit grundsätzlich nicht auf Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit zu überprüfen (OLG Koblenz FamRB 2005, 254 [Bißmaier]).
5. Das volljährige Kind, das die Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen nicht kennt, ist **nicht auf die Auskunftsklage verwiesen**. Es kann vielmehr sofort Leistungsklage erheben und genügt seiner Darlegungs- und Beweislast, wenn es das Einkommen des Unterhaltspflichtigen schätzt. Dieser muss dann im Bestreitensfall sein Einkommen im Einzelnen darlegen (OLG Hamm OLGR 2005, 442).

Elternunterhalt

1. Zu der Entscheidung des **BVerfG** zu den verfassungsrechtlichen Grenzen der Auslegung unterhaltsrechtlicher und sozialhilferechtlicher Normen bei der Bestimmung der Leistungsfähigkeit von Kindern, die **aus übergegangenem Recht vom Sozialhilfeträger zur Unterhaltszahlung für ihre Eltern** herangezogen werden (BVerfG FamRZ 2005, 1051 m. Anm. *Klinkhammer*; NJW 2005, 1927), vgl. jetzt auch die Anmerkung von *Graba*, FamRZ 2005, 1149.
2. Im Fall **Görgülü** hat das BVerfG zu der einstweiligen Anordnung vom 28.12.2004 inzwischen in der Hauptsache entschieden. Es hat festgestellt, dass das OLG Naumburg die Umgangsregelung des Amtsgerichts abgeändert habe, ohne hierzu im Verfahren der **Untätigkeitsbeschwerde** befugt gewesen zu sein (BVerfG FamRZ 2005, 1233).
3. Das pflichtige Kind muss den **Verbrauch des Familieneinkommens** nicht darlegen, wenn die Ausgaben der Familie so hoch waren, dass insgesamt **keine Vermögensbildung** betrieben werden konnte, wobei die Rückführung von Krediten zur Tilgung von Geschäftsschulden, zur Finanzierung von Hausreparaturen oder des Studiums eines Kindes keine Vermögensbildung darstellen (OLG Hamm, 8. FamS, FamRZ 2005, 1193 m. Anm. *Born*; strengere Anforderungen stellt der 3. FamS des OLG Hamm FamRZ 2005, 1193).

Familienvermögensrecht

Trägt ein Ehegatte die **gemeinsamen Schulden nach der Trennung** weiterhin allein ab, während der andere – auch ohne ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung – Trennungsunterhalt nicht geltend macht, so kann sich aus einer besonderen Gestaltung des tatsächlichen Geschehens eine die **häufige Ausgleichspflicht unter Gesamtschuldnern überlagernde anderweitige Bestimmung i.S.d. § 426 Abs. 1 S. 1 BGB** ergeben (BGH FamRZ 2005, 1236; FuR 2005, 379).

Versorgungsausgleich

1. Ein **Härtegrund i.S.v. § 1587c Nr. 1 BGB** kann dann bestehen, wenn der ausgleichsberechtigte Ehegatte über Vermögen verfügt, durch das seine Altersversorgung uneingeschränkt abgesichert ist, und außerdem der Verpflichtete auf die von ihm erworbenen Versorgungsansprüche zur Sicherung seines Unterhalts dringend angewiesen ist (BGH FamRZ 2005, 1238; FuR 2005, 420; FamRB 2005, 255 [Borth]; vgl. auch OLG Hamm FamRZ 2005, 1483; OLG Stuttgart FamRZ 2005, 1485; OLG Köln OLGR 2005, 341).
2. Anwartschaften beim **Versorgungswerk der Architektenkammer Baden-Württemberg** sind im Anwartschafts- und im Leistungsstadium voll dynamisch (OLG Stuttgart FamRZ 2005, 1258; vgl. auch BGH FamRZ 2004, 430; BGH FamRZ 2005, 188).
3. Eine als betriebliche Altersversorgung begründete **Anwartschaft, die auf eine Kapitalleistung gerichtet ist**, unterliegt auch dann nicht dem Versorgungsausgleich, wenn die Ehegatten den Zugewinnausgleich ausgeschlossen haben. Dies gilt auch dann, wenn der Arbeitgeber sich das Recht vorbehalten hat, das Anrecht zu verrenten, diese Befugnis aber bis zum Ende der Ehezeit nicht ausgeübt hat (BGH FamRZ 2005, 1463).

Sorge- und Umgangsrecht

1. Weigert sich ein Elternteil, bei der **Ausstellung eines Kinderausweises** mitzuwirken, so kann dem anderen Elternteil das entsprechende Recht gem. § 1628 BGB zur alleinigen Ausübung übertragen werden. Eine **Eilentscheidung** ist unter den Voraussetzungen des § 621g ZPO möglich, setzt also ein Hauptsacheverfahren voraus. Eine einstweilige Verfügung ist unzulässig. Der Antrag auf Erlass einer solchen kann mangels Hauptsacheverfahrens nicht in einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung umgedeutet werden (OLG Karlsruhe FamRZ 2005, 1187).
2. Bei der für eine Entscheidung nach **§§ 1666, 1666a, 1696 BGB** erforderlichen Gefahr für das Kindeswohl sind die Tragweite einer Trennung des Kindes von der Pflegefamilie, die Intensität der zu ihr entstandenen Bindungen und die Erziehungsfähigkeit der Herkunftsfamilie zu berücksichtigen (OLG Stuttgart FamRZ 2005, 1273).
3. Eltern können auch verlangen, dass eine Pflegeperson ihr Kind an die Großeltern herausgibt. Die **Betreuung durch die Großeltern** ist in der Regel **vorrangig** vor der Betreuung durch

nicht familienangehörige Personen. Eine Verbleibensanordnung nach **§ 1632 Abs. 4 BGB** kann in einem solchen Fall nur ergehen, wenn sonst eine **schwere und nachhaltige Schädigung** des körperlichen und seelischen Wohlbefindens des Kindes zu erwarten ist (OLG Karlsruhe FamRZ 2005, 1501, unter Hinweis auf BVerfG FamRZ 1985, 39, 42; 1987, 786, 790; 2004, 771 f.).
4. Hat das Familiengericht der nach § 1626a Abs. 2 BGB **allein sorgeberechtigten Mutter das Sorgerecht** (teilweise) nach **§ 1666 BGB** entzogen und es nicht zugleich gem. § 1680 Abs. 2 und Abs. 3 BGB auf den Vater übertragen, kann der **Vater** insoweit das alleinige Sorgerecht weder durch Sorgerechtserklärung noch durch Heirat mit der Mutter, sondern allein durch eine **familiengerichtliche Entscheidung nach § 1696 BGB** erlangen (BGH FamRZ 2005, 1469 m. Anm. Luthin).

5. Zur Bedeutung eines **Beschlusses**, mit dem das Familiengericht eine **von den Eltern getroffene Umgangsregelung bestätigt**, siehe BGH FamRZ 2005, 1471. Hiernach soll das Umgangsrecht des Kindes „nicht der vertraglichen Disposition der Eltern“ unterliegen, sondern eine Umgangsvereinbarung soll „erst durch die familiengerichtliche Bestätigung eine das Umgangsrecht konkretisierende konstitutive Wirkung“ erhalten. Kritisch hierzu *Hammer*, FamRZ 2005, 1474.

6. Die nach **Art. 3 Abs. 1 Brüssel II-VO begründete Annexzuständigkeit** der Ehegerichte für Entscheidungen der elterlichen Verantwortung **endet** im Falle der Entführung der gemeinsamen Kinder in das Ausland, wenn innerhalb der Jahresfrist **kein Rückführungsantrag nach dem Haager Kindesentführungsübereinkommen** gestellt worden ist und die Kinder sich in ihrem neuen Umfeld sozial integriert haben (BGH FamRZ 2005, 1540).

Vaterschaftsfeststellung und -anfechtung

1. Zur **Entbehrlichkeit der Erstellung eines Abstammungsgutachtens** bei einem über viele Jahre die Blutabnahme massiv verweigernden Beklagten vgl. AG Wedding FamRZ 2005, 1192.
2. Prozesskostenhilfe für eine **Vaterschaftsanfechtungsklage** ist nicht allein deshalb zu gewähren, weil der Kläger die **Vaterschaft für drei** der während der Ehe geborenen fünf **Kinder bereits erfolgreich angefochten** hat. Es kommt vielmehr darauf an, ob Verdachtsmomente aus den früheren Verfahren auch für die neue Klage zu beachten sind (OLG Köln MDR 2005, 993).

Prozesskostenhilfe

1. Im Verfahren der Rechtsbeschwerde ist der **Bezirksrevisor postulationsfähig**. Im Rahmen einer außerhalb des Scheidungsverbandes in gesetzlicher **Prozessstandschaft** erhobenen Klage auf Kindesunterhalt ist für die Bewilligung von Prozesskostenhilfe auf die **Einkommens- und Vermögensverhältnisse des klagenden Elternteils** und nicht auf diejenigen des Kindes abzustellen (BGH FamRZ 2005, 1164).

2. Wird der beabsichtigte **Klageantrag** im Prozesskostenhilfverfahren **zurückgenommen**, so bleibt es trotz der Neufassung des § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO durch das zum 1.9.2004 in Kraft getretene Erste Justizmodernisierungsgesetz bei dem **Ausschluss der Erstattung der im PKH-Verfahren entstandenen Kosten** (OLG Hamm FamRZ 2005, 1185).

3. Eine Partei, die **rechtsmissbräuchlich die Ehe geschlossen und hierfür ein Entgelt erhalten** hat, trifft grundsätzlich die Pflicht, hiervon **Rücklagen** zu bilden, um die **Kosten eines Eheaufhebungsverfahrens** finanzieren zu können (BGH FamRZ 2005, 1477).

Verfahrensrecht

1. Wendet sich der Unterhaltsschuldner wegen des inzwischen eingetretenen **Rentenbezugs** des Unterhaltsberechtigten gegen den titulierten Unterhaltsanspruch, ist hierfür die **Abänderungsklage** gem. § 323 ZPO und nicht die **Vollstreckungsgegenklage** nach § 767 ZPO eröffnet (BGH FamRZ 2005, 1479; FuR 2005, 417; FamRB 2005, 260 [Kühner]).

2. Zur Frage, wann eine **Berufung unter der Bedingung der Gewährung von Prozesskostenhilfe** eingelegt und damit unzulässig ist, vgl. BGH FamRZ 2005, 1537.

3. Auch nach der seit dem 1.1.2002 geltenden Rechtslage kann die **Anschlussberufung** nach Ablauf der Einlegungsfrist des § 524 Abs. 2 S. 2 ZPO **erweitert** werden, soweit die Erweiterung durch die fristgerecht eingereichte Anschlussberufungsbegründung gedeckt ist (BGH FamRZ 2005, 1538).

4. Nach der Rechtskraft der Scheidung und Abtrennung der Folgesache Kindesunterhalt eines bei der Mutter lebenden

Kindes ist eine **Widerklage** des beklagten Vaters auf Unterhalt für ein bei ihm lebendes Kind **unzulässig**, weil **Partei der Widerklage jetzt ein Dritter**, nämlich das Kind selbst ist, § 1629 Abs. 2 BGB, und das Gesetz auch bei Sachdienlichkeit die Einbeziehung eines Dritten in die abgetrennte Folgesache ausschließt (OLG Köln FamRZ 2005, 2359 m. Anm. *Gottwald*).

B. Erbrecht

1. Ein **Testamentsvollstrecker** hat ein rechtliches **Interesse an der Feststellung**, ob ein Erbprätendent Erbe ist. Auch eine **unbestimmte Verwirkungsklausel** kann dahin auszulegen sein, dass die Zuwendung dann entfällt, wenn der Bedachte sich gegen den Willen des Erblassers – hier: eine lang andauernden Testamentsvollstreckung – auflehnt (OLG Karlsruhe FamRZ 2005, 1200).

2. Wendet die Erblasserin ihrem **Lebensgefährten ihre Eigentumswohnung testamentarisch** zu und hat sie vor, einen großen Teil ihres – dem Wert der Eigentumswohnung entsprechenden – Kapitalvermögens noch zu Lebzeiten zu verschenken, so wollte sie im Testament über ihr **Vermögen als Ganzes** verfügen, so dass ihr Lebensgefährte **Alleinerbe** des noch vorhandenen Vermögens geworden ist (BayObLG FamRZ 2005, 1202).

3. Die **Frist zur Erhebung einer Erbunwürdigkeitsklage** beginnt nach § 2339 Abs. 1 Nr. 1 BGB erst mit **Verkündung des erstinstanzlichen Strafurteils** (BGH FamRZ 2005, 1206).

Neue Bücher zum Familien- und Erbrecht

Kalthoener/Büttner/Wrobel-Sachs, Prozesskosten- und Beratungshilfe, 4. Aufl. 2005, 46 EUR, Verlag C.H. Beck

Göppinger/Börger, Vereinbarungen anlässlich der Ehescheidung, 8. Aufl. 2005, NJW Schriftenreihe, 68 EUR, Verlag C.H. Beck

Krenzler, Scheidungsrecht für Anfänger, 2. Aufl. 2005, 18 EUR, Verlag C.H. Beck

Börger/Engelsing, Eheliches Güterrecht, 2. Aufl. 2005, 59 EUR, Nomos Verlag

Weinreich/Klein, Kompakt-Kommentar, 2. Aufl. 2005, Luchterhand Verlag

Heiß, Das Mandat im Familienrecht 2005, 69 EUR, Nomos Verlag

Jürgens (Hrsg.), Betreuungsrecht, 3. Aufl. 2005, 48 EUR, Verlag C.H. Beck

Langenfeld, Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, 5. Aufl. 2005, 49,50 EUR, Verlag C.H. Beck

Gießler/Soyka, Vorläufiger Rechtsschutz in Ehe-, Familien- und Kindschaftssachen, 4. Aufl. 2005, 58 EUR, Verlag C.H. Beck

Winkler, Vorsorgeverfügungen, 2. Aufl. 2005, 14,80 EUR, Verlag C.H. Beck

Dose, Einstweiliger Rechtsschutz in Familiensachen, 2. Aufl. 2005, 34,80 EUR, Erich Schmidt Verlag

Soyka, Abänderungsklage im Unterhaltsrecht, 2. Aufl. 2005, 34,80 EUR, Erich Schmidt Verlag

Büte, Das Umgangsrecht bei Kindern geschiedener oder getrenntlebender Eltern, 2. Aufl. 2005, 39,80 EUR, Erich Schmidt Verlag