

4. Beginn und Dauer des Anspruchs

Der Anspruch des Kindes beginnt mit der Geburt und dauert über die Minderjährigkeit hinaus fort, solange das Kind unterhaltsbedürftig ist (Rn. 121 ff.) und die Eltern noch leistungsfähig sind. Während der Minderjährigkeit ist die Unterhaltsbedürftigkeit der Regelfall, sie endet mit der Ausbildung des Kindes. Lehnt das Kind noch während der Minderjährigkeit nach Abschluss der Schule ab, eine Ausbildung zu absolvieren, ist es gehalten, selbst für seinen Unterhalt aufzukommen (Rn. 126). Während einer Ausbildung ist es nur in dem Umfang bedürftig, in dem die Ausbildungsvergütung seinen Bedarf nicht deckt. Ab Beginn der Volljährigkeit und fortdauernder Bedürftigkeit wegen eines Schulbesuchs oder einer Ausbildung bleibt der Anspruch bestehen, allerdings ändert sich für die Eltern die Art der Unterhaltsleistung, denn von da an sind beide Eltern barunterhaltspflichtig. Der Anspruch endet mit dem Tod des Kindes. 25c

III. Wie der Unterhalt berechnet wird

1. Prüfungsschema

Prüfungsschema für den Tabellenunterhalt Minderjähriger

26

<p>I. Berechnung des Bedarfs nach den Einkommensverhältnissen des Verpflichteten.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Klärung des mtl. Durchschnittsnettoeinkommens des nichtbetreuenden Elternteils. <ol style="list-style-type: none"> a) Bereinigung des Einkommens durch Abzug berufsbedingter Aufwendungen (nur bei Nichtselbständigen) und berücksichtigungswürdiger Verbindlichkeiten. b) Ist der Verpflichtete vorwerfbar nicht oder nur teilweise erwerbstätig, kommt die Zurechnung eines fiktiven Einkommens in Betracht, das ebenfalls zu bereinigen ist (§ 287 ZPO). c) Klärung, ob und ggf. welche weiteren Unterhaltspflichten bestehen. d) Ergebnis: Feststellung des bedarfsbestimmenden Einkommens. 2. Bestimmung des Bedarfs mit Hilfe des bereinigten Einkommens nach der Unterhaltstabelle. 3. Ist das Kind in Höhe des errechneten Betrags bedürftig? Eigene Einkünfte des Kindes sowie das hälftige Kindergeld sind auf den Bedarf anzurechnen. 4. Ist der Verpflichtete in Höhe des ungedeckten Bedarfs leistungsfähig? <ol style="list-style-type: none"> a) Von dem bereinigten Einkommen des Verpflichteten sind abziehender ungedeckter Bedarf des Kindes, gleichrangige Unterhaltsverpflichtungen. b) Ist der notwendige Selbstbehalt⁶⁷ gewahrt? Überprüfung der Angemessenheit des Zahlbetrages unter Berücksichtigung der Gesamtverpflichtungen des Verpflichteten sowie der Belange des Kindes. <p>II. Ergebnis: zu zahlender Unterhalt.</p>
--

67 Der notwendige Selbstbehalt beträgt seit 1.1.2008 nach Nr. 21.2 der LL bundesweit 900 Euro bei Erwerbstätigen bzw. 770 Euro bei Nichterwerbstätigen. Bis 31.12.2007 lagen die Beträge in den neuen Bundesländern bei ca. 820 bzw. 710 Euro, Nr. 21.2 der LL, Stand 1.7.2007.

- 27 Die Anwendung der Tabelle setzt zunächst voraus, dass das **unterhaltsrechtlich maßgebliche Einkommen des Verpflichteten geklärt wird**, denn der Unterhaltsbedarf des Kindes richtet sich nach dem Einkommen, das dem Unterhaltspflichtigen zur Deckung seines laufenden Lebensbedarfs zur Verfügung steht bzw. bei Anlegung eines objektiven Maßstabs zur Verfügung stehen müsste.⁶⁸ Dazu steht dem Kind ein Auskunftsanspruch gegenüber dem pflichtigen Elternteil zu (§ 1605 BGB, Rn. 558 ff.). Für die **Einkommensermittlung werden bei Einkünften aus nichtselbständiger Erwerbstätigkeit** Informationen über das in den letzten 12 Monaten oder im letzten Kalenderjahr erzielte Durchschnittseinkommen benötigt (Rn. 568). Da die Ermittlung des Durchschnittseinkommens dazu dient, eine **Prognose über das zukünftig zu erzielende Einkommen** zu erstellen, um auf dieser Basis den zukünftigen Unterhalt zu berechnen, ist es sinnvoll, auf einen möglichst **entscheidungsnahen Zeitraum** zurückzugreifen. Ist aufgrund der Veränderung der Arbeitssituation mit einer **nachhaltigen Änderung** des erzielbaren Einkommens zu rechnen, ist auf das Einkommen abzustellen, das zukünftig erzielt wird, und nicht mehr schematisch auf einen Durchschnitt von 12 Monaten. Für rückständigen Unterhalt ist maßgebend das tatsächlich innerhalb dieser Zeiträume erzielte Einkommen.⁶⁹ Bei einem selbständig Erwerbstätigen wird für die Prognoseberechnung i.d.R. auf einen Dreijahreszeitraum abgestellt, der aber auch länger sein kann bei stark schwankenden Einkünften. Bei deutlich steigenden Einkünften kann auch ein kürzerer Zeitraum maßgebend sein. Für rückständigen Unterhalt kann auf das tatsächlich erzielte Einkommen abgestellt werden (Rn. 569).
- 28 **Die Feststellung des bedarfsbestimmenden Einkommens des Verpflichteten vollzieht sich in zwei Arbeitsschritten:**
- **Aufzulisten** sind alle aktuellen **Bruttoeinkünfte**, steuerpflichtig oder nicht, unabhängig von ihrer Zweckbestimmung. Davon sind die gesetzlichen Abzüge bzw. die insoweit gleichgestellten Beiträge für freiwillige Vorsorgeaufwendungen für Krankheit, Invalidität, Alter und Arbeitslosigkeit abzuziehen. Ebenso aufzulisten sind eventuell vorhandene **Schulden** und sonstige Verbindlichkeiten, z.B. Kreditraten, Unterhaltspflichten etc., die das Einkommen des Unterhaltsschuldners schmälern. **Nicht aufzulisten** sind Kosten der allgemeinen Lebensführung, z.B. Miete, Versicherungen etc.; denn diese sind in dem Selbstbehalt, der dem Verpflichteten als eigener Unterhalt zusteht, berücksichtigt (vgl. dazu Rn. 24, 130 ff.).
 - Danach wird das Einkommen **bereinigt**, d.h., es ist zu **bewerten**, welche Einkünfte dem Unterhaltspflichtigen unter Berücksichtigung welcher Aufwendungen und Schuldverpflichtungen für seinen Lebensbedarf zur Verfügung stehen. Dieses so ermittelte unterhaltsrechtlich relevante Einkommen (bedarfsbestimmende Einkommen) ist der Ausgangspunkt für die Bedarfsbemessung.
- 29 Nach Klärung des bedarfsbestimmenden Einkommens wird der **Bedarf nach der Unterhaltstabelle** ermittelt (vgl. Rn. 87 ff.) und geprüft, ob das Kind in Höhe des errechneten Bedarfs auch **bedürftig** ist. Das (hälftige) Kindergeld und eventuell vorhandene eigene Einkünfte des Kindes werden vom Bedarf abgezogen (vgl. Rn. 121 ff.). Bleibt ein **ungedeckter Unterhaltsbedarf** des Kindes, ist zu prüfen, ob und ggf. in welcher Höhe der verpflichtete Elternteil tatsächlich **leistungsfähig**

68 BGH, FamRZ 1986, 780.

69 BGH, FamRZ 2007, 1532, 1534.

ist. Bei Ansprüchen mehrerer gleichrangiger Unterhaltsberechtigter muss bei eingeschränkter Leistungsfähigkeit des Verpflichteten eine Mangelfallberechnung durchgeführt werden (vgl. Rn. 145 ff.).

Schließlich ist der ermittelte Bedarf stets auf seine Angemessenheit zu überprüfen. 30 Denn ob der anhand der Tabelle ermittelte Bedarf tatsächlich dem Anspruch des Kindes auf angemessenen Unterhalt entspricht, ist jeweils noch unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalles und den Belangen des Verpflichteten auf seine Angemessenheit und Ausgewogenheit hin zu überprüfen, gleichgültig, ob es sich um einen sog. Mangelfall handelt oder nicht.⁷⁰ Der BGH hat es dem tatrichterlichen Ermessen überlassen, ob dies mit Hilfe der Bedarfskontrollbeträge der DT geschieht oder aber ohne Anwendung der Kontrollbeträge anhand einer abschließenden Ergebnisprüfung.⁷¹

2. Klärung der aktuellen Einkommensverhältnisse

Die nachfolgend dargestellten Grundsätze zur Klärung und Bereinigung des unterhaltsrechtlich maßgeblichen Einkommens werden zwar bezogen auf das Einkommen des barunterhaltspflichtigen Elternteils erläutert, sie gelten jedoch gleichermaßen für die Klärung und Bereinigung des Einkommens des unterhaltsberechtigten Kindes, soweit es bereits Einkommen erzielt. Auch für die Klärung und Bereinigung der Einkommen von Berechtigten und Verpflichteten anderer Unterhaltsrechtsverhältnisse kann nach den hier erläuterten Grundsätzen verfahren werden. Soweit dort Besonderheiten gelten, wird darauf hingewiesen.

Folgende Einkünfte sind möglich:⁷²

31a

Einkünfte aus Erwerbstätigkeit als Arbeiter, Angestellter, Beamter und dergleichen sowie als selbständiger Gewerbetreibender, Handwerker oder Freiberufler, einschließlich

- Überstundenvergütungen, Leistungszulagen, Trinkgeldern, Abschlusszuwendungen, Tantiemen, Jubiläumszulagen, Provisionen, Steuerrückvergütungen;
- Sachbezügen vom Arbeitgeber wie freies Essen, Wohnen, Freifahrten, Einkaufsrabatte, Überlassen eines PKW, Spesen und Auslagen, soweit sie den tatsächlich entstandenen Mehraufwand übersteigen;
- Einkünften aus einer Nebentätigkeit, auch aus Hobbys, sofern dauerhafte Einkünfte erzielt werden, z.B. als Trainer oder bei der Zucht von Tieren;
- Abfindungen mit und ohne Sozialplan, Übergangsgelder des ausscheidenden Bundeswehrosoldaten.⁷³

Einkünfte ohne Erwerbstätigkeit

32

- Altersruhegeld, Pensionen, Versorgungsrenten, Renten aus Lebensversicherungen, Invalidenrenten;

70 BGH, FamRZ 2000, 1492, 1493; 2002, 536, 540.

71 BGH, FamRZ 2000, 1492, 1493; 1990, 266, 290; 1992, 539, 541. Beispiele zur Angemessenheitsprüfung anhand der Bedarfskontrollbeträge sind unter Rn. 91 zu finden.

72 Vgl. dazu auch die Nr. 1–9 der Leitlinien der OLG.

73 BGH, FamRZ 1987, 930.

- Sozialleistungen mit Lohnersatzfunktion wie Arbeitslosengeld, Kurzarbeitergeld, Schlechtwettergeld, Streikgeld, Krankengeld, Krankenhaustagegeld, Mutterschaftsgeld. Beim Arbeitslosengeld II gelten Besonderheiten: Auf Seiten des Unterhaltspflichtigen gilt es unterhaltsrechtlich als Einkommen, beim Unterhaltsberechtigten bleibt es als subsidiäre Sozialleistung als Einkommen unberücksichtigt, ausgenommen davon sind die Teile des Arbeitslosengeldes, die ebenfalls Lohnersatzfunktion haben, wie z.B. die Zuschläge nach § 24 SGB II oder das Einstiegsgeld nach § 29 SGB II.⁷⁴
- Pflegegeldleistungen nach der Pflegeversicherung (§ 37 Abs. 1 SGB XI) bleiben in der Regel sowohl beim Unterhaltsberechtigten als auch Verpflichteten unberücksichtigt. Denn zugunsten der pflegebedürftigen Person wird gem. § 1610a BGB vermutet, dass das Pflegegeld die Aufwendungen für die Pflege deckt. Pflegegeld, das an die Pflegeperson weitergeleitet wird, ist nach § 13 Abs. 6 SGB XI nur ausnahmsweise unterhaltsrechtliches Einkommen, wenn die Pflegeperson einem minderjährigen und/oder privilegierten volljährigen Kind gesteigert unterhaltspflichtig ist (§ 1603 Abs. 2 BGB) oder beim Trennungs-, Nachehe- oder Verwandtenunterhalt, wenn der eigene Unterhaltsanspruch der Pflegeperson wegen grober Unbilligkeit beschränkt wird (§§ 1361 Abs. 3, 1579, 1611 Abs. 1 BGB); ansonsten bleibt es unberücksichtigt.⁷⁵ Pflegegeld nach § 64 SGB XII, das z.B. für die Pflege von Eltern gewährt wird, oder Pflegegeld, das für die Tagespflege von Pflegekindern nach § 23 Abs. 1 SGB VIII bezogen wird, soll sowohl den Bedarf des Pflégelings abdecken als auch die Pflegeleistung des Pflegenden materiell anerkennen. Lebt ein Kind in der Pflegestelle, umfasst das für die Pflege gezahlte Geld u.a. den notwendigen Unterhalt für das Kind und die Kosten für die Erziehung (§ 39 SGB VIII). Soweit der Träger die Leistungen getrennt ausweist, kann das Erziehungsgeld als Einkommen des Pflegenden behandelt werden,⁷⁶ anderenfalls ist zunächst von dem Pflegegeld der Bedarf des Pflégelings zu ermitteln und der überschüssende Teil als Einkommen zu behandeln. Eine Bedarfsbemessung nach der DT ist nicht ohne weiteres möglich wegen der unterschiedlichen Ausgangssituation der Fremdunterbringng. Der Bedarf des Pflégelings kann hilfsweise gem. § 287 ZPO i.V.m. § 113 Abs. 1 FamFG geschätzt werden, der verbleibende Betrag (i.d.R. ein Drittel)⁷⁷ stellt Einkommen der Pflegeperson dar, das beim Ehegattenunterhalt um einen Erwerbstätigenbonus zu bereinigen ist.⁷⁸
- Wohngeld wird nur berücksichtigt, soweit es nicht unvermeidbare erhöhte Wohnkosten ausgleicht;⁷⁹
- Erziehungs- und Elterngeld finden als Einkommen eines Unterhaltspflichtigen nur Berücksichtigung, soweit er einem minderjährigen und/oder privilegierten volljährigen Kind gesteigert unterhaltspflichtig ist (§ 1603 Abs. 2 BGB). Es ist unterhaltsrechtlich kein Einkommen des Unterhaltsberechtigten, es sei denn,

74 Vgl. Rn. 66b und Nr. 2.2 der Leitlinien.

75 BGH, FamRZ 2006, 846 (mit Anm. v. *Born*, S. 849f.) in Änderung seiner früheren Rechtsprechung in FamRZ 1996, 933; 984, 771; zur früheren Rechtsprechung *Kalthoener/Büttner*, NJW 1996, 1857 ff.; OLG Hamm, FamRZ 1997, 1216 m.w.N.

76 OLG Köln, FamRZ 2010, 904.

77 OLGR Zweibrücken 2002, 75; *Wendl/Dose*, § 1 Rn. 463a.

78 OLG Braunschweig, FamRZ 1996, 1216.

79 BGH, FamRZ 1982, 587, 589; 1984, 772, 774; 2003, 860, 862 = FPR 2003, 378, 380. Zur Berechnung des unterhaltsrelevanten Teils des Wohngeldes vgl. das Beispiel Rn. 257 und BGH, FamRZ 2003, 860, 862.

sein Unterhaltsanspruch ist wegen grober Unbilligkeit beschränkbar (§ 9 BErzGG, § 11 BEEG i.V.m. §§ 1361 Abs. 3, 1579, 1611 Abs. 1 BGB, vgl. dazu die Ausführungen unter Rn. 66a–b).

- Kindergeld und Kinderzuschüsse nach dem SGB II stellen kein bedarfsbestimmendes Einkommen des Verpflichteten dar.⁸⁰
- Unterhalt, den ein barunterhaltspflichtiger Elternteil vom anderen Elternteil für sich erhält und der unter Vorabzug des Kindesunterhalts berechnet wurde, muss i.d.R. nicht für Kindesunterhalt verwendet werden. Taschengeld, das ein unterhaltspflichtiger Elternteil, der wegen eines hinzunehmenden Rollentauschs in der neuen Ehe nicht erwerbstätig ist, von seinem Ehegatten erhält, ist gegenüber minderjährigen Kindern Einkommen.⁸¹ Auch die Gewährung von Familienunterhalt nach § 1360a BGB wirkt sich wirtschaftlich wie Einkommen aus, indem es bedarfsmindernd auf Seiten des Barunterhaltspflichtigen berücksichtigt und damit die Berücksichtigung von tatsächlich oder fiktiv erzielten Nebeneinkünfte ermöglicht (Rn. 63 bei anzuerkennenden Rollentausch in neuer Ehe).

Einkünfte aus Vermögen

33

- Zinsen, sonstige Kapitalerträge, Mieteinnahmen, Wohnvorteil im Eigenheim, Gewinnbeteiligungen an Unternehmen etc.

Abzüge für Steuern und Vorsorgeaufwendungen

34

- Steuern (Einkommen-, Lohn- und Kirchensteuer, Solidaritätszuschlag), Beiträge zur gesetzlichen Sozialversicherung (Renten-, Arbeitslosen-, Kranken- und Pflegeversicherung);
- Beiträge für freiwillige Vorsorgeaufwendungen bei Krankheit, Invalidität, Alter und Arbeitslosigkeit, soweit sie in angemessenem Verhältnis zum Einkommen stehen. In der Regel sind für die primäre Altersvorsorge ca. 20 % des Bruttoeinkommens angemessen.
- Zusätzlicher Altersvorsorgeaufwand wird – je nach Anforderung an die Einstandspflicht im Unterhaltsrechtsverhältnis – in Höhe von weiteren ca. 4 %–5 % des Bruttoeinkommens anerkannt, Rn. 85.

Aufzulisten sind mögliche Abzugsposten, z.B.

- berufsbedingte Aufwendungen, die zur Erzielung des Einkommens erforderlich sind und sich nach objektiven Merkmalen von den privaten Lebenshaltungskosten abgrenzen lassen (weitgehend entsprechend den Werbungskosten im Steuerrecht), verbreitet ist der Abzug einer Pauschale;⁸²
- sämtliche Schulden und Verbindlichkeiten, soweit sie nicht zu den allgemeinen Kosten der Lebensführung gehören, z.B. Zins- und Tilgungsleistungen auf Kreditverpflichtungen, weitere Unterhaltsverpflichtungen etc.

Nicht abzugsfähig – und damit nicht aufzulisten – **sind allgemeine Kosten der Lebensführung**, z.B. Miete, Gas, Elektrizität, Telefon, Haftpflicht-, Rechtsschutz-, Hausratversicherungen etc. Diese sind Teil des dem Verpflichteten zustehenden eigenen notwendigen Unterhalts (Selbstbehalts).

80 BGH, FamRZ 1997, 806, s. Rn. 103 ff.

81 BGH, FamRZ 1980; BGH, FamRZ 2006, 1817, 1830; Wendl/Dose, § 1 Rn. 480.

82 Vgl. Nr. 10.2.1 der Leitlinien der OLG.

- ☞ **Praxishinweis:** Werden im Unterhaltsstreitverfahren die Gehaltsbescheinigungen eingereicht, wird das Gericht die gesetzlichen und die für Vorsorgeaufwendungen notwendigen Abzüge bei seinen Berechnungen immer berücksichtigen. Anders ist es bei den Schulden und sonstigen Verbindlichkeiten: Dazu muss der Unterhaltspflichtige seine sämtlichen Belastungen (bei Krediten Zeitpunkt der Kreditaufnahme und Verwendungszweck) selbst unter Beweisantritt vortragen; das Gericht betreibt keine Sachverhaltsaufklärung von Amts wegen. Hier ist äußerste Sorgfalt beim Sachvortrag geboten, da die Höhe des Unterhalts immer von der Höhe des Einkommens abhängt, das sich nach **Abzug berücksichtigungswürdiger Schulden** ergibt. Am sinnvollsten ist es, schon vorgerichtlich – wenn das Kind Auskunft über Einkommen und Vermögen vom Unterhaltsschuldner verlangt – die Auskunft zu erteilen, wozu auch gehört, bestehende Verbindlichkeiten sowie deren Tilgung mitzuteilen und zu belegen. Das Kind kann dann von vornherein seine Zahlungsanträge der Leistungsfähigkeit anpassen, was sich günstig auf die Höhe der Verfahrenskosten auswirkt. Zwar kann der Verpflichtete die Auskunft im Streitfall noch im Rahmen seiner Rechtsverteidigung ohne Nachteil für seine materielle Rechtsposition vortragen. Er muss aber mit erheblichen Kostennachteilen rechnen, wenn er nicht schon vorprozessual auf das Auskunftsbegehren des Kindes reagiert hat oder einer Auflage des Gerichts nach § 235 Abs. 1 FamFG (Rn. 738 ff.) nicht fristgemäß nachkommt. Denn das Gericht hat bei der nach billigem Ermessen zu treffenden Entscheidung über die Verteilung der Kosten des Verfahrens gem. § 243 Nr. 2 und 3 FamFG die Säumigkeit des auskunftspflichtigen Beteiligten zu berücksichtigen (s. Rn. 689).

a) Einkommen nichtselbständiger Erwerbstätiger

- 35 Hat der Unterhaltsverpflichtete **Einkünfte aus nichtselbständiger Erwerbstätigkeit**, steht ihm zur Deckung seines Lebensbedarfs der tatsächliche Zahlbetrag – sein Nettoeinkommen, also Bruttoeinkommen abzüglich Steuern, Solidaritätszuschlag und Sozialversicherungsbeiträge (nämlich Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung) – zur Verfügung. Für die Unterhaltsberechnung ist deshalb auf sein Durchschnittseinkommen der letzten 12 Monate oder des letzten Kalenderjahres abzustellen.⁸³ Anhand eines Jahreseinkommensnachweises oder der monatlichen Gehaltsbescheinigungen, aus denen sich das Brutto- und Nettoeinkommen einschließlich sämtlicher Zuschläge und Abzüge ergeben muss, ist unter Einbeziehung der Sonderzuwendungen (Urlaubs- und Weihnachtsgeld, Ortszuschläge, Überstunden u.Ä.) der monatliche Nettobetrag errechenbar.
- 36 Die **Höhe der gesetzlichen Abzüge unterliegt Schwankungen**. Die genaue Kenntnis der maßgeblichen Werte kann von Bedeutung sein, wenn das Einkommen fiktiv berechnet werden muss. Die fiktive Berechnung muss im Übrigen so detailliert sein, dass erkennbar ist, in welchem Umfang und zu welchem Stundensatz eine Tätigkeit zumutbar ist, für die ein fiktives Einkommen unterstellt wird.⁸⁴ Ist der Arbeitnehmer nicht oder nicht in vollem Umfang sozialversicherungspflichtig – sorgt er also freiwillig für die Gesundheits- und Altersversorgung bei

⁸³ BGH, FamRZ 1983, 996.

⁸⁴ BGH, FamRZ 2009, 314, 317; BVerfG, FamRZ 2010, 793, 795 zum Begründungszwang bei einem über dem Mindestlohn liegenden Stundensatz.

einer privaten Krankenkasse und Lebensversicherung –, sind die hierfür üblichen nachgewiesenen Ausgaben (bis ca. 20 % des Bruttoeinkommens für die Alters- und Invaliditätsvorsorge und bis ca. 16 % des Bruttoeinkommens für die Kranken- und Pflegeversicherung) vom Bruttoeinkommen abzuziehen.⁸⁵ Zum Abzug von höheren, ergänzenden Altersvorsorgeaufwendungen beim Unterhaltspflichtigen im Rahmen des Minderjährigenunterhalts und anderer Unterhaltsrechtsverhältnisse, s. Rn. 85.

Das durchschnittliche Einkommen des letzten Jahres ist dann nicht maßgeblich, wenn sich in jüngster Zeit gravierende Veränderungen bezüglich der Lohnentwicklung nach oben oder unten ergeben haben, die nun dauerhaft die Lebensbedingungen bestimmen werden, z.B. Wechsel des Arbeitsplatzes oder der Steuerklasse, Arbeitslosigkeit, Beförderung, Pensionierung. Die künftige Unterhaltsrente richtet sich dann immer nach den aktuellen Einkünften.⁸⁶ 37

Beispiel

Der Unterhaltsverpflichtete erzielte 2008 ein Durchschnittsnettoeinkommen von 1 600 Euro monatlich, das sich ab 1.7.2009 um 200 Euro erhöhte. Der Berechnung von Unterhaltsansprüchen sind ab Juli 2009 1 800 Euro zugrunde zu legen.

Liegen für die Berechnung des neuen Einkommens erst Belege für einige Monate vor und sind Sonderzuwendungen (z.B. Weihnachtsgeld) zu erwarten, kann eine fiktive Einkommensberechnung erstellt werden.

☞ **Praxishinweis:** Es passiert immer wieder, dass Unterhaltspflichtige Freibeträge auf der Steuerkarte absichtlich nicht eintragen lassen oder eine Steuerklasse wählen, nach der höhere monatliche Lohnsteuerbeiträge zu zahlen sind, als dies der voraussichtlichen tatsächlichen Steuerschuld entspricht. Die erstinstanzlichen Gerichte ziehen häufig mit Hilfe der Lohnsteuertabellen den fiktiven richtigen Steuerbetrag ab, um eine Benachteiligung des Kindes zu vermeiden. Dies empfiehlt sich dann, wenn noch kein Steuererstattungsbescheid vorliegt. Der BGH hat diese Korrektur des Nettoeinkommens ausdrücklich gebilligt, wenn durch die Steuerklassenwahl die Steuerbelastung von Ehegatten zu Lasten des Unterhaltspflichtigen und damit zum Nachteil des Unterhaltsberechtigten verschoben wird.⁸⁷ In jedem Fall sollte vom Unterhaltsberechtigten immer auch Auskunft über die Steuererstattungen verlangt und vorsorglich die Zahlung eines geschätzten höher bezifferten Unterhaltsbetrages angemahnt werden. Das Gericht kann zur Aufklärung der Einkommensverhältnisse sogar selbst eine entsprechende Auskunft vom Finanzamt einholen, wenn der Verpflichtete trotz richterlicher Auflage untätig bleibt (§ 236 Abs. 1 Nr. 5 FamFG). Diese Befugnis gilt anders als nach § 643 Abs. 2 Nr. 3 ZPO a.F. jetzt für alle Unterhaltsrechtsverhältnisse. Das Auskunftersuchen gegenüber dem Finanzamt ist den Verfahrensbeteiligten mitzuteilen (§ 236 FamFG, vgl. dazu Rn. 748). Es ist für die Beteiligten nicht selbständig anfechtbar.

85 So zuletzt BGH, FamRZ 2003, 860 ff.

86 OLG München, FamRZ 1984, 173.

87 BGH, FamRZ 2004, 443, 444 (zum Elternunterhalt).

767 Über die Kosten der Folgesache wird im Scheidungsbeschluss nach § 150 Abs. 1 FamFG entschieden, sie werden **regelmäßig gegeneinander aufgehoben**.

X. Entscheidung durch Beschluss

10 Rubrums- und Tenorierungsvorschlag

768 Amtsgericht X

– Familiengericht –

Geschäftsnummer:

Erlassvermerk¹⁷⁸

Beschluss

in der Unterhaltssache

...

– Antragstellerin –

Verfahrensbevollmächtigte: ...

gegen

...

– Antragsgegner –

Verfahrensbevollmächtigter: ...

wegen Kindesunterhalt.

Das Amtsgericht X – Familiengericht – hat auf die mündliche Verhandlung vom ... durch die Richterin am Amtsgericht Y. beschlossen:

1. Der Antragsgegner wird verpflichtet, an das Kind ... zu Händen der Antragstellerin ab dem ... eine monatliche, jeweils zum Ersten eines Monats im Voraus zu zahlende Unterhaltsrente in Höhe von ... zu zahlen. Im Übrigen wird der Antrag zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Verfahrens trägt die Antragstellerin zu ... der Antragsgegner zu ...
3. Die sofortige Wirksamkeit wird angeordnet, soweit der Antragsgegner Unterhalt für die Zeit ab ... (Datum) zu zahlen hat.
4. Der Antrag des Antragsgegners auf Einstellung der Zwangsvollstreckung vor Rechtskraft dieser Entscheidung wird zurückgewiesen.

Gründe

(...)

1. Allgemeines

769 Das FamFG ersetzt das Urteil durch den Beschluss. § 116 Abs. 1 FamFG bestimmt, dass in **allen Familiensachen** – auch in Ehe- und Familienstreitsachen – durch Beschluss entschieden wird. Diese Änderung beschränkt sich nicht auf

¹⁷⁸ § 38 Abs. 3 FamFG, s. Rn. 771, 775.

einen bloßen Austausch der Bezeichnung. Der Wechsel der Entscheidungsform geht vielmehr einher mit Änderungen inhaltlicher Art, z.B. hinsichtlich des Beschlussinhalts (§§ 38, 39 FamFG) und der Vollstreckungsvoraussetzungen (§§ 116, 120 FamFG). Der praktische Umgang mit der geänderten Entscheidungsform zeigt, dass die neuen Vorschriften des FamFG zum Beschluss als Endentscheidung in Unterhaltsstreitigkeiten einerseits und die nach § 113 Abs. 1 Satz 2 FamFG entsprechend anwendbaren Vorschriften der ZPO nicht immer problemlos ineinandergreifen.

2. Beschluss als Endentscheidung

Wenn mit der Entscheidung der Verfahrensgegenstand der Unterhaltsstreitsache ganz oder teilweise erledigt wird, entscheidet das Gericht durch **Beschluss** (§§ 116 Abs. 1, 38 FamFG). Der als **Endentscheidung** ergangene Beschluss schließt die jeweilige Instanz ab. 770

Endentscheidungen sind auch Beschlüsse, mit denen über den Erlass, die Verweigerung oder die Aufhebung, bzw. Änderung einer einstweiligen Anordnung zum Unterhalt (§§ 246, 49, 54 FamFG) entschieden wird.

Zwischen- und Nebenentscheidungen fallen nicht unter § 38 FamFG. Soweit sie durch Beschluss zu entscheiden sind, ist dies im Gesetz ausdrücklich bestimmt. So brauchen die **Anordnungen nach §§ 235, 236 FamFG nicht durch Beschluss** getroffen zu werden. Für die nach der ZPO ergehenden Entscheidungen ergibt sich die Beschlussform aus der Verweisung auf die ZPO (z.B. § 127 ZPO im Verfahrenskostenhilfverfahren; § 46 ZPO im Verfahren über ein Ablehnungsgesuch). 771

3. Form, Inhalt und Erlass des Beschlusses

Den formellen **Mindestinhalt** des Unterhaltsbeschlusses bestimmt § 38 Abs. 2 **und 3 FamFG**. Der Beschluss enthält nach § 38 Abs. 2 FamFG: 772

- die Bezeichnung der Beteiligten, ihrer gesetzlichen Vertreter und der Bevollmächtigten;
- die Bezeichnung des Gerichts und die Namen der Gerichtspersonen, die bei der Entscheidung mitgewirkt haben;
- die Beschlussformel.

Der Beschluss ist zu begründen, zu unterschreiben und das Datum der Übergabe des Beschlusses an die Geschäftsstelle oder der Bekanntgabe durch Verlesen der Beschlussformel (Erlass) auf dem Beschluss zu vermerken (§ 38 Abs. 3 Satz 1 bis 3 FamFG).

Die **Bezeichnung** als „Beschluss“ gehört nicht zu den Formerfordernissen, auch wenn sie üblich und sachgerecht ist.¹⁷⁹ Handelt es sich um einen **Versäumnis-, Anerkenntnis-, oder Verzichtsbeschluss**, kann er als solcher bezeichnet werden – in diesem Fall braucht die Entscheidung nach § 38 Abs. 4 Nr. 1 FamFG nicht begründet zu werden.¹⁸⁰ 773

179 Zöller/Feskorn, § 38 FamFG Rn. 7; Keidel/Meyer-Holz, § 38 FamFG Rn. 41; a.A. Prütting/Helms/Abramenko, § 38 FamFG Rn. 4.

180 Zöller/Feskorn, § 38 FamFG Rn. 7; vgl. auch BGH FamRZ 1988, 945.

- 774 Auch der **Tag, an dem die mündliche Verhandlung geschlossen worden ist**, braucht gemäß § 38 Abs. 2 FamFG in einem Unterhaltsbeschluss nicht genannt zu werden. Dennoch ist diese Angabe notwendig, um den Schluss der Tatsachenverhandlung zu bestimmen.¹⁸¹ Dies ist bei der Abänderung gerichtlicher Entscheidungen für die Feststellung der **Präklusion nach § 238 Abs. 2 FamFG** erforderlich. Ansonsten muss dieses Datum anhand der Akte des Vorprozesses ermittelt werden¹⁸², was umständlich und streitträchtig sein kann.
- 775 Der **Inhalt** eines Unterhaltsbeschlusses ist **weniger strikt festgelegt** als der Inhalt eines Urteils nach § 313 ZPO. § 38 FamFG, der für alle Endentscheidungen nach dem FamFG gilt, schreibt dem Gericht bewusst keine bestimmte Fassung der Entscheidungsgründe vor. Er enthält Mindestanforderungen, die in Unterhaltsstreitigkeiten für Endentscheidungen im Hauptsacheverfahren wie im Verfahren der einstweiligen Anordnung gleichermaßen gelten. Eine Bezugnahme auf § 313 ZPO lässt sich in Unterhaltsstreitigkeiten auch nicht aus § 113 Abs. 1 Satz 2 FamFG herleiten, wonach in Familienstreitsachen die Vorschriften der ZPO über das Verfahren vor den Landgerichten entsprechend gelten. Denn § 113 Abs. 1 Satz 1 FamFG verweist in diesen Streitverfahren ausdrücklich auf die Anwendung von § 38 FamFG. Ein Unterhaltsbeschluss muss daher **keinen Tatbestand** enthalten.¹⁸³ Auch eine wörtliche Wiedergabe der **gestellten Anträge** ist nicht zwingend.¹⁸⁴ Allerdings haben sich Inhalt und Umfang der Begründung an dem Zweck der Entscheidungsgründe zu orientieren, den Beteiligten die tatsächlichen und rechtlichen Grundlagen der getroffenen Entscheidung offenzulegen¹⁸⁵ sowie ihnen und ggf. dem Rechtsmittelgericht eine Überprüfung zu ermöglichen. Dafür ist es grundsätzlich erforderlich, in den Gründen zwischen dem Sachverhalt und den daraus gezogenen rechtlichen Folgerungen zu differenzieren sowie das Begehren der Beteiligten im Kern wiederzugeben¹⁸⁶. Darüber hinaus erscheint es jedenfalls bei den mit der Beschwerde anfechtbaren Unterhaltsbeschlüssen im Hauptsacheverfahren **dringend geraten**, zur Wahrung des rechtlichen Gehörs – wozu die Kenntnismahme und die rechtliche Verarbeitung des wesentlichen Sachverhalts gehört¹⁸⁷ – sowie zur Sicherstellung der nach § 308 ZPO gebotenen Bindung an die gestellten Anträge, den Unterhaltsbeschluss wie ein Urteil aufzubauen und einen Tatbestand mit den vorgebrachten Angriffs- und Verteidigungsmitteln unter Hervorhebung der gestellten Anträge zu verfassen.
- 776 Nicht eindeutig geregelt ist der **Erllass des Beschlusses**, so dass die Frage diskutiert wird, ob ein Unterhaltsbeschluss nach mündlicher Verhandlung in erster Instanz auch ohne (sofort anzuberaumenden und fristgebundenen!) **Verkündungstermin** schlicht **im Dezernatsweg** ergehen kann.¹⁸⁸ Dafür spricht § 38 Abs. 3 Satz 3 FamFG, wonach der Erllass eines Beschlusses zu dokumentieren

181 *Meyer-Seitz/Frantzoch/Ziegler*, FGG-Reform: Das neue Verfahrensrecht, S. 403; *Keidel/Meyer-Holz*, § 38 Rn. 48.

182 *Zöller/Feskorn*, § 38 FamFG Rn. 11.

183 *Zöller/Feskorn*, § 38 FamFG Rn. 12; *Prütting/Helms/Abrahamenko*, § 38 FamFG Rn. 16f.; a.A. *Keidel/Meyer-Holz*, § 38 FamFG Rn. 59.

184 *Zöller/Feskorn*, § 38 FamFG Rn. 12; a.A. *Prütting/Helms/Abrahamenko*, § 38 FamFG Rn. 18; *Keidel/Meyer-Holz*, § 38 FamFG Rn. 60.

185 BVerfG, NJW 1982, 30.

186 *Zöller/Feskorn*, § 38 FamFG Rn. 12.

187 BVerfG, NJW 1982, 30.

188 *Prütting/Helms*, § 116 FamFG Rn. 12.

ist und der insofern auch eine Legaldefinition enthält: der Erlass eines Beschlusses liegt entweder in der Übergabe des Beschlusses an die Geschäftsstelle oder in seiner Bekanntgabe durch Verlesen der Beschlussformel.¹⁸⁹ Die Regelung legt den Schluss nahe, dass Beschlüsse in Unterhaltsstreitsachen auch in erster Instanz nicht mehr in einem Termin verkündet werden müssen, selbst wenn es sich um eine Endentscheidung aufgrund mündlicher Verhandlung handelt. Doch greift diese Überlegung in mehrfacher Hinsicht zu kurz. Sie verkennt, dass § 38 Abs. 3 Satz 3 FamFG in erster Linie die Vorschrift zur schriftlichen oder mündlichen Bekanntgabe von Beschlüssen in § 41 FamFG ergänzen soll – eine Regelung, die in Ehe- und Familienstreitsachen ausdrücklich nicht anzuwenden, sondern durch die entsprechenden Regelungen der ZPO zu ersetzen ist (§ 113 Abs. 1 Satz 1 und 2 FamFG). Sie lässt zudem außer Acht, dass der **Grundsatz der Mündlichkeit (§ 128 ZPO)**, an dem das FamFG in Ehe- und Familienstreitsachen zumindest im Hauptsacheverfahren erster Instanz festhält,¹⁹⁰ grundsätzlich nur durchgehalten wird, wenn auch die Entscheidung des Gerichts zeitnah zur mündlichen Verhandlung in einem öffentlichen Termin (vgl. Rn. 733) gefällt, d.h. verkündet wird. Insofern passt zu den familienrechtlichen Streitverfahren erster Instanz nur die entsprechende Anwendung von § 329 Abs. 1 Satz 1 ZPO, wonach Beschlüsse, die aufgrund mündlicher Verhandlung ergehen, verkündet werden müssen. In diese Richtung weisen auch § 117 Abs. 4 und § 142 Abs. 3 FamFG, die jeweils Regelungen für die „Verkündung“ einer Endentscheidung treffen. Mithin entfällt nach dem FamFG nicht die Verkündung von Beschlüssen, die aufgrund mündlicher Verhandlung ergehen, sondern § 38 Abs. 3 Satz 3 FamFG ist dahingehend zu verstehen, dass mit der Verkündung ein Beschluss im Sinne dieser Vorschrift erlassen ist und diese Tatsache auf den Beschluss vermerkt werden muss.¹⁹¹

Sofern das Beschwerdegericht gemäß § 68 Abs. 3 Satz 2 FamFG von einer mündlichen Verhandlung absieht, ist der Beschluss gemäß § 38 Abs. 3 Satz 3 mit Übergabe an die Geschäftsstelle erlassen. Die Notwendigkeit, in diesem Fall einen Verkündungstermin anzuberaumen, ergibt sich weder aus dem FamFG noch aus den entsprechend anwendbaren ZPO-Vorschriften, da der Beschluss nicht aufgrund einer mündlichen Verhandlung ergeht.¹⁹² 777

Ausgeschlossen erscheint dagegen die bei der Verkündung eines Urteils zu verwendende Eingangsformel „Im Namen des Volkes“.¹⁹³ Denn diese Eingangsformel ist nach dem Wortlaut des § 311 Abs. 1 ZPO ausdrücklich der Verkündung von Urteilen vorbehalten, eine entsprechende Anwendung dieser Norm auf Beschlüsse ist in § 329 Abs. 1 ZPO nicht vorgesehen. 778

Die Zustellung eines Unterhaltsbeschlusses richtet sich nach § 329 Abs. 3 ZPO. Beschlüsse, die einen Vollstreckungstitel bilden, sind zuzustellen. 779

189 Anders als bei der Verkündung nach § 311 ZPO ist eine Bekanntgabe durch Verlesen der Beschlussformel nach § 41 Abs. 2 FamFG nur gegenüber Anwesenden möglich.

190 Vgl. aber Prütting/*Helms*, § 116 FamFG Rn. 17, der dies wegen § 128 Abs. 4 ZPO für begründungsbedürftig hält.

191 Prütting/*Helms*, § 116 FamFG Rn. 12; Zöllner/*Feskorn*, § 38 FamFG Rn. 16.

192 Zöllner/*Feskorn*, § 38 FamFG Rn. 16.

193 Wie hier: *Götz*, NJW 2010, 897, 899; *Metzger*, FamRZ 2010, 703; *Vogel*, FamRZ 2010, 704; a.A. *Kranz*, FamRZ 2010, 85 und 705; *Musielak/Borth*, § 116 FamFG Rn. 3 und 7.

4. Kostenentscheidung

- 780 Jede Endentscheidung hat eine Entscheidung über die Kosten zu enthalten. Die Kostenentscheidung richtet sich im isolierten Unterhaltsverfahren nach § 243 FamFG (vgl. Rn. 684ff.), bei der Entscheidung im Verbund nach § 150 FamFG (vgl. Rn. 694), bei der einstweiligen Anordnung nach § 243 (vgl. Rn. 693).

5. Wirksamkeit und Vollstreckbarkeit des Unterhaltsbeschlusses

- 781 Anders als Unterhaltsurteile werden Unterhaltsbeschlüsse nicht für vorläufig vollstreckbar erklärt. Das FamFG kennt das Institut der vorläufigen Vollstreckbarkeit nicht mehr, auch nicht in Familienstreitsachen. Es sieht insoweit einen eigenen Mechanismus vor.

Die Vollstreckbarkeit eines Unterhaltsbeschlusses hängt gem. § 120 Abs. 2 Satz 1 FamFG von der **Wirksamkeit** der Endentscheidung ab. In Unterhaltsstreitsachen tritt diese Wirksamkeit grundsätzlich erst mit Eintritt der **formellen Rechtskraft** des Unterhaltsbeschlusses ein: § 116 Abs. 3 Satz 1 FamFG bestimmt, dass Endentscheidungen in Familienstreitsachen erst mit Rechtskraft wirksam werden. Dem Bedürfnis nach einem vorgezogenen Vollzug wird durch die **Anordnung der sofortigen Wirksamkeit** Rechnung getragen. Nach § 116 Abs. 3 Satz 2 FamFG kann das Gericht die sofortige Wirksamkeit anordnen. Soweit die Endentscheidung eine **Verpflichtung zur Leistung von Unterhalt** enthält, **soll** das Gericht die **sofortige Wirksamkeit anordnen** (§ 116 Abs. 3 Satz 3 FamFG). Dem Schutz des Schuldners in der Vollstreckung dienen zusätzlich die Regelungen des § 120 Abs. 2 Satz 2 und 3 FamFG. Danach kann der Schuldner eine **Einstellung oder Beschränkung der Zwangsvollstreckung** vor Eintritt der Rechtskraft verlangen, wenn ihm die Vollstreckung einen **nicht zu ersetzenden Nachteil** bringen würde. In den Fällen des § 707 Abs. 1 und des § 719 Abs. 1 ZPO kann die Vollstreckung nur unter denselben Voraussetzungen eingestellt oder beschränkt werden.

a) Anordnung der sofortigen Wirksamkeit

- 782 Die Entscheidung zur sofortigen Wirksamkeit ergeht von Amts wegen. Bei der Anordnung der sofortigen Wirksamkeit eines Unterhaltsbeschlusses ist im Rahmen der vorgeschriebenen **Ermessensprüfung** das Interesse des Gläubigers an der Erlangung der Leistung und das Schutzinteresse des Schuldners vor der Vollstreckung einer noch nicht rechtskräftigen Gerichtsentscheidung gegeneinander abzuwägen.¹⁹⁴ Die Ausgestaltung von § 116 Abs. 3 Satz 3 FamFG als Sollvorschrift bringt dabei die **Bedeutung des Unterhalts zur Sicherung des Lebensbedarfs** zum Ausdruck.¹⁹⁵ Diese Bedeutung erfordert in aller Regel den sofortigen Vollzug der ergangenen Unterhaltsregelung.
- 783 Auf eine Anordnung der sofortigen Wirksamkeit kann allerdings hinsichtlich „länger zurückliegender Unterhaltsrückstände“ verzichtet werden, wie es in der Gesetzesbegründung heißt.¹⁹⁶ Es liegt nahe, diesen Zeitraum anhand von § 708 Nr. 8 ZPO zu präzisieren, wonach Urteile mit der Verpflichtung zur Zahlung von Unterhalt und bestimmten Leibrenten ohne Sicherheitsleistung für vor-

194 Keidel/*Weber*, § 116 FamFG Rn. 9; Prütting/*Helms*, § 116 FamFG Rn. 26.

195 BT-Drucks. 10/6308, S. 124 und 412.

196 BT-Drucks. 16/6308, S. 224.

läufig vollstreckbar zu erklären sind, soweit sich die Verpflichtung auf die Zeit nach Klageerhebung und auf das der Klageerhebung vorausgehende letzte Vierteljahr bezieht. Rückständiger Unterhalt aus der vorangehenden Zeit dient nicht notwendigerweise der Sicherung des Lebensbedarfs. Unter demselben Aspekt kommt ein Verzicht auf die Anordnung der sofortigen Wirksamkeit des Unterhaltsbeschlusses auch in Betracht, wenn das JobCenter oder das Jugendamt nach dem SGB übergegangene Ansprüche geltend macht.¹⁹⁷

Die sofortige Wirksamkeit von **einstweiligen Anordnungen** zum Unterhalt (§§ 246ff. FamFG) muss nicht angeordnet werden, da sie mit Erlass formell rechtskräftig werden (§§ 120 Abs. 1 FamFG, 705 ZPO).¹⁹⁸ Sie unterliegen nach § 57 Satz 1 FamFG keinem Rechtsmittel. 784

Wird über **Unterhalt im Verbund** mit der Scheidung entschieden, sollte die sofortige Wirksamkeit des Ausspruchs zum Unterhalt für die Zeit ab Rechtskraft der Scheidung angeordnet werden, weil der Scheidungsbeschluss (z.B. wegen eines auf die Unterhaltsfolgesache beschränkten Rechtsmittels) schneller rechtskräftig werden könnte als die Entscheidung in der Folgesache. Für die Zeit bis zur Rechtskraft der Scheidung kommt eine solche Anordnung wegen § 148 FamFG nicht in Betracht. Die Anordnung könnte wie folgt gefasst werden: 785

Anordnung der sofortigen Wirksamkeit im Verbund

11

Die sofortige Wirksamkeit der Entscheidung wird hinsichtlich des Ausspruchs zum nahehelichen Unterhalt (Nr. 3 des Beschlusstextes) mit Rechtskraft der Scheidung angeordnet. 786

b) Einstellung oder Beschränkung der Vollstreckung

§ 120 Abs. 2 Satz 2 FamFG ergänzt § 116 Abs. 3 Satz 3 FamFG zum Schutz des Schuldners in der Zwangsvollstreckung und sieht die **Einstellung oder Beschränkung der Vollstreckung** vor. Macht der Unterhaltsverpflichtete glaubhaft, dass die Vollstreckung ihm **einen nicht zu ersetzenden Nachteil** bringen würde, hat das Gericht auf seinen **Antrag** die Vollstreckung vor Eintritt der Rechtskraft **in der Endentscheidung** einzustellen oder zu beschränken. 787

aa) Vollstreckungsschutzantrag

Der Antrag auf Vollstreckungsschutz muss bereits vor Erlass der Endentscheidung gestellt werden, damit über die Einstellung oder Beschränkung der Zwangsvollstreckung noch in der Endentscheidung befunden werden kann.¹⁹⁹ 788

Im Verfahren der einstweiligen Anordnung ist ein Vollstreckungsschutzantrag nach § 120 Abs. 2 Satz 2 FamFG nicht zulässig. § 55 FamFG enthält insoweit eine abschließende Regelung.

197 BT-Drucks. 16/6308, S. 224.

198 Prütting/Helms, § 116 FamFG Rn. 25.

199 Wird die rechtzeitige Antragstellung versäumt, kann nur der Antrag nach § 120 Abs. 2 Satz 3 FamFG i.V.m. §§ 707 Abs. 1, 719 Abs. 1 ZPO gestellt werden.

bb) Nicht zu ersetzender Nachteil

- 789 Für die Bedeutung dieser Schutzklausel im Unterhaltsstreit ist entscheidend, ob sie bereits dann eingreift, wenn der Gläubiger im Falle der Aufhebung oder Änderung des Vollstreckungstitels mangels Mittel nicht in der Lage sein wird, den betriebenen Unterhalt zurückzuzahlen. Ob ein **nicht zu ersetzender Nachteil** gegeben ist, wenn der Gläubiger den ohne Sicherheitsleistung erhaltenen Urteilsbetrag wegen Mittellosigkeit nicht zurückzahlen kann, ist umstritten.²⁰⁰ Der BGH hat diese Frage in einer Entscheidung zu § 719 Abs. 2 ZPO wegen des klaren Wortlauts dieser Norm bejaht.²⁰¹ Der Verlust einer – wie in diesem Zusammenhang zu unterstellen sei – nicht geschuldeten Geldsumme sei ein Nachteil, und dieser Nachteil sei, wenn der Empfänger wegen Zahlungsunfähigkeit auf Dauer nicht zur Rückerstattung in der Lage ist, auch unersetzlich.²⁰² Dieser Auslegung kann im Bereich des § 120 Abs. 2 FamFG jedenfalls für Unterhaltsstreitigkeiten nicht zugestimmt werden. Hier liegt ein „unersetzlicher Nachteil“ für den Verpflichteten nur dann vor, wenn durch die Vollstreckung des Unterhaltstitels ein **Schaden entsteht, der durch Geld oder andere Mittel nicht ausgeglichen werden kann.**²⁰³ Bei der Auslegung des Begriffs des „nicht zu ersetzenden Nachteils“ ist die grundsätzliche Wertung des Gesetzgebers zu berücksichtigen, wie sie in § 116 Abs. 3 FamFG zum Ausdruck kommt.²⁰⁴ Danach ist die Bedeutung des Unterhalts für die Sicherung des Lebensbedarfs vorrangig, ein etwaiger finanzieller Verlust des – zumeist wirtschaftlich stärkeren – Unterhaltsverpflichteten in Kauf zu nehmen. Denn es ist typisch für das Unterhaltsverhältnis, dass die zur Sicherung des Lebensbedarfs benötigten Mittel vom Unterhaltsbedürftigen verbraucht werden und in der Regel nicht zurückgezahlt werden können.²⁰⁵

cc) Vollstreckungsschutzmaßnahmen

- 790 Bei der Anwendung des § 120 Abs. 2 Satz 2 FamFG ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, welche Maßnahmen zum Schutz des Verpflichteten vor der Vollstreckung zu ergreifen sind. Neben der **Einstellung** der Zwangsvollstreckung kommt als **Beschränkung** die Einstellung der Vollstreckung über einen bestimmten Betrag hinaus oder der Ausschluss bestimmter Vollstreckungsmaßnahmen (etwa in einzelne Objekte) in Frage.²⁰⁶
- 791 Ob das Familiengericht auf einen Vollstreckungsschutz nach § 120 Abs. 2 FamFG auch mit der Anordnung einer **Sicherheitsleistung**, bzw. einer **Abwendungsbefugnis** gegen Sicherheitsleistung – **als eine die Zwangsvollstreckung be-**

200 Prütting/*Helms*, § 120 FamFG Rn. 10 m.w.N.; *Giers*, FamRB, 2009, 88 m.w.N.; *Griesche*, FamRB 2009, 258 ff.

201 BGH v. 30.1.2007 – X ZR 147/06, FamRZ 2007, 554 (LS).

202 BGH v. 30.1.2007 – X ZR 147/06, FamRZ 2007, 554 (LS) m.w.N.

203 Keidel/*Weber*, § 120 FamFG Rn. 17; so auch zum alten Recht OLG Koblenz, FamRZ 2005, 468 mit Anm. *van Els*, FamRZ 2005, 1758 m.w.N.; OLG Rostock, FamRZ 2004, 127, zum Streitstand auch *Griesche*, FamRB 2009, 258.

204 Keidel/*Weber*, § 120 FamFG Rn. 17.

205 Hinzu kommt, dass die finanzielle Existenz des Unterhaltsverpflichteten auch nach materiellem Recht gesichert wird – der notwendige oder angemessene Selbstbehalt des Unterhaltspflichtigen ist zu berücksichtigen.

206 Prütting/*Helms*, § 120 FamFG Rn. 6; anders: *Giers*, FamRB 2009, 87 ff., der empfiehlt, eine Sicherheitsleistung anzubieten; ebenso *Rakete-Dombek/Türck-Brocker*, NJW 2009, 2769, 2772; krit. auch *Friederici/Kemper*, § 120 FamFG Rn. 6.

schränkende Maßnahme – reagieren darf, ist eine offene und bereits umstrittene Frage²⁰⁷. Es wird die Meinung vertreten, eine solche Option sei nach § 120 Abs. 2 Satz 2 FamFG nicht vorgesehen. Auch § 62 Abs. 1 ArbGG – das Vorbild für § 120 FamFG²⁰⁸ – lasse die Einschränkung der Zwangsvollstreckung gegen Sicherheitsleistung nicht zu.²⁰⁹ Richtig ist, dass im Arbeitsgerichtsprozess eine Einstellung der Zwangsvollstreckung gegen Sicherheitsleistung nicht in Betracht kommt (vgl. § 62 Abs. 1 Satz 4 ArbGG). Anders als § 62 Abs. 1 ArbGG beschränkt sich § 120 Abs. 2 Satz 2 FamFG jedoch nicht auf eine Einstellung der Zwangsvollstreckung, sondern lässt auch eine Beschränkung der Zwangsvollstreckung zu. Unter diesen Begriff kann das mildere Mittel einer Einstellung der Zwangsvollstreckung gegen Sicherheitsleistung problemlos eingeordnet werden. Eine solche Auslegung von § 120 Abs. 2 Satz 2 FamFG vermeidet zudem den ansonsten bestehenden sachlichen Widerspruch zu § 116 Abs. 3 Satz 2 FamFG.²¹⁰ Denn ein begründeter Vollstreckungsschutzantrag nach § 120 Abs. 2 Satz 2 FamFG kann dann mit einer differenzierten Regelung der Zwangsvollstreckung beantwortet werden und muss einer Anordnung der sofortigen Wirksamkeit der Endentscheidung nicht von vornherein entgegenstehen. Letztlich ist die einstweilige Einstellung der Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung dem familiengerichtlichen Verfahren auch nicht fremd. Im Zusammenhang mit einem Abänderungsantrag nach §§ 238, 239 FamFG verweist § 242 FamFG auf § 769 ZPO, wonach u.a. angeordnet werden kann, dass die Zwangsvollstreckung gegen Sicherheitsleistung eingestellt wird oder nur gegen Sicherheitsleistung fortgesetzt werden darf.

6. Rechtsmittelbelehrung

§ 39 FamFG hat die Verpflichtung zur Rechtsbehelfsbelehrung eingeführt. Jeder Beschluss hat eine Belehrung über das statthafte Rechtsmittel sowie das Gericht, bei dem dieser Rechtsbehelf einzulegen ist, dessen Sitz und die einzuhaltende Form und Frist zu enthalten. Streitig ist, ob über die Sprungrechtsbeschwerde zu belehren ist.²¹¹ Ausufernde Belehrungen sind jedenfalls zu vermeiden. Sie verhindern, dass die Beteiligten das Wesentliche erfassen. Ausführlich ist die folgende Rechtsmittelbelehrung, die von den Berliner Familiengerichten erarbeitet wurde.

Rechtsmittelbelehrung

12

Gegen diesen Beschluss ist das Rechtsmittel der Beschwerde gegeben. Diese ist in vermögensrechtlichen Angelegenheiten nur zulässig, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes 600,- Euro übersteigt oder wenn das Familiengericht die Beschwerde zugelassen hat. Beschwerdeberechtigt ist derjenige, dessen Rechte durch den Beschluss beeinträchtigt sind.

207 *Giers*, FamRB 2009, 87 ff.; *Griesche*, FamRB 2009, 258.

208 BT-Drucks. 16/6308, S. 226.

209 Prütting/*Helms*, § 120 FamFG Rn. 8.

210 Keidel/*Weber*, § 120 FamFG Rn. 15.

211 Ablehnend Prütting/*Helms/Abramenko*, § 39 FamFG Rn. 6; a.A. Zöller/*Feskorn*, § 39 FamFG Rn. 4.

Die Beschwerde muss innerhalb eines Monats unter anwaltlicher Vertretung bei dem (Name des Amtsgerichts) schriftlich und in deutscher Sprache eingegangen sein. Die Frist beginnt mit der schriftlichen Bekanntgabe des Beschlusses an die Beteiligten, spätestens mit Ablauf von fünf Monaten nach Erlass des Beschlusses. Fällt das Ende der Frist auf einen Sonntag, einen allgemeinen Feiertag oder Sonnabend, so endet die Frist mit Ablauf des nächsten Werktages. Die Beschwerde muss die Bezeichnung des angefochtenen Beschlusses sowie die Erklärung enthalten, dass Beschwerde gegen diesen Beschluss eingelegt wird. Die Beschwerde ist zu unterzeichnen.

Für das Beschwerdeverfahren muss sich der Beschwerdeführer durch einen Rechtsanwalt vertreten lassen und einen bestimmten Sachantrag stellen und diesen begründen. Die Frist zur Begründung beträgt zwei Monate und beginnt mit der schriftlichen Bekanntgabe des Beschlusses, spätestens mit Ablauf von fünf Monaten nach Erlass des Beschlusses. Innerhalb dieser Frist müssen der Sachantrag sowie die Begründung bei dem Beschwerdegericht – Kammergericht, Eißholzstraße 30–33, 10781 Berlin – eingegangen sein. Dem Anwaltszwang unterliegen nicht Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse sowie Beteiligte, die durch das Jugendamt als Beistand vertreten sind.

Statt der Beschwerde ist auch das Rechtsmittel der Sprungrechtsbeschwerde möglich; dies gilt in vermögensrechtlichen Angelegenheiten nur, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes 600,- Euro übersteigt. Die Sprungrechtsbeschwerde findet auf Antrag unter Übergehung der Beschwerdeinstanz statt, wenn die Beteiligten in die Übergehung der Beschwerdeinstanz einwilligen und das Rechtsbeschwerdegericht die Sprungrechtsbeschwerde zulässt. Die Zulassung ist durch Einreichung eines Schriftsatzes bei dem Bundesgerichtshof (Postanschrift: 76125 Karlsruhe) zu beantragen. Der Antrag kann nur durch einen beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt gestellt werden. Die Frist beträgt einen Monat. Sie ist eine Notfrist und beginnt mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Beschlusses, spätestens mit dem Ablauf von fünf Monaten nach dessen Erlass. Für den Antrag gilt § 75 FamFG i.V.m. § 566 Abs. 2–8 ZPO.

- 794 Die Belehrungspflicht beschränkt sich auf die statthaften Rechtsmittel. Keiner Belehrung bedarf daher die Entscheidung über eine einstweilige Anordnung zum Unterhalt (§ 57 FamFG). Es stünde einem Gericht aber gut an, eine ohne vorherige mündliche Verhandlung ergangene einstweilige Anordnung z.B. mit folgender Belehrung zu versehen:

13

794a Belehrung (bei einstweiliger Anordnung ohne mündliche Verhandlung)

Gegen diesen Beschluss ist kein Rechtsbehelf gegeben. Auf Antrag ist eine mündliche Verhandlung durchzuführen und aufgrund dieser erneut zu entscheiden. Außerdem hat jeder Beteiligte das Recht, die Einleitung des Hauptsacheverfahrens zu beantragen.