



*Rechtsprechung aktuell:
Neue Entwicklungen im Familienrecht (2024)*

Skript zum Nachweis von
5 Fortbildungsstunden
im Selbststudium gemäß § 15 Abs. 4 FAO

Herzlich Willkommen zu Ihrer Fortbildung gemäß § 15 Abs. 4 FAO!

Bitte widmen Sie sich den in diesem Skript dargelegten Entscheidungen innerhalb der vorgesehenen Zeit von 5 Stunden. Nach Bearbeitung dieses Materials erreichen Sie über die Seminarseite die Lernerfolgskontrolle, die im Multiple-Choice-Format stattfindet. Die Lernerfolgskontrolle fokussiert sich ausschließlich auf den Inhalt des Skripts.

Im Anschluss an die Online-Lernerfolgskontrolle leiten wir Sie zur Zahlungsseite weiter, wo Sie die Kursgebühr entrichten können. Nach erfolgreichem Abschluss der Kontrolle und Eingang Ihrer Zahlung senden wir Ihnen spätestens am nächsten Werktag die für den Nachweis Ihrer Fortbildung nötigen Unterlagen per E-Mail zu.

Sollten Sie die erforderliche Mindestpunktzahl in der Lernerfolgskontrolle (mindestens 70% korrekte Antworten) nicht erreichen, bieten wir Ihnen die Möglichkeit, Ihr Studium des Skripts zu vertiefen und die Lernerfolgskontrolle erneut und ohne zusätzliche Kosten zu absolvieren.

Wir wünschen Ihnen viel Erfolg bei Ihrer Fortbildung!

Ihr Team von

Hanse Seminare

Entscheidung 1 - OLG Köln Beschl. v. 20.4.2023 – II-14 UF 28/23

Sachverhalt (verkürzt)

Die Eltern eines 2021 geborenen Kindes legten Beschwerde gegen einen Beschluss des Amtsgerichts vom 10.1.2023 ein, mit welchem den Eltern die elterliche Sorge für die Teilbereiche Aufenthaltsbestimmungsrecht, Beantragung von Hilfe zur Erziehung und Gesundheitsfürsorge entzogen und Ergänzungspflegschaft angeordnet worden war.

Bei dem Kind war eine Vielzahl unterschiedlicher Verletzungen diagnostiziert worden (Rippenbrüche, Hämatome im Bauchbereich, Bruch des Oberarms). Das Amtsgericht hatte hierzu ausgeführt, dass zwar die Umstände der Misshandlung nicht aufzuklären seien, das Kind aber zu den fraglichen Zeitpunkten dem alleinigen Zugriff der Kindseltern unterlegen habe.

Die Eltern hatten die Beschwerde u. a. damit begründet, dass bei einer älteren Tochter zu keinem Zeitpunkt Verletzungen diagnostiziert worden waren und dass sie niemals strafrechtlich in Erscheinung getreten seien. Eine Überforderungssituation hatten sie nicht eingeräumt.

Gründe

Die gemäß §§ 58 ff. FamFG zulässig eingelegte Beschwerde der Kindseltern ist in der Sache teilweise begründet. Zu Recht und mit zutreffenden Erwägungen hat das Amtsgericht den Kindseltern die Teilbereiche des Sorgerechts Aufenthaltsbestimmungsrecht und das Recht zur Antragstellung auf Hilfe zur Erziehung entzogen und insoweit Ergänzungspflegschaft angeordnet. Lediglich im Hinblick auf den Teilbereich der Gesundheitsfürsorge ist die Beschwerde begründet und führt zur Abänderung der angefochtenen Entscheidung.

1. Gemäß § 1666 Abs. 1 BGB hat das Familiengericht die zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Maßnahmen zu treffen, wenn das körperliche, geistige oder seelische Wohl des Kindes nachhaltig gefährdet ist und die Eltern nicht gewillt oder in der Lage sind, die Gefahr abzuwenden.

a. Bei der Auslegung und Anwendung dieser einfachrechtlichen Norm ist der besondere Schutz zu beachten, unter dem die Familie nach Art. 6 Abs. 1, 2 GG steht. Die Eltern haben ein Recht auf Pflege und Erziehung ihrer Kinder (Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG), die Kinder haben ein gegen den Staat gerichtetes Recht auf elterliche Pflege und Erziehung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG), beide sind gemäß Art. 6 Abs. 3 GG besonders dagegen geschützt, voneinander getrennt zu werden (vgl. BVerfG, Beschluss vom 24.06.2014 – 1 BvR 2926/13, BVerfGE 136, 382/391 Rn. 29).

b. Weiter ist zu beachten, dass Kinder nach Art. 2 Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 in Verbindung mit Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG einen Anspruch auf den Schutz des Staates haben, wenn die Eltern ihrer Pflege- und Erziehungsverantwortung (Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG) nicht gerecht werden oder wenn sie ihrem Kind den erforderlichen Schutz und die notwendige Hilfe aus anderen Gründen nicht bieten können. Das Kind, dem die Grundrechte, insbesondere das Recht auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) und das Recht auf Leben und auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) als eigene Rechte zukommen, steht unter dem besonderen Schutz des Staates (std. Rspr., vgl. BVerfG, Beschluss vom 05.11.1980 – 1 BvR 349/80, BVerfGE 55, 171/179; zuletzt BVerfG, Beschluss vom 05.09.2022 – 1 BvR 65/22, juris). Kinder bedürfen des Schutzes und der Hilfe, um sich zu eigenverantwortlichen Persönlichkeiten innerhalb der sozialen Gemeinschaft entwickeln und gesund aufwachsen zu können (vgl. BVerfG, Beschlüsse vom 05.09.2022 – 1 BvR 65/22, juris, und vom 19.11.2021 – 1 BvR 971/21, FamRZ 2022, 99).

c. Diesem Schutzanspruch entsprechen einfachrechtlich die Vorschriften des §§ 1666, 1666a BGB. Werden Eltern der ihnen durch die Verfassung zugewiesenen Verantwortung nicht gerecht, weil sie nicht bereit oder in der Lage sind, ihre Erziehungsaufgabe wahrzunehmen oder können sie ihrem Kind

den erforderlichen Schutz und die notwendige Hilfe aus anderen Gründen nicht bieten, kommt das „Wächteramt des Staates“ nach Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG zum Tragen. Ist das Kindeswohl gefährdet, ist der Staat nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, die Pflege und Erziehung des Kindes sicherzustellen.

d. Für Maßnahmen nach § 1666 BGB ist erforderlich, dass eine konkrete Gefährdung des Kindeswohls vorliegt, zu deren Abwendung die sorgeberechtigten Personen nicht gewillt oder in der Lage sind (vgl. zuletzt BGH, Beschluss vom 06.02.2019 – XII ZB 408/18, FamRZ 2019, 598). Eine solche besteht bei einer gegenwärtigen, in einem solchen Maß vorhandenen Gefahr, dass bei der weiteren Entwicklung der Dinge eine erhebliche Schädigung des geistigen oder leiblichen Wohls des Kindes mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist (BGH, Beschluss vom 23.11.2016 – XII ZB 149/16, FamRZ 2017, 212). Art. 6 Abs. 3 GG erlaubt es nur dann, ein Kind von seinen Eltern gegen deren Willen zu trennen, wenn die Eltern versagen oder wenn das Kind aus anderen Gründen zu verwaarloosen droht. Dabei berechtigen nicht jedes Versagen oder jede Nachlässigkeit der Eltern den Staat, auf der Grundlage seines ihm nach Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG zukommenden Wächteramts die Eltern von der Pflege und Erziehung ihres Kindes auszuschließen oder gar selbst diese Aufgabe zu übernehmen (vgl. BVerfG, Beschlüsse vom 05.09.2022 – 1 BvR 65/22, juris, und vom 19.11.2014 – 1 BvR 1178/14, FamRZ 2015, 112, m.w.N.). Das elterliche Fehlverhalten muss vielmehr ein solches Ausmaß erreichen, dass das Kind bei den Eltern in seinem körperlichen, geistigen oder seelischen Wohl nachhaltig gefährdet wäre (vgl. BVerfG, Beschluss vom 19.11.2014 – 1 BvR 1178/14, FamRZ 2015, 112, m.w.N.). Die Annahme einer nachhaltigen Gefährdung des Kindes setzt voraus, dass bereits ein Schaden des Kindes eingetreten ist oder sich eine erhebliche Schädigung mit ziemlicher Sicherheit voraussehen lässt (vgl. BVerfG, Beschlüsse vom 05.09.2022 – 1 BvR 65/22, juris, und vom 19.11.2014 – 1 BvR 1178/14, FamRZ 2015, 112, m.w.N.).

e. Ob eine Trennung des Kindes von der Familie verfassungsrechtlich zulässig und zum Schutz der Grundrechte des Kindes verfassungsrechtlich geboten ist, hängt regelmäßig von einer Gefahrenprognose ab. Bei dieser Prognose, ob eine solche erhebliche Gefährdung vorauszusehen ist, muss die drohende Schwere der Beeinträchtigung des Kindeswohls berücksichtigt werden. Je gewichtiger der zu erwartende Schaden für das Kind oder je weitreichender mit einer Beeinträchtigung des Kindeswohls zu rechnen ist, desto geringere Anforderungen müssen an den Grad der Wahrscheinlichkeit gestellt werden, mit der auf eine drohende oder erfolgte Verletzung geschlossen werden kann, und desto weniger belastbar muss die Tatsachengrundlage sein, von der auf die Gefährdung des Kindeswohls geschlossen wird (std. Rspr., vgl. zuletzt BVerfG, Beschluss vom 16.09.2022 – 1 BvR 1807/20, NZFam 2023, 17 m. Anm. Volke).

f. Darüber hinaus muss jeder Eingriff in das Elternrecht dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen. Er gebietet, dass Art und Ausmaß des staatlichen Eingriffs sich nach dem Grund des Versagens der Eltern und danach bestimmen müssen, was im Interesse des Kindes geboten ist. Die anzuordnende Maßnahme muss zur Abwehr der Kindeswohlgefährdung geeignet, erforderlich und auch im engeren Sinne verhältnismäßig sein. Die Verhältnismäßigkeit im verfassungsrechtlichen Sinne verlangt dabei keine weitere, eine höhere Sicherheit des Schadenseintritts erfordernde Prognose, wie sie der Bundesgerichtshof (vgl. BGH, Beschlüsse vom 06.02.2019 – XII ZB 408/18, FamRZ 2019, 598, und vom 21.09.2022 – XII ZB 150/19, FamRZ 2023, 57 m. Anm. Rake) in der Auslegung von §§ 1666, 1666a BGB verlangt (vgl. BVerfG, Beschlüsse vom 21.09.2020 – 1 BvR 528/19, FamRZ 2021, 104, Rn. 31, und vom 16.09.2022 – 1 BvR 1807/20, NZFam 2023, 17 m. Anm. Volke; OLG Köln, Beschluss vom 22.12.2022 – 14 UF 180/22, juris; OLG München, Beschluss vom 24.02.2023 – 16 UF 963/22, BeckRS 2023, 3357).

2. Gemessen an diesen Grundsätzen war den Kindeseltern das Sorgerecht für die Teilbereiche Aufenthaltsbestimmungsrecht und das Recht zur Antragstellung auf Hilfe zur Erziehung zu entziehen.

a. Ein erheblicher Schaden ist bei L. bereits eingetreten.

Zur Überzeugung des Senats steht fest, dass L. in Obhut des Kindesvaters einen Oberarmbruch links sowie in der Obhut der Kindeseltern oder in Obhut Dritter zahlreiche Hämatome im Bauchbereich und Rippenfrakturen rechts und links erlitten hat.

aa. L. hat am 25.03.2022 eine Fraktur des linken Oberarms (Fraktur des Humerusschaftes links) entweder durch ein schweres Erziehungsversagen oder eine bewusst gesteuerte Handlung des Kindesvaters erlitten. Die Fraktur war Anlass der Kindeseltern, L. am 26.03.2022 im St. Marien Hospital vorzustellen, und wurde mittels Röntgenaufnahme unzweifelhaft festgestellt.

Die Fraktur ist auch durch ein schweres Erziehungsversagen oder eine bewusst gesteuerte Handlung des Kindesvaters entstanden. Der vom Kindesvater dargestellte Geschehensablauf ist nicht nur widersprüchlich, sondern kann nach den Ausführungen des im Rahmen des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens eingeholten Sachverständigengutachtens von Prof. Dr. M. und Dr. D. nicht zu der festgestellten Fraktur geführt haben.

Die Angaben des Kindesvaters sind widersprüchlich, weil er in seiner polizeilichen Vernehmung angegeben hat, L. habe sich während des Einschlafens in seinen Armen wegen eines schnell über die Schienen fahrenden Buses erschreckt, sei zusammengezuckt und deshalb habe er sie festgehalten, damit sie nicht runterfalle. Der Kindesmutter und Dritten gegenüber gab er hingegen an, L. habe sich – ohne besonderen Grund – überstreckt, so dass er sie an sich gedrückt habe, um ein Herunterfallen zu verhindern. Ein Erschrecken wegen eines Geräusches und ein Überstrecken eines Babys sind jedoch zwei völlig unterschiedliche Handlungen.

Der Hintergrund dieser unterschiedlichen Sachverhaltsdarstellung muss indes nicht weiter aufgeklärt werden. Beide Versionen deuten nach den sachverständigen Ausführungen der Sachverständigen Prof. Dr. M. und Dr. D. auf eine direkte Gewalteinwirkung hin. Die Sachverständigen haben insoweit ausgeführt, Knochenbrüche bei Säuglingen seien per se schon hochgradig verdächtig. Der vom Kindesvater geschilderte Verlauf sei nicht geeignet, einen Knochenbruch hervorzurufen. Zur Verursachung eines Biegungsbruches bedürfe es massiver Kraft- und Hebelwirkungen auf den Knochen. Bei einem Säugling mit einem Körpergewicht von sechs Kilo würden jedoch keine entsprechenden Kräfte erreicht, die die Belastbarkeitsgrenze des Knochens überschreiten würden. Auch ein „grobes“ Festhalten des Armes führe nicht zu knöchernen Verletzungen. Die Ausführungen der sachverständigen sind in sich schlüssig und für den Senat ohne weiteres nachvollziehbar. Erhebliche Einwendungen wurden von den Kindeseltern insoweit auch nicht erhoben. Damit steht zur Überzeugung des Senats fest, dass nicht ein grobes Festhalten von L. durch den Kindesvater und damit ein leichtes Versagen des Kindesvaters zu der Fraktur geführt haben kann, sondern eine direkte Gewalteinwirkung erfolgt sein muss, also ein erhebliches erzieherisches Versagen vorgelegen hat.

Es kommt auch nur der Kindesvater als Verursacher der Oberarmfraktur bei L. in Betracht; nach eigenen Angaben hat er L. gehalten, während sich die Kindesmutter in der Küche befunden hat, und hat ein „Knacken“ gehört, als er L. festgehalten habe. Die Kindesmutter hat bestätigt, sich in der Küche aufgehalten zu haben. Dritte Personen, bei denen L. alleine in Obhut war an diesem Tag, sind von den Kindeseltern übereinstimmend nicht benannt worden.

bb. Weiter wies L. bei ihrer stationären Aufnahme am 25.03.2022 zahlreiche und deutlich sichtbare blau-rötlich gefärbte Hämatome am Bauchbereich rechts vom Bauchnabel und unterhalb vom Bauchnabel beidseitig auf.

Auch diese sind mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit durch eine direkte Gewalteinwirkung entstanden. Alle Fachbeteiligten, die Sachverständigen sowie die zeugenschaftlich

vernommene Hebamme der Kindesmutter sind sich darüber einig, dass die von den Kindeseltern insoweit angegebene Erklärung – L. habe begonnen, sich selber „zu zwicken“, um sich zu beruhigen – keine mögliche Ursache darstellt. Das Sachverständigengutachten der Sachverständigen Prof. Dr. M. und Dr. D. hat insoweit ausgeführt, dass aus medizinischer Sicht die Angabe der Eltern, dass L. sich gegebenenfalls selber kneife, nicht nachvollziehbar sei, da sich ein erst drei Monate alter Säugling kaum wiederholt zahlreiche Verletzung im Sinne autoaggressiven Verhaltens beibringen würde. Massive Gewebequetschungen der Haut, die zu Hauteinblutungen führten, würden nicht nur einen hohen Kraftaufwand, sondern auch die wiederholte Überwindung der Schmerztoleranzgrenze erfordern. Dass sich ein drei Monate alter Säugling diese Verletzungen selber zufüge, sei damit ausgeschlossen. Zudem ist nach dem Gutachten zu beachten, dass die Selbstbeibringung von Verletzungen, auch bei Säuglingen, zu den typischen Schutzbehauptungen bei Misshandlungsverdacht gehört. Die Hämatome fanden sich zudem unterhalb und rechts des Bauchnabels, also im Wesentlichen unterhalb der Windel, also an einem Ort, der überwiegend durch die Windel verdeckt ist. Hinzu kommt die Entstehung im März 2022, also im Frühling und damit zu einer Jahreszeit, in der Säuglinge in aller Regel nicht unbedeckt sind. Wie sich L. durch die Kleidung und unterhalb der Windel solche zahlreichen Verletzungen selber hinzugefügt haben soll, bleibt nicht nachvollziehbar.

Weiter ist zu berücksichtigen, dass sich ein selbstverletzendes Verhalten von L. während ihres stationären Aufenthalts in der Klinik nicht gezeigt hat, was sich aus der in den Gerichtsakten befindlichen Patientenakte und dem Sachverständigengutachten ergibt. Auch die Großeltern von L. haben in ihren zeugenschaftlichen Vernehmungen im Rahmen des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens angegeben, bisher keinerlei Verletzungen bei L. beobachtet zu haben. Soweit der Großvater erklärt hat, er habe selber gesehen, wie sich L. gezwickt hat, hat er dies nicht weiter ausführen und spezifizieren können. Vor dem Hintergrund der eindeutigen Feststellungen der Sachverständigen misst der Senat mithin dieser Aussage keine weitere Bedeutung als die einer Schutzbehauptung zu.

Auch andere Ursachen sind sicher auszuschließen. Die von der Großmutter von L., Frau S., in ihrer Zeugenvernehmung getätigte – weitere – Vermutung, die Hämatome könnten durch

„Drehen“ auf Spielzeug entstanden sein, haben selbst die Kindeseltern nicht geäußert, so dass dieser Vermutung als mögliche Alternativursache nicht weiter von Amts wegen nachzugehen ist. Eine Verursachung der Hämatome durch eine entsprechende medizinische Prädisposition von L. ist ebenfalls auszuschließen. Im Rahmen der genetischen Untersuchung von L. haben sich zudem keine Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Blutgerinnungsstörung bei L. ergeben. Unabhängig davon haben die Sachverständigen Prof. Dr. M. und Dr. D. erklärt, dass selbst wenn eine solche vorläge, diese die gegebenen Hämatome in keinsten Weise erklären könnten.

Der Senat folgt damit der Schlussfolgerung des rechtsmedizinischen Gutachtens, dass alleine die Hämatome der Bauchhaut für sich genommen bereits zu einem hochgradigen Verdacht der Kindesmisshandlung führen. Die Hämatome von L. können nur durch ein schweres Erziehungsversagen oder eine bewusst gesteuerte Handlung einer der Kindeseltern oder einer dritten Person, in deren Obhut sich L. mit Zustimmung der Kindeseltern befunden hat, entstanden sein. Nach den eigenen Angaben der Kindeseltern haben ausschließlich sie L. betreut. Bei den weiteren Personen, die Kontakt zu L. hatten, handelt es sich um die Eltern der Kindesmutter und die ältere Schwester. Soweit die Großmutter von L., Frau S., in ihrer Zeugenvernehmung vermutet hat, die ältere Schwester S. könne L. zu fest gehalten haben („ich find dat, die meinen die S. die ältere Tochter hätte die zu fest gehalten“) und selbst die Kindeseltern mit ihrer Beschwerde nahe legen, die ältere Schwester könne die Hämatome durch Knuddeln und Stubsen verursacht haben, ändert dies nichts an dem Ergebnis. Unabhängig davon, dass Knuddeln und Stubsen eines vierjährigen Kindes kaum zu vielfältigen massiven Gewebequetschungen unterhalb des Windelbereichs eines bedeckten Säuglings führen

dürfte, wären auch in diesem Fall die Hämatome an L.s Bauch in der Obhut der Kindeseltern entstanden. Ein erhebliches Erziehungsversagen läge also auch in diesem Fall vor.

cc. Darüber ist es bei L. zu einem nicht näher bestimmbaren Zeitpunkt, jedoch spätestens Anfang März 2022, durch ein schweres Erziehungsversagen oder eine bewusst gesteuerte Handlung einer der Kindeseltern oder einer dritten Person, in deren Obhut sich L. mit Zustimmung der Kindeseltern befunden hat, zu Brüchen der 11. und 12. Rippe rechts und elften Rippe links gekommen. Das Vorliegen bilateraler älterer Rippenfrakturen ist durch Röntgenaufnahmen im St. Marien Hospital am 30. und 31.03.2022 festgestellt worden. Soweit die Kindeseltern die Authentizität der Aufnahmen im Rahmen des amtsgerichtlichen Verfahrens bestritten haben, ist das Amtsgericht dem durch Einholung eines radiologischen Gutachtens des Herrn Dr. S. nachgekommen. Der Sachverständige hat insbesondere mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen, dass die Kallusbildungen an der 11. und 12. Rippe auch eine andere Ursache als einen Rippenbruch haben könnten, da Rippenbrüche bei Säuglingen über mehrere Wochen verheilten und nach der kompletten Heilung auf Röntgenbildern nicht mehr nachweisbar seien. Den Umstand, dass bei einer weiteren Röntgengenuntersuchung von L. am 24.05.2022 eine Rippenfraktur nicht mehr nachweisbar gewesen war, ändert daran nicht. Denn nach den Ausführungen des Sachverständigen Dr. S., denen sich der Senat anschließt, bedeutet ein unauffälliges Röntgenbild aufgrund der weiteren Feststellung des Sachverständigen, dass zumindest einfache Frakturen bei Säuglingen rückstandslos verheilten, in keiner Weise, dass nicht zu einem früheren Zeitpunkt auch ein Bruch vorgelegen hat.

Soweit die Authentizität der Röntgenaufnahmen durch die Kindeseltern bestritten worden ist, hat der Sachverständige auch hierzu Stellung genommen und für den Senat nachvollziehbar dargelegt, warum es sich bei den fraglichen Aufnahmen um Aufnahmen von L. Torso bzw. Arm handelt. Der Senat verweist insoweit auf die überzeugenden Ausführungen des amtsgerichtlichen Beschlusses, denen er sich anschließt. Der Einwand ist mit der Beschwerde der Kindeseltern auch nicht weiter aufrecht gehalten worden, so dass weitere Ausführungen hierzu nicht veranlasst erscheinen.

Auch diese schwere Verletzung ist L. entweder durch eine Handlung der Kindeseltern oder dritten Personen, in deren Obhut sich L. mit Zustimmung der Kindeseltern befunden hat, zugefügt worden. Durch das rechtsmedizinische Gutachten ist ausgeschlossen worden, dass diese Verletzungen anders als durch grobe Gewalteinwirkungen entstanden sein können. Insbesondere können sie nach den überzeugenden Ausführungen des Gutachtens nicht während der Kaiserschnittgeburt von L. entstanden sein, weil die Rippen von Säuglingen extrem biegsam sind und auch intensiven Stauchungen widerstehen.

dd. Soweit mit der Beschwerde darauf hingewiesen wurde, dass auch nach der durchgeführten Beweisaufnahme keineswegs auszuschließen sei, dass das Kind nicht vorsätzlich, sondern aufgrund eines Unfallereignisses verletzt wurde, schließt der Senat mehrere Unfallereignisse, die zu diesen drei erheblichen Verletzungen geführt haben könnten, aus. Aus dem rechtsmedizinischen Gutachten ergibt sich in aller Deutlichkeit, dass die festgestellten Verletzungen nicht jeweils durch ein „Unfallereignis“ entstanden sein können, weil es für Rippen- und Armfrakturen wie die vorliegenden und die vielzähligen Hämatome einer massiven Gewalteinwirkung bedarf und diese damit hochgradig verdächtig für eine Kindesmisshandlung sind. Weiter haben die Kindeseltern keine schlüssigen Unfallereignisse geschildert. Schließlich ist die Zahl der Verletzungen innerhalb von wenigen Wochen hoch auffällig, wie auch die Sachverständigen in ihrem Gutachten deutlich gemacht haben.

Die sachverständigen Feststellungen in den verschiedenen Gutachten, die Feststellungen der diensthabenden Ärzte des St. Marien-Hospitals und die Ergebnisse der genetischen und radiologischen Untersuchungen von L. sind vorliegend für die Überzeugungsbildung des Senats ausreichend. Bei der Überzeugungsbildung des Senats kommen die Grundsätze der freien Beweiswürdigung nach § 286 ZPO Anwendung. Als Maß für den Beweis reicht ein Grad von Gewissheit aus, der Zweifeln Schweigen

gebietet, ohne sie völlig auszuschließen (BVerfG, Beschluss vom 16.09.2022 – 1 BvR 1807/20, NZFam 2023, 17 m. Anm. Volke). Die bei Sorgerechtsentzügen geltenden strengen verfassungsrechtliche Maßstäbe bei der Prüfung der Sachverhaltsfeststellung und -würdigung gebietet dabei keinen höheren Grad der Gewissheit, insbesondere nicht im Sinne einer strafrechtlichen Schuld (vgl. EGMR, Urteil vom 15.11.2022 – 25133/20 und 31856/20, BeckRS 2022, 31339). Angesichts der drohenden erheblichen Schädigungen des Kindeswohls sind keine erhöhten Anforderungen an die richterliche Überzeugung im Rahmen der Beweiswürdigung zu stellen (BVerfG, Beschluss vom 16.09.2022 – 1 BvR 1807/20, NZFam 2023, 17 m. Anm. Volke).

Auch sind keine weiteren alternativen Verursachungsmöglichkeiten zu ermitteln. Die Kindeseltern, in deren Obhut sich L. durchgängig befand, haben von keinen Unfallereignissen berichtet. Vielmehr bleiben sie durchgängig dabei, das der Armbruch von L. durch ein „Überstrecken“ des Säuglings im Arm des Kindesvaters hervorgerufen wurde, die Hämatome durch

„Zwicken“ von L. entstanden seien und konnten zu den Rippenfrakturen gar keine Angaben machen. Das Amtsgericht hat vorbildlich alle weiteren von den Kindeseltern angegebenen Ursachen (Blutungsneigung, genetischer Defekt, Vertauschung der Röntgenbilder) sachverständig überprüfen lassen mit dem eindeutigen Ergebnis, dass alle diese Möglichkeiten sicher auszuschließen sind. Ob und wenn ja ggf. welches Unfallereignis solche Verletzungen hervorrufen können, ohne dass die Kindeseltern dies bemerkt haben könnten und ohne dass sie dieses benennen, ist durch das Gericht vor diesem Hintergrund mangels ausreichender Anknüpfungstatsachen nicht aufzuklären (vgl. hierzu BVerfG, Beschluss vom 16.09.2022 – 1 BvR 1807/20, NZFam 2023, 17 m. Anm. Volke).

b. Aufgrund der dargestellten schweren Verletzungen von L., die dem Säugling mindestens durch ein schweres Erziehungsversagen der Eltern zugefügt worden sind, besteht auch eine nachhaltige Kindeswohlgefährdung durch mögliche zukünftige Misshandlungen oder erhebliche körperliche Verletzungen des Kindes bei einer Rückkehr in den elterlichen Haushalt. Aufgrund des bereits eingetretenen schweren gesundheitlichen Schadens bei L. während ihrer ersten knapp vier Lebensmonate ist bei der Betreuung durch die Kindeseltern mit ziemlicher Sicherheit mit weiteren ähnlichen Verletzungen des Kindes zu rechnen. Solche während der Betreuung durch die Eltern entstandenen Verletzungen sind hinreichende Anhaltspunkte für die Annahme der Gefahr weiterer Verletzungen des Kindes, wenn es weiterhin von den Eltern betreut wird (vgl. BVerfG, Beschlüsse vom 16.09.2022 – 1 BvR 1807/20, NZFam 2023, 17 m. Anm. Volke und vom 03.02.2017 – 1 BvR 2569/16, FamRZ 2017, 524). Die Kindeseltern haben durch das rechtsmedizinische Sachverständigengutachten bzw. die genetische Untersuchung widerlegte oder gar keine Erklärungen zu den Verletzungen abgegeben. Angesichts der Schwere der durch weitere Verletzungen drohenden Schäden sind keine weitergehenden Feststellungen zum Grad der Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts und auch keine weitergehende Konkretisierungen möglicher Verletzungshandlungen geboten (BVerfG, Beschluss vom 16.09.2022 – 1 BvR 1807/20, NZFam 2023, 17 m. Anm. Volke).

Eine andere Beurteilung ist auch nicht deshalb geboten, soweit man zugunsten der Eltern eine Überforderungssituation nach der Geburt von L. annehmen wollte, die jetzt deshalb nicht mehr gegeben wäre, weil seit den Ereignissen mittlerweile ein Jahr vergangen und damit beide Mädchen ein Jahr älter sind. Die Kindesmutter ist mittlerweile wieder schwanger, der Geburtstermin ist für Anfang Juni 2023 ausgerechnet. Bei einer Rückkehr von L. in den elterlichen Haushalt bei fortgeschrittener Schwangerschaft der Kindesmutter und dann mit einem weiteren Säugling in der Familie ist nicht absehbar, wie sich die Familiendynamik entwickeln würde. Die Gefahr weiterer Verletzungen von L., wenn es weiterhin von den Eltern betreut wird, ist damit weiterhin gegeben.

Auch der mit der Beschwerde erhobene Hinweis, dass der Kindesvater bisher nicht strafrechtlich in Erscheinung getreten ist, ändert nichts an der verbleibenden hohen Gefahr eines weiteren Schadens bei L. im Falle der Rückkehr zu den Kindeseltern. Denn maßgeblich ist alleine, dass L. in den ersten

knapp vier Lebensmonaten drei schwere Verletzungen, die jeweils nur durch erhebliche Gewalteinwirkungen entstanden sein können, erlitten hat, eine davon nachgewiesen unter der alleinigen Obhut des Kindesvaters.

c. Der Sorgerechtsentzug bzgl. der Teilbereiche Aufenthaltsbestimmungsrecht und das Recht zur Antragstellung für Hilfe zur Erziehung ist auch verhältnismäßig.

aa. Der Entzug dieser Teilbereiche des Sorgerechts ist geeignet, um L. vor weiteren Verletzungen zu schützen. Mit der Entziehung des Aufenthaltsbestimmungsrechts konnte L. in einer Bereitschaftspflegefamilie untergebracht und so vor weiteren Verletzungen geschützt werden. Das Recht zur Antragstellung für Hilfe zur Erziehung war zu entziehen, da die Kindeseltern sich geweigert hatten, einen Antrag auf Vollzeitpflege für L. zu stellen. Da ein solcher Antrag Voraussetzung für einen Verbleib von L. in der Pflegefamilie war und ist, ist der entsprechende Entzug ein geeignetes Mittel, um eine Fremdunterbringung sicher zu stellen.

bb. Der teilweise Sorgerechtsentzug ist auch weiterhin erforderlich. Mildere Mittel als die vom Amtsgericht angeordneten Maßnahmen sind nicht ersichtlich. Ein Umzug der Kindesmutter mit den Kindern zu ihren Eltern stellt keine gleich geeignete Maßnahme dar, um einen erneuten Schaden bei L. zu verhindern. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass nicht sicher geklärt werden konnte, wer die Hämatome und die Rippenfrakturen bei L. verursacht hat. Neben dem Kindesvater war primäre Bezugsperson für L. die Kindesmutter. Beide streiten jeden Beitrag zu den Verletzungen nicht nur ab, sondern legen mit ihrer Beschwerde sogar nahe, die zum Tatzeitpunkt rund vierjährige Schwester könnte die Hämatome während des Spielens durch Knuddeln und Stupsen verursacht haben, obwohl das rechtsmedizinische Gutachten in aller Deutlichkeit erklärt hat, dass solche massiven Gewebequetschungen nur durch erhebliche Einwirkungen entstehen können. Da somit nicht sicher ausgeschlossen werden kann, dass nicht die Kindesmutter die Rippenfrakturen und/oder die Hämatome bei L. verursacht hat, kann schon deshalb ein Umzug der Kindesmutter mit L. zu den Großeltern kein milderes, ebenso geeignetes Mittel darstellen, da sie L. dann dennoch weiter betreuen würde.

Wenn man zugunsten der Kindesmutter davon ausgeht, dass sie die Verletzungen nicht verursacht hat, ist weiter zu beachten, dass L. regelmäßigen Kontakt zu ihren Großeltern hatte und auch nicht sicher ausgeschlossen ist, ob diese die Verletzungen bei L. verursacht haben oder nicht. Sie stellen damit ebenfalls keinen ausreichenden Schutzfaktor für L. dar. Doch selbst wenn man auch hier annimmt, dass auch die Großeltern für die Verletzungen nicht verantwortlich sind und damit alleine der Kindesvater in Betracht kommt, bietet ein Umzug der Kindesmutter zu den Großeltern keinen ausreichenden Schutz von L.. Die Kindeseltern leben nicht getrennt. Vielmehr ist die Kindesmutter erneut schwanger, d.h. die Kindeseltern leben in einer gefestigten Ehe. Die erforderliche Abgrenzung der Kindesmutter zum Kindesvater ist damit nicht gegeben. Noch im Termin haben die Kindeseltern erklärt, sich „formal“ trennen zu wollen, damit die Kindesmutter zu den Großeltern ziehen kann. Eine tatsächliche Trennung ist jedoch ausgeschlossen. Und selbst wenn eine tatsächliche Trennung erfolgen würde, kann ein ausreichender Schutz von L. nicht angenommen werden. Die Großeltern haben in den vergangenen Monaten keine ausreichende Distanz zu dem Geschehen gezeigt, sondern selber verschiedene Erklärungen gesucht, wie die Verletzungen entstanden sein können, und eine Täterschaft des Kindesvater schlicht geleugnet. Als Schutzfaktor für L. scheiden sie in jedem denkbaren Verursachungszenario aus.

Auch eine auswärtige Betreuung von L. im Kindergarten über 45 Stunden pro Woche stellt kein gleich geeignetes Mittel dar, um weitere Verletzungen bei L. zu verhindern. Nach dem Kindergarten wäre L. immer noch 2/3 des Tages im elterlichen Haushalt. Während dieser Zeit kann ein ausreichender Schutz nicht sichergestellt werden.

cc. Angesichts der drohenden erheblichen Verletzungen des Kindes ist die Fremdunterbringung auch im Übrigen zum gegenwärtigen Zeitpunkt immer noch verhältnismäßig. Der Senat weist jedoch schon jetzt auf die ständige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (z.B. BVerfG, Beschluss vom 22.05.2014 – 1 BvR 2882/13, FamRZ 2014, 1266) und des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (z.B. EGMR, Urteil vom 10.09.2019 – 27283/13, Strand Lobben and Others v. Norway, www.hudco.echr.coe.int) hin, nach der aufgrund der Bedeutung des Grundrechts auf Familienleben aus Art. 6 Abs. 2 GG bzw. des Rechts auf Familienleben nach Art. 8 EMRK eine Trennung eines Kindes von seinen Eltern in aller Regel nur vorübergehender Natur sein darf und staatliche Stellen alles zu unternehmen haben, um eine Rückführung des Kindes in den elterlichen Haushalt zu ermöglichen, soweit nicht dadurch eine erneute erhebliche Kindeswohlgefährdung drohen würde. Die Verpflichtung des Staates, die Eltern bei der Rückkehr ihrer Kinder durch öffentliche Hilfen zu unterstützen, kann in einer solchen Konstellation nach Art und Maß über das hinausgehen, was der Staat üblicherweise zu leisten verpflichtet ist (BVerfG, Beschluss vom 22.05.2014 – 1 BvR 2882/13, FamRZ 2014, 1266).

Vorliegend ist zu beachten, dass die Umgänge zwischen L. und ihrer Familie harmonisch und absolut beanstandungsfrei verlaufen. Sie finden zwei Mal wöchentlich statt, so dass L. eine gute Bindung zu ihren Eltern entwickeln konnte. Weiter haben die Kindeseltern im Rahmen ihrer Anhörung vor dem Senat zu Protokoll erklärt, alles zu unternehmen, um eine Rückführung von L. zu erreichen. Sie haben sich auch bereit erklärt, im Hinblick auf die Geburt des weiteren Kindes Hilfe vom Jugendamt annehmen zu wollen und jederzeitige Untersuchungen auch des neuen Säuglings zuzulassen. Darüber hinaus wird L. bald in der Lage sein, sich zumindest grundlegend zu artikulieren, eine Überwachung des familiären Systems wird auch insoweit einfacher und das Erkennen gefährdender Situationen unproblematischer. Schließlich deutet – trotz der wiederholten schweren Verletzungen von L. – nichts darauf hin, dass es sich bei dem familiären Haushalt um einen solchen mit einer fortdauernden Historie häuslicher Gewalt handelt.

Vor diesem Hintergrund wird in naher Zukunft das weitere Vorliegen einer gegenwärtigen Kindeswohlgefährdung für den Fall einer Rückführung von L. in den elterlichen Haushalt zu prüfen sein. Soweit die Einholung eines familienpsychologischen Gutachtens als notwendig erachtet wird, um das Vorliegen einer solchen Gefahr beurteilen zu können, wird dies frühzeitig zu beauftragen sein, da die Erstellung solcher Gutachten regelmäßig sechs bis neun Monate dauert. Hierbei wird auch zu berücksichtigen sein, dass es dabei nicht alleine auf die gewachsenen Bindungen des Kindes zur Pflegefamilie ankommt und ankommen darf, sondern dass insbesondere auch prognostiziert werden muss, wie sich das Kind bei einer Rückführung im elterlichen Haushalt entwickeln würde (BVerfG, Beschlüsse vom 13.07.2022 – 1 BvR 580/22, FamRZ 2022, 1616 = NZFam 2022, 938 (m. Anm. Keuter) und BVerfG, Beschluss vom 15.11.2022 – 1 BvR 1667/22, juris).

3. Soweit das Amtsgericht den Kindeseltern auch den Teilbereich des Sorgerechts „Gesundheitsfürsorge“ entzogen hat, war die die Entscheidung des Amtsgerichts aufzuheben. Zum jetzigen Zeitpunkt der Entscheidung des Senats liegen Gründe, die eine weitere Aufrechterhaltung der Entziehung des Sorgerechts der Kindeseltern insoweit rechtfertigen würden, nicht mehr vor. Nach den überstimmenden Auffassungen der Mitarbeiterinnen des Jugendamtes, der Verfahrensbeiständin und der Ergänzungspflegerin ist eine Zusammenarbeit mit den Kindeseltern problemlos möglich. Eine Gefährdung des Kindeswohls durch ein Verhalten der Kindeseltern ist im Zusammenhang mit der Gesundheitsfürsorge aufgrund der trotz Fremdunterbringung ihrer Tochter gezeigten Mitwirkungsbereitschaft der Kindeseltern nicht mehr gegeben.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 84 FamFG. Der Verfahrenswert für das Beschwerdeverfahren ergibt sich aus §§ 45, 40 FamGKG.

Entscheidung 2 - OLG Koblenz Beschluss vom 23.2.2022 – 7 UF 16/22

Gründe:

I.

Antragsteller und Antragsgegnerin sind die Eltern des am ... 2014 geborenen gemeinsamen nichtehelichen Kindes L. Der Kindesmutter steht die alleinige elterliche Sorge zu. Sie wohnt nach der Trennung vom Antragsteller mit L. wieder bei ihrem Vater und ihrer Stiefmutter.

Nach der Trennung im August 2016 hatte der Antragsteller zunächst bis Ostern 2018 regelmäßigen Umgang mit seinem Sohn einschließlich Übernachtungen. Danach teilte die Kindesmutter mit, dass sich L. weigere, bei seinem Vater zu übernachten. Aus diesem Grund hat dieser das vorliegende Verfahren mit einem Antrag auf regelmäßigen Wochenend-, Ferien- und Feiertagsumgang eingeleitet. Hieraufhin hat die Antragsgegnerin gegenüber dem Antragsteller den Vorwurf häuslicher Gewalt gegen sie im Beisein von L. erhoben und einen außerhäuslichen Umgang an einem Tag alle zwei Wochen angeboten.

Im ersten Termin vor dem Familiengericht am 21.08.2018 haben sich die Beteiligten in Form einer Zwischenvereinbarung auf einen tageweisen Umgang verständigt. Dieser sollte die beiden ersten Male in K. im Beisein der Kindesmutter stattfinden, während der Vater das Kind vom dritten Termin an mit zu sich nach Hause nehmen sollte. Nachdem die beiden ersten Termine erfolgreich verlaufen waren, weigerte sich L. beim dritten Termin am 30.09.2018, mit seinem Vater mitzugehen. Hierauf versuchte der Kindesvater, das Kind mit Gewalt mitzunehmen, wobei im Einzelnen streitig ist, in welchem Umfang sich diese gegen das Kind und die anwesende Kindesmutter sowie deren Stiefmutter richtete. Nachdem die Zwischenvereinbarung in der Folgezeit nicht mehr umgesetzt worden war, hat das Familiengericht in einem weiteren Termin am 07.11.2018 die Einholung eines Sachverständigengutachtens angekündigt. Für die Zwischenzeit verständigten sich die Beteiligten darauf, dass der Umgang alle zwei Wochen begleitet beim Kinderschutzbund stattfinden solle.

Nachdem die Sachverständige im Mai 2019 ihr Gutachten vorgelegt hatte, haben sich die Kindeseltern, der dem Kind bestellte Verfahrensbeistand und das Jugendamt grundsätzlich mit dem Vorschlag der Sachverständigen einverstanden erklärt. Dieser beinhaltete im Wesentlichen die Fortführung des begleiteten Umgangs bis Mitte 2020 mit der Option zum Übergang auf unbegleiteten Umgang nach begleiteter Übergabe. Darüber hinaus hielt die Gutachterin parallel eine Elternberatung erforderlich sowie eine eigene Therapie der Kindesmutter zur Aufarbeitung ihres Traumas bezüglich der Beziehung zum Kindesvater und ihrer Ängste, welche sie auf L. projiziere. Hierauf haben sich die Kindeseltern nochmals in einem weiteren Termin vor dem Familiengericht am 04.12.2019 verständigt. Dabei haben sie vereinbart, dass L. von einer dritten Person gebracht und abgeholt werden sollte, um ihm das Zugehen auf den Antragsteller zu erleichtern. Des Weiteren erklärten sich beide Elternteile bereit, umgehend eine therapeutisch psychologische Beratung in Anspruch zu nehmen. Nachdem L. in der Folgezeit zunächst mehrfach von seinen Großeltern zu den begleiteten Umgängen gebracht worden war, weigerte er sich Anfang 2020 wiederholt, diesen fortzusetzen. Als er daraufhin am 17.02.2020 wieder von seiner Mutter gebracht wurde, ging er nur sehr langsam und auf deren mehrfache Aufforderung auf den Antragsteller zu, nachdem dieser zuvor die Antragsgegnerin im Vorbeigehen geschubst hatte. Anschließend kam der begleitete Umgang coronabedingt völlig zum Erliegen.

Nach Einholung eines schriftlichen und mündlichen Ergänzungsgutachtens sowie wiederholter Anhörung des betroffenen Kindes und der Beteiligten hat der Antragsteller an seinem Antrag auf regelmäßigen, und zwar auch unterwöchigen, unbegleiteten Umgang festgehalten und zur Wiederanbahnung einen stufenweise ausgeweiteten begleiten Umgang beantragt. Hieraufhin hat das Familiengericht mit der vorliegend angefochtenen Entscheidung unter Zurückweisung des Antrags des

Kindesvaters im Übrigen eine Umgangspflegschaft zur etwaigen Anbahnung von Umgangskontakten des Antragstellers zu seinem Kind angeordnet. Diese hat es bis zum 30.06.2022 mit Verlängerungsoption bis 31.12.2022 befristet und ihr als Aufgabe zugewiesen, mit L. Gespräche zu führen, um dessen Haltung zu Umgangskontakten mit seinem Vater auszuloten und ggfls. bei dem Kind die Bereitschaft zum Umgang zu wecken. Des Weiteren hat das Familiengericht der in dem Beschluss namentlich benannten Umgangspflegerin verschiedene Berichtspflichten gegenüber dem Jugendamt auferlegt.

Gegen diese, ihm am 30.11.2021 zugestellte Entscheidung hat der Kindesvater am 21.12.2021 beim Familiengericht Beschwerde eingelegt. Er begehrt er neben der Bestellung einer erfahrenen sozialpädagogischen Fachkraft zum Umgangspfleger einen drei Monate dauernden und dabei stufenweise ausgeweiteten begleiteten Anbahnungsumgang und nach Ablauf von drei Monaten einen regelmäßigen unbegleiteten Wochenend-, unterwöchigen sowie Ferien- und Feiertagsumgang einschließlich verschiedener weiterer ergänzender Regelungen. Zugleich begehrt er, den begleiteten Anbahnungsumgang und den sich daran anschließenden regelmäßigen unbegleiteten Wochenend- und unterwöchigen Umgang im Wege einer einstweiligen Anordnung zu regeln.

Zur Begründung verweist der Antragsteller zunächst auf seine sowie des Kindes grundrechtlich geschützte Rechtsposition. Diese erlaube nur ausnahmsweise eine Einschränkung des Umgangs. Darüber hinaus rügt der Kindesvater die Verfahrensführung des Familiengerichts und stellt auf die durch Zeitablauf eingetretene Entfremdung sowie die Ausführungen der Sachverständigen, wonach sein Umgang mit L. dem Kindeswohl diene, ab. Auch das Jugendamt habe seine Bereitschaft zur Durchführung eines begleiteten Umgangs erklärt. Demgegenüber könne man von L. in der Atmosphäre, in welcher seine Anhörung stattgefunden habe, schon aufgrund seines Alters nicht erwarten, dass er seine wahren Wünsche und seinen wahren Willen äußere. Daher sei es verfehlt, wenn das Familiengericht die Weigerung des Kindes als bewiesen ansehe und den mit der seiner Entscheidung faktisch angeordneten Umgangsausschluss als Schutzmaßnahme für L. darstelle. Hier habe das Familiengericht stattdessen einen Wiederanbahnungsumgang anordnen müssen. Dieser entspreche dem Kindeswohl. Der Einsatz einer Umgangspflegerin laufe ohne gleichzeitige Anordnung eines Umgangs ins Leere. Aufgrund der eingetretenen Entfremdung bedürfe es der Bestellung eines fachlich qualifizierten und erfahrenen Umgangsbegleiters. Der angefochtene Beschluss sei überdies bereits deshalb fehlerhaft, weil er mangels Regelung des begehrten Umgangs den Verfahrensgegenstand nicht erledige. Darüber hinaus rügt der Antragsteller die Ausführungen der Sachverständigen zu den Gründen für L.s Verweigerungshaltung als reine Spekulation sowie beanstandet einen Umgangsboykott der Kindesmutter. Letzterer zeige sich auch darin, dass die Antragsgegnerin die Zwischenvereinbarungen immer wieder verletzt habe. Der Antragsteller bejaht eine Traumatisierung des Kindes, schreibt diese jedoch allein der Kindesmutter und deren sozialem Umfeld zu, welches ihn permanent schlechtrede und verleugne. Hier liege ein starkes Indiz für eine grobe Verletzung der körperlichen und seelischen Unversehrtheit des Kindes durch die Mutter vor. Demgegenüber bestünden in seiner Person keine Anhaltspunkte einer konkreten Gefahr für L.

Die Antragsgegnerin verteidigt die angefochtene Entscheidung unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens. Sie erachte einen Umgang des Kindes mit seinem Vater als wichtig, jedoch sei L.s Wille zu respektieren. Denn neben der Grundrechtsposition der Eltern seien auch das Wohl des Kindes und dessen Individualität als Grundrechtsträger zu berücksichtigen. Das Kind mache mit der Kundgabe seines Willens von seinem Recht zur Selbstbestimmung Gebrauch. Ein gegen den ernsthaften Widerstand des Kindes erzwungener Umgang verursache durch die Erfahrung der Missachtung der eigenen Persönlichkeit unter Umständen mehr Schaden als er nutze. Ihr selbst falle es schwer, gegenüber L. in Bezug auf den Kindesvater irgendwelche positiven Aspekte aktiv zu benennen. Sie rede allerdings auch nicht dagegen. Therapiebereitschaft bestehe bei ihr nicht mehr. Noch im Termin am 28.10.2021 vor dem Amtsgericht Altenkirchen sei der Antragsteller im Übrigen einverstanden mit der Bestellung der Umgangspflegerin Elena Strunk gewesen. Diese sei auch eine

sozialpädagogische Fachkraft, so dass keine Notwendigkeit für deren Austausch bestehe, zumal sich L. mittlerweile mit ihr bekannt gemacht habe. Zudem befinde sich der Antragsteller seit nunmehr über einem Jahr wohl in psychologischer Behandlung mit einem zwischenzeitlichen Aufenthalt in einer therapeutischen Klinik. Hier sei für die Wahrnehmung eines Umgangsrechtes die Kenntnis notwendig, welche Erkrankung vorliege. Wenn es ihm wirklich um das Wohl von L. gehe, hätte er diese Informationen nicht trotz entsprechender Aufforderung des Familiengerichts verweigert.

Der Verfahrensbeistand ist der Ansicht, dass der im November 2018 initialisierte und bis Februar 2020 praktizierte begleitete Umgang als gescheitert anzusehen sei. Statt die Bindung des Kindes zu seinem Vater zu stärken, sei der Loyalitätskonflikt verschärft und manifestiert worden. Aufgrund der äußeren Begleitumstände sei es L. nicht möglich, sich offen für den Umgangskontakt zu zeigen. Vielmehr sei seine zunehmende Verweigerungshaltung gegenüber dem Vater gefördert worden, bis der Umgang schlussendlich von Seiten des Kinderschutzbundes nicht mehr fortgesetzt werden können. L. müsse unbedingt vor solchen erneuten negativen Erfahrungen geschützt werden. Dies werde allenfalls dann gelingen, wenn L. sich darauf verlassen könne, dass seine Bedenken und Ängste, die er aufgrund des bisher Erlebten subjektiv habe, wahrgenommen und respektiert würden und er so wieder an Selbstsicherheit gewinne. Hierfür bedürfe es zuallererst einer Vertrauensperson, die bei L., der momentan auch keinen Brief- oder Telefonkontakt wolle und in eine Art Schockstarre ver falle, sobald das Gespräch auf seinen Vater und dessen Kontaktwunsch komme, zunächst die Bereitschaft zur Fortführung von begleiteten Umgangskontakten wecke. Ohne diese Maßnahme bestehe die Gefahr, dass L. sich aufgrund seines subjektiven Empfindens nicht auf die Kontakte einlassen und seine Negativerfahrungen wiederaufleben lassen werde, was für die Vater-Kind-Beziehung verheerend sein würde. Während L. anfangs noch den Wunsch nach einer guten Beziehung zu beiden Elternteilen gehabt habe, befinde er sich mittlerweile in einem extremen Loyalitätskonflikt. Um aus diesem herauszukommen, benötige L. - wie auch seine Eltern - therapeutische Hilfe. Letztere seien zurzeit beide nicht in der Lage, sich in die Position des Kindes hineinzusetzen und nachzuvollziehen, was für ein Druck auf diesem laste.

Das Jugendamt teilt mit, dass es seiner Mitwirkungspflicht nachkommen und einen begleiteten Umgang einleiten werde, sofern dies von den Eltern beantragt oder gerichtlich angeordnet werde. Dieser könne durch einen freien Träger der Kinder- und Jugendhilfe im 14tägigen Intervall mit jeweils zwei Stunden pro Umgangstermin durchgeführt werden und im Laufe des Februars 2022 beginnen. Die konkreten Zeiten müssten zwischen der durchführenden Fachkraft und den Kindeseltern abgestimmt werden, wobei eine vorherige Festlegung aus organisatorischen Gründen nicht möglich sei. Im Übrigen bestehe Bedarf für Elternterapie. Eine Stärkung L.s löse das eigentliche Problem nicht. Die Umstände um das Kind herum müssten sich ändern.

Der Senat hat L. sowie alle weiteren Beteiligten am 17.02.2022 erneut persönlich angehört und mit Letzteren auch die Ausführungen der erstinstanzlich bestellten Sachverständigen erörtert.

Ergänzend wird auf das schriftsätzliche sowie mündliche Vorbringen der Beteiligten und die Sachverständigengutachten nebst deren Erläuterung verwiesen.

II.

Die gemäß §§ 58 ff. FamFG statthafte und auch sonst zulässige, insbesondere form- und fristgerecht eingelegte Beschwerde des Antragstellers führt zu einer Abänderung verbunden mit einer - abgesehen von der Kostenentscheidung - umfassenden Neufassung der angefochtenen Entscheidung.

Diese wirkt sich teilweise auch zum Nachteil des Beschwerdeführers aus. Denn aufgrund seines Charakters als Amtsverfahren gilt in Umgangsverfahren das Verböserungsverbot (*reformatio in peius*) nicht; vielmehr hat das Beschwerdegericht stets die materiell-rechtlich zutreffende Entscheidung zu

treffen (vgl. Prütting/Gehrlein/Oeley, ZPO, 13. Aufl. 2021, § 69 FamFG, Rn. 5 m.w.N.). Zugleich erlässt der Senat gemäß § 1666 BGB im Zusammenhang mit der verfahrensgegenständlichen Umgangsangelegenheit stehende erforderliche sorgerechtliche Maßnahmen und Auflagen. Hierauf hatte der Senat bereits mit Verfügung vom 11.01.2022 sowie im Termin am 17.02.2022 hingewiesen.

1. Zutreffend rügt die Beschwerde, dass das Familiengericht keine den Verfahrensgegenstand vollständig erledigende Entscheidung getroffen hat.

Das Familiengericht hat den Umgangsantrag des Kindesvaters jenseits der Einrichtung einer Umgangspflegschaft lediglich zurückgewiesen. Dies lässt sich nicht mit dem Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG vereinbaren (vgl. BVerfG FamRZ 2006, 1005, 1006 und FamRZ 2005, 1815, 1816). Denn durch die Zurückweisung des Antrags auf gerichtliche Regelung des Umgangsrechts tritt ein Zustand ein, der dem besonderen verfassungsrechtlichen Schutz nicht gerecht wird, unter dem das Umgangsrecht des jeweiligen Elternteils steht. Eine Entscheidung, durch die das Umgangsrecht weder versagt noch in irgendeiner Weise eingeschränkt wird, die aber eine gerichtliche Hilfe zur tatsächlichen Ausgestaltung verweigert, lässt das Umgangsrecht nur scheinbar unberührt. Der grundsätzlich umgangsberechtigte Elternteil weiß dann nämlich nicht, in welcher Weise er das Recht tatsächlich wahrnehmen darf und in welchem zeitlichen Abstand er einen neuen Antrag auf gerichtliche Regelung zu stellen berechtigt ist. Demgemäß hat das zur Umgangsregelung angerufene Familiengericht entweder Umfang und Ausübung der Umgangsbefugnis konkret zu regeln oder, wenn dies zum Wohl des Kindes erforderlich ist, die Umgangsbefugnis ebenso konkret einzuschränken oder auszuschließen; es darf sich aber jedenfalls im Regelfall nicht auf die Ablehnung einer gerichtlichen Regelung beschränken (vgl. BGH FamRZ 2016, 1058 und 2017, 1668; einschränkend nur im hier nicht vorliegenden Fall des fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses vgl. OLG Koblenz [13. ZS] FamRZ 2017, 1844).

Allein durch die Anordnung einer Umgangspflegschaft hat das Familiengericht hier noch keine, gemessen an den vorgenannten Grundsätzen ausreichende sachliche Regelung über das Umgangsrecht des Antragstellers getroffen. Der Senat sieht nicht zuletzt angesichts der bisherigen Verfahrensdauer jedoch davon ab, die Sache gemäß § 69 Abs. 1 Satz 2 FamFG an das Familiengericht zurückzuverweisen, sondern entscheidet selbst.

2. Im Ergebnis zutreffend hat das Familiengericht hier eine Maßnahme getroffen, die dazu dienen soll, bei L. die Bereitschaft für einen Umgang mit seinem Vater (wieder) zu wecken und sich dabei an den Ausführungen der Sachverständigen, insbesondere im Termin am 28.10.2021, orientiert. Allerdings entspricht die gewählte rechtliche Umsetzung nicht den gesetzlichen Vorgaben und war somit an diese anzupassen. Hierauf hatte der Senat mit Verfügung vom 11.01.2022 ebenfalls hingewiesen.

Wird - wie in der angefochtenen Entscheidung geschehen - eine Umgangspflegschaft angeordnet, hat das Gericht zugleich auch einen Umgang als solchen zu regeln (vgl. BGH FamRZ 2016, 1752 sowie OLG Koblenz [13. ZS] Streit 2017, 69 und BeckRS 2018, 24191). Diesen hat der Umgangspfleger dann auch im erforderlichen Fall z.B. durch motivierende Gespräche mit dem Kind vorzubereiten. Ein Umgangspfleger kann aber nach § 1684 Abs. 3 Satz 3 bis 6 BGB nicht isoliert zu dem Zweck bestellt werden, mit dem Kind zunächst die Bereitschaft zu einem Umgang zu erarbeiten. Ist letzteres aus Kindeswohlgründen nötig, bedarf es eines Teilsorgerechtsentzugs verbunden mit der Bestellung eines Ergänzungspflegers nach §§ 1666 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 6, 1909 Abs. 1 BGB mit dem entsprechenden Aufgabenkreis. Die hierbei zu beachtenden höheren Eingriffsvoraussetzungen nach §§ 1666, 1697a BGB sind vorliegend erfüllt, so dass der Senat die entsprechende Anordnung in der rechtlich zutreffenden Weise zu erlassen hat.

Darüber hinaus war zugleich der Kindesmutter gemäß § 1666 Abs. 1, Abs. 3 BGB eine Therapieauflage zu erteilen, während der Umgang des Antragstellers mit seinem Kind unter Verweis auf §§ 1684 Abs. 4 Satz 1 und 2, 1697a BGB vorübergehend auszuschließen war.

a) Der Senat ist nach dem Ergebnis der wiederholt durchgeführten Kindesanhörung, dem Verlauf des bis Anfang 2020 durchgeführten begleiteten Umgangs sowie aufgrund der Ausführungen der Sachverständigen und der Stellungnahmen des Verfahrensbeistands davon überzeugt, dass sich L. momentan vehement und nachdrücklich dagegen wehrt, seinen Vater zu sehen oder auch nur mit ihm Kontakt zu haben.

Dieser, seit längerer Zeit andauernde Widerstand des mittlerweile 7 ½-jährigen Jungen könnte im Rahmen einer Umgangsregelung nur mit unter Kindeswohlgesichtspunkten unverhältnismäßigen und gesetzlich verbotenen Mitteln gebrochen werden. Das allein würde bereits eine Kindeswohlgefährdung bedeuten. Eine solche ergibt sich hier jedoch zudem auch daraus, dass so die Chance auf eine Normalisierung der Beziehung von L. zu seinem Vater ausgeschlossen erschiene.

Aus diesem Grund ist dem Kindesvater der Umgang mit L. für eine angemessene Zeit zu untersagen.

aa) Zutreffend ist allerdings der vom Antragsteller vertretene Ausgangspunkt, wonach gemäß Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG, § 1684 Abs. 1 BGB jedes Kind ein Recht auf Umgang mit beiden Elternteilen hat und ebenfalls jeder Elternteil zum Umgang mit seinem Kind berechtigt (und verpflichtet) ist. Dieses Recht kann jedoch gemäß § 1684 Abs. 4 BGB ausgeschlossen werden, wenn dies - wie vorliegend - aus Kindeswohlgründen erforderlich ist. Denn es sind insoweit gleichermaßen die durch das Grundgesetz geschützten Positionen des den Umgang begehrenden Elternteils und des betroffenen Kindes gegeneinander abzuwägen. Auch das Kind hat einen Anspruch auf Achtung seiner Individualität und auf Schutz seiner körperlichen und seelischen Unversehrtheit (vgl. BVerfGE 31, 194 und 64, 180).

In der Regel ist dabei davon auszugehen, dass es dem Wohle eines jeden Kindes entspricht, persönlichen Umgang mit beiden Elternteilen zu haben, § 1626 Abs. 3 Satz 1 BGB. Der Umgang ist Ausdruck der verwandtschaftlichen bzw. familiären Bindungen, die auch zu dem Elternteil bestehen, bei dem das Kind nicht lebt. Für diesen ist ein regelmäßiger Umgang zudem von Bedeutung, um sich von dem Wohlergehen und der Entwicklung seines Kindes zu überzeugen sowie dem Liebesbedürfnis beider Teile Rechnung zu tragen (vgl. BVerfG FamRZ 1971, 421 zitiert nach KG FamRZ 2013, 709).

Das Umgangsrecht ist gemäß Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG ebenso geschützt wie das Elternrecht des betreuenden Elternteils. Können sich die Eltern über die Ausübung des Umgangs nicht einigen, haben die Gerichte die Entscheidung zu treffen, die sowohl die beiderseitigen Grundrechtspositionen der Eltern als auch das Wohl des Kindes (§ 1697a BGB) berücksichtigt. Eine Versagung des Umgangs ist nur zulässig, wenn anderenfalls das Wohl des Kindes gefährdet wäre und dem durch andere Maßnahmen nicht wirksam begegnet werden könnte (vgl. BVerfG FamRZ 2006, 1005; 2005, 1057 und 2007, 105). Dabei sind strenge Maßstäbe anzulegen. Erforderlich ist eine gegenwärtige Gefahr in solchem Maß, dass sich bei ihrem weiteren Fortschreiten eine erhebliche Schädigung der weiteren Entwicklung des Kindes mit ziemlicher Sicherheit voraussehen lässt.

Die gesetzliche Regelung des § 1684 Abs. 4 BGB ermöglicht jedoch auch dann gerichtliche Entscheidungen, welche die Umgangsbefugnis einschränken oder ausschließen, wenn das Kind dies aus ernsthaften, subjektiv beachtlichen oder verständlichen Gründen wünscht und ein erzwungenes Umgangsrecht das Kindeswohl beeinträchtigen würde (vgl. OLG Frankfurt FamRZ 2020, 2010 m.w.Nw.). Das ist hier der Fall.

bb) Im Rahmen der gebotenen Abwägung ist auch je nach Reife und Verständnis der Wille des Kindes zu beachten. Denn die eigene Willensbildung ist Ausdruck der Individualität und Persönlichkeit des

Kindes, die ihrerseits den grundrechtlichen Schutz nach Art. 1, 2 GG genießt. Zur Persönlichkeitsentwicklung gehört auch, dass der wachsenden Fähigkeit eines Kindes zu eigener Willensbildung und selbstständigem Handeln Rechnung getragen wird, das Kind dies erfährt und sich so zu einer eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit entwickeln kann (vgl. BVerfG FamRZ 2008, 1737). Dies gilt umso stärker, je älter und damit reifer das Kind ist.

Folglich ist grundsätzlich auch der Wille des Kindes, keinen Umgang haben zu wollen, zu berücksichtigen. Denn ein gegen den ernsthaften Widerstand des Kindes erzwungener Umgang kann durch die Erfahrung der Missachtung der eigenen Persönlichkeit bei dem Kind größeren Schaden verursachen, als Nutzen zu bringen. Eine Disqualifizierung eines sonach an sich beachtenswerten Kindeswillens ist daher lediglich dann gerechtfertigt, wenn manipulierte Äußerungen des Kindes den wirklichen Bindungsverhältnissen nicht entsprechen und die Nichtbefolgung des Kindeswillens ihrerseits nicht wiederum zu seiner Kindeswohlgefährdung führt (vgl. BVerfG FamRZ 2005, 1057 und FamRZ 2001, 1057 sowie KG FamRZ 2013, 709 und OLG Koblenz Beschluss vom 24.07.2013 - 13 UF 200/13 sowie Senatsbeschluss vom 22.05.2015, Az. 7 UF 152/15).

Bis Anfang 2020 vermochte L. sich noch auf einen begleiteten Umgang mit seinem Vater einzulassen. Auch dies gelang jedoch nach den Berichten des Kinderschutzbundes (Bl. 220 ff., 281 ff. d.A. 1. Inst.) oft nur nach viel Überzeugungsarbeit und unter längerem guten Zureden. Zugleich kam es immer wieder zu Grenzüberschreitungen seitens des Kindesvaters. Diesem fiel es schwer, sich sowohl an im Zusammenhang mit der Durchführung des begleiteten Umgangs getroffene Absprachen bzw. geltende Regeln (z.B. bzgl. des Mitbringens von Süßigkeiten und Geschenken; Ausnutzen der Situation, als sich die Begleiterin kurz entfernte) zu halten als auch die Wünsche und Bedürfnisse von L. wahrzunehmen und zu respektieren (z.B. keine Umarmungen, Küsse, Fotos, Videos).

cc) Während sowohl die Sachverständige als auch der Verfahrensbeistand L. anfangs noch eine relative Offenheit in Bezug auf Kontakte mit seinem Vater attestieren, sehen sie mittlerweile eine verfestigte vollständige Ablehnung jedweden Kontakts verbunden mit einem offen zutage tretenden Loyalitätskonflikt des Jungen. Hiervon konnte sich auch der Senat bei L.s Anhörung eindrucksvoll überzeugen.

Um Beachtung zu finden, muss der geäußerte Kindeswillen intensiv, stabil, ernsthaft und zielorientiert sowie autonom sein (vgl. KG FamRZ 2013, 709 m.w.Nw. sowie OLG Koblenz Beschluss vom 24.07.2013, Az. 13 UF 200/13). Ein stabiler, ernsthafter und zielgerichteter Wille setzt voraus, dass eine Willenstendenz über eine gewisse Zeit, auch unter unterschiedlichen Umständen, beibehalten wird. Intensiv ist der Wille, wenn er Ausdruck eines Herzenswunsches, d. h. dem Kind wichtig ist (vgl. KG aaO. und OLG Koblenz aaO.). Während diese Anforderungen hier allesamt gegeben sind, kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Ablehnung seines Vaters Ausdruck einer autonomen Willensbildung von L. ist.

(1) Kennzeichnend für einen autonomen Willen ist, dass er Ausdruck der eigenen Bedürfnisse und nicht nur Reaktion auf die - ggfls. auch nur vermeintlichen - Wünsche eines Elternteils ist (vgl. KG aaO. und OLG Koblenz aaO.). Ersteres liegt hier nicht vor, denn L. befindet sich nach den fachlich fundierten, schlüssigen und widerspruchsfreien Ausführungen der Sachverständigen in ihrem schriftlichen Ergänzungsgutachten vom 27.05.2021 sowie bei ihren mündlichen Erläuterungen vor dem Familiengericht am 28.10.2021 mittlerweile in einem extremen Loyalitätskonflikt.

Ursache hierfür ist, dass die Kindesmutter ihre Ängste und negative Sicht auf den Kindesvater auf L. überträgt. Dies hat sich auch durch die Kindesanhörung bestätigt. Denn eine fundierte Begründung für seinen Wunsch, keinen Kontakt zum Vater haben zu wollen, konnte L. nicht geben, obgleich dies angesichts seines Alters schon erwartet werden durfte. Dies gilt insbesondere für sein Schweigen auf

den Vorhalt der Bilder, auf welchen er - offensichtlich während des begleiteten Umgangs - lachend mit seinem Vater zu sehen ist (Bl. 706 ff. d.A. 1. Inst.).

(2) Dabei ist für das vorliegende Verfahren einerseits unerheblich, ob die negative Einstellung der Kindesmutter dem Antragsteller gegenüber aufgrund des in der gemeinsamen Beziehung oder nach der Trennung Erlebten nachvollziehbar ist oder nicht.

Andererseits hat der Antragsteller sowohl durch sein gewalttätiges Verhalten vor den Augen des Jungen beim Umgang am 30.09.2018 als auch aufgrund der bereits oben erwähnten, mehrfachen Grenzüberschreitungen im Zuge des begleiteten Umgangs die momentane Haltung des Kindes ebenfalls mitverursacht. Der Senat stimmt jedoch der Einschätzung des Verfahrensbeistands zu, dass Ausgangspunkt und hauptursächlich allerdings das Umfeld des Kindes im mütterlichen Haushalt verbunden mit der Nähe zu seinen Großeltern ist. Denn die hiervon ausgehende Ablehnung seines Vaters ist für L. permanent präsent.

Unerheblich ist dabei, ob die Ablehnung verbal zum Ausdruck gebracht oder nur nonverbal vermittelt wird. Denn trotz wiederholter anderweitiger Beteuerungen in der Gegenwart Dritter heißt die Kindesmutter den Umgang nicht wirklich gut. Dies wird zum einen dadurch belegt, dass der im zweiwöchigen Rhythmus geplante Umgang beim Kinderschutzbund infolge von Terminverschiebungen der Kindesmutter letztlich nur alle drei Wochen stattfinden konnte (Bl. 220 d.A. 1. Inst.). Zum anderen zeigt sich dies in der Ablehnung der seitens der Sachverständigen als dringend erforderlich angesehenen (weiteren) therapeutischen Aufarbeitung ihrer traumatischen Erfahrungen mit dem Kindsvater, obgleich letztere nach den gutachterlichen Feststellungen ursächlich für das von ihr gegenüber L. vermittelte negative Vaterbild sind (Bl. 39 des Ergänzungsgutachtens vom 27.05.2021).

dd) Obgleich es somit an einem autonomen Kindeswillen fehlt, ist die Ablehnung des Kindes hier dennoch zu beachten. Denn auch sein nicht autonomer Wille hat sich bei L. derart verfestigt und entspricht seinem wahren Willen, dass ein Umgang derzeit nur ohne eine konkrete Regelung angeordnet oder unter Brechung des Kindeswillens erzwungen werden könnte. Beides ist jedoch gesetzlich nicht zulässig.

(1) Unter den obwaltenden Umständen wäre ein (begleiteter) Umgang nur durchführbar, wenn dieser „zufällig“, also ohne dass L. hiervon vorher Kenntnis erlangt, zustande käme oder das Kind mit körperlicher Gewalt hierzu gezwungen würde. Während ersteres angesichts der Verpflichtung des Gerichts, einen Umgang u.a. mit einer konkreten Zeitvorgabe zu regeln (vgl. BGH FamRZ 2012, 533), rechtlich nicht möglich ist, schließt § 90 Abs. 2 Satz 1 FamFG eine Gewaltanwendung gegenüber dem Kind gerade aus Verhältnismäßigkeitsgründen aus. Danach darf unmittelbarer Zwang (also körperliche Gewalt) gegen ein Kind nicht zugelassen werden, wenn das Kind herausgegeben werden soll, um das Umgangsrecht auszuüben. Nach der Wertung des Gesetzgebers hat in diesem Fall also im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsabwägung das Recht auf Umgang des Antragsgegners (Kindsvaters) zurückzustehen; es ist dann nicht durchsetzbar.

Die zitierte Vorschrift des § 90 Abs. 2 Satz 1 FamFG betrifft zwar die Vollstreckung einer Umgangsentscheidung. Steht indes - wie vorliegend - fest, dass ein Umgang nur mit nach § 90 Abs. 2 Satz 1 FamFG unzulässiger körperlicher Gewalt gegen das Kind umgesetzt werden könnte, scheidet bereits die Anordnung eines entsprechenden Umgangs aus (vgl. OLG Koblenz [13. ZS] FuR 2019, 351 und OLG Brandenburg FamRZ 2018, 1757). Denn ist ein gegen den geäußerten Kindeswillen angeordneter Umgang letztlich von vornherein nicht durchführbar, liegt im Ergebnis ebenfalls ein Fall vor, in dem die Nichtbefolgung auch eines manipulierten Kindeswillens ihrerseits wiederum zu einer Kindeswohlgefährdung i.S.v. § 1684 Abs. 4 BGB führen würde. Ein gerichtlich angeordneter persönlicher Kontakt von L. zu seinem Vater würde hier jedes Mal im Vorfeld zu einer - auch bei der

Kindesanhörung durch den Senat deutlich zutage getretenen - starken emotionalen Belastung des Kindes mit der hohen Gefahr einer (endgültigen) Traumatisierung führen. Dies stellt sich im Hinblick darauf, dass die Übergabe des Kindes an die Begleitperson dann letztlich dennoch nicht umgesetzt werden kann, als unverhältnismäßig dar. Folglich hat in dem hier gegebenen Fall ausnahmsweise schon die Anordnung des (begleiteten) Umgangs zu unterbleiben.

Hinzu kommt, dass die Anordnung eines letztlich derzeit rechtlich nicht durchführbaren Umgangs die Erfolgsaussichten der sachverständigenseits angeratenen Maßnahme zur Ermöglichung der Wiederanbahnung eines Kontakts zwischen Vater und Kind (siehe unten: b)) schwer beeinträchtigen würde. Das stellt für sich genommen bereits eine Kindeswohlgefährdung dar. Um sich auf diese Maßnahme einzulassen, bedarf L. der unbedingten Sicherheit, aktuell gegen seinen Willen nicht zum Umgang gezwungen zu werden. Dem würde aber jedwede Anordnung eines Umgangs zuwiderlaufen, so dass der Umgang - entsprechend dem Erfordernis einer konkreten Regelung über den Umgang (vgl. BGH FamRZ 2016, 1058 und 2017, 1668) - letztlich auszuschließen war.

(2) Dem steht - anders als der Antragsteller meint - nicht entgegen, dass die Sachverständige seinen Umgang mit L. weiterhin grundsätzlich als dem Kindeswohl dienlich ansieht und ihn für wünschenswert sowie wichtig für L.s Entwicklung erachtet. Gleiches gilt für den Einwand des Kindesvaters, dass es während der Umgänge bislang nicht zu einer Kindeswohlgefährdung gekommen sei und die Bereitschaft des Jugendamts zur Durchführung eines begleiteten Umgangs bestehe.

Der Antragsteller hat die Ausführungen der Gutachterin hier nicht richtig gelesen oder vermag sie nicht vollständig zur Kenntnis zu nehmen. Die Sachverständige hat sowohl in ihrem schriftlichen Ergänzungsgutachten vom 27.05.2021 als auch bei ihrer Anhörung im Termin am 28.10.2021 unmissverständlich ausgeführt, dass es vor einem erneuten Kontakt des Kindes mit seinem Vater zunächst erforderlich ist, dem Kind eine Vertrauensperson an die Seite zu stellen, damit diese bei L. ein Interesse an Kontakten mit seinem Vater weckt und ihn bei der Bildung eines authentischen Willens unterstützt. Hierfür hat die Sachverständige einen Zeitraum von etwa sechs Monaten wöchentlicher Arbeit dieser Vertrauensperson mit L. angesetzt. Der Zeitraum könne verlängert werden, wenn zumindest eine entsprechende Entwicklung bei L. ersichtlich sei. Umgang aber auch zu einem früheren Zeitpunkt könne stattfinden, wenn L. hierzu bereit sei (Bl. 43 des Ergänzungsgutachtens vom 27.05.2021 und Bl. 719 f. d.A. 1. Inst.). Somit spricht sich die Gutachterin aus Gründen des Kindeswohls (§§ 1684 Abs. 4, 1697a BGB) explizit gegen den vom Antragsteller weiterhin beantragten sofortigen und schrittweise auszuweitenden begleiteten sowie alsbald unbegleiteten Umgang aus.

Auch das Jugendamt hat - aktuell - nicht zum Ausdruck gebracht, dass es die Durchführung eines begleiteten Umgangs für sachgerecht erachtet. Es hat mit Schriftsätzen vom 19. und 26.01.2022 lediglich mitgeteilt, dass es einen solchen - im Rahmen seiner Aufgaben der Kinder- und Jugendhilfe nach SGB VIII - durchführen wird, sofern dies von den Eltern beantragt oder gerichtlich angeordnet wird.

b) Nachdem ein Umgang zwischen dem Antragsteller und L. nach den Ausführungen der Sachverständige jedoch grundsätzlich dem Kindeswohl dienlich sowie wünschenswert und wichtig für L.s Entwicklung ist, haben sowohl der Antragsteller als auch L. in Umsetzung des grundgesetzlich normierten besonderen Schutzes der Familie und des dort ebenfalls niedergelegten staatlichen Wächteramts (Art. 6 Abs. 1, Abs. 2 Satz 2 GG) einen verfassungsrechtlich gesicherten Anspruch, dass die Gerichte alle erforderlichen und verhältnismäßigen Maßnahmen treffen, die notwendig sind, um zu versuchen, den Umgang zwischen Vater und Kind wiederherzustellen.

Dementsprechend hat der Senat den Einsatz der von der Sachverständigen empfohlenen, L. zur Seite zu stellenden Vertrauensperson in dem hierfür rechtlich zulässigen Rahmen anzuordnen.

aa) Wie bereits ausgeführt ist es nach der gesetzlichen Konzeption des § 1684 Abs. 3 Satz 3 bis 6 BGB nicht Aufgabe eines Umgangspflegers, zunächst mit dem Kind die Bereitschaft zu einem Umgang zu erarbeiten. Hierfür bedarf es vielmehr eines Teilsorgerechtsentzugs verbunden mit der Bestellung eines Ergänzungspflegers nach §§ 1666 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 6, 1909 Abs. 1 BGB.

Sowohl die Kindesmutter als auch die bisherige Umgangspflegerin haben sich mit dieser Verfahrensweise auf Nachfrage des Senats im Termin vom 17.02.2022 ausdrücklich einverstanden erklärt. Im Übrigen liegen hier nach den vorstehenden Ausführungen auch die Voraussetzungen für eine solche, das Sorgerecht der Kindesmutter einschränkende Maßnahme vor.

bb) Der Aufgabenkreis des Ergänzungspflegers und in dieser Konsequenz der Umfang des anzuordnenden Teilsorgerechtsentzugs umfassen dabei alle Entscheidungen, die erforderlich sind, um mit L. die notwendige Offenheit für erneute Kontakte mit seinem Vater und die Wiederanbahnung des Umgangs zu erarbeiten. Aus diesem Grund sind hiervon nicht nur das Aufenthalts- und das Umgangsbestimmungsrecht betroffen, sondern auch das Antragsrecht auf Leistungen nach SGB VIII und die Gesundheitsfürsorge, soweit die Ergänzungspflegerin entsprechende Maßnahmen in diesen Bereichen (z.B. eine Therapie des Kindes) für erforderlich erachtet.

Zur Ergänzungspflegerin hat der Senat die bereits vom Amtsgericht bestellte Umgangspflegerin bestimmt. Denn diese nimmt die entsprechenden Aufgaben bereits bisher wahr und hat auch schon erfolgreich den Kontakt zu L. aufgebaut. Gegen ihre fachliche Qualifikation bestehen keine durchgreifenden Bedenken. Soweit der Antragsteller mit seiner Beschwerde insoweit Einwände erhoben hat, hat sich im Senatstermin am 17.02.2022 herausgestellt, dass diese in dem Eindruck des Antragstellers gründeten, es gehe alles zu langsam. Dies vermag der Senat indes nicht zu erkennen. Zwar trifft zu, dass bislang die von der Sachverständigen vorgeschlagenen wöchentlichen Kontakte zwischen L. und der ihm zur Seite gestellten Vertrauensperson noch nicht in dieser Quantität stattgefunden haben. Allerdings befinden sich beide nach Erlass der Entscheidung des Familiengerichts am 30.11.2022 zurzeit noch in der Findungsphase mit dem Ziel des Vertrauensaufbaus.

c) Neben dem vorgenannten Teilsorgerechtsentzug war der Kindesmutter zusätzlich die tenorierte Therapieauflage zu erteilen.

Wie bereits ausgeführt, ist Haupt-, zumindest jedoch eine entscheidende Ursache der Umgangsverweigerung nach Ansicht aller am Verfahren beteiligten und hinzugezogenen Professionen der wesentlich durch die Kindesmutter und deren Umfeld verursachte Loyalitätskonflikt des Kindes. Der Senat teilt diese Ansicht. Das Verhalten der Kindesmutter wiederum wird in diesem Zusammenhang geprägt von den für sie traumatischen Erfahrungen mit dem Antragsteller, die sie in Form von Ängsten auf L. projiziert und die nach den gutachterlichen Feststellungen ursächlich für das von ihr L. gegenüber vermittelte negative Vaterbild sind.

Da die Kindesmutter insoweit augenscheinlich nicht in der Lage ist, zwischen der Elternebene einerseits und der Beziehungsebene beider Eltern zu dem Kind andererseits zu unterscheiden, bedarf es entsprechend dem Vorschlag der Sachverständigen dringend einer (weiteren) therapeutischen Aufarbeitung, um es L. zu ermöglichen, frei von negativen Signalen seiner Mutter einen autonomen Willen in Bezug auf den Kontakt zu seinem Vater zu entwickeln, § 1666 Abs. 1, Abs. 3, 1697a BGB.

d) Von weiteren Auflagen sieht der Senat demgegenüber momentan ab.

Dies betrifft sowohl aus Verhältnismäßigkeitsgründen derzeit weitergehende Eingriffe in das Sorgerecht der Kindesmutter als auch Therapieauflagen an den Kindsvater wie zur Elternarbeit.

Entsprechende weitere Auflagen haben zwar sowohl die Sachverständige als auch das Jugendamt angesprochen. Allerdings fehlt es hierfür momentan an der Erforderlichkeit. Zwar erscheint eine Therapie des Kindesvaters im Hinblick auf dessen Impulsivität und Grenzüberschreitungen sinnvoll. Hierdurch könnte er zudem die Kompetenz stärken, andere Meinungen zu tolerieren, ohne die entsprechenden Personen mit abfälligen Bewertungen, Strafverfahren und dergleichen zu überziehen. Gleiches gilt für eine gemeinsame Elternarbeit. Jedoch fehlt es bezogen auf den konkreten Verfahrensgegenstand an der Geeignetheit dieser Therapien, so lange zunächst versucht wird, bei L. wieder Interesse an einem Kontakt mit seinem Vater zu wecken. Dieser Prozess könnte - im Gegensatz zu einer begleitenden Therapie der Kindesmutter (siehe oben: c)) - durch eine Therapie des Kindesvaters nicht weiter gefördert werden. Selbst ein begleiteter Umgang stünde einer nicht durchgeführten Therapie des Kindesvaters und fehlender Elternarbeit hier nicht zwingend entgegen. Somit ist eine entsprechende zwangsweise gerichtliche Anordnung nach §§ 1666 Abs. 1, Abs. 3 BGB bzw. § 1684 Abs. 2 Satz 2 BGB aktuell nicht zulässig.

e) Ist der Umgang nach den vorstehenden Ausführungen auszuschließen, hat dies im Hinblick auf das Alter des betroffenen Kindes und des gleichzeitig in die Wege geleiteten Versuchs, in L. die Bereitschaft zu Kontakten mit seinem Vater zu wecken, für einen angemessenen Zeitraum zu erfolgen.

Dabei erachtet der Senat die Zeit bis Mitte des nächsten Jahres als sachgerecht und aus Gründen des Kindeswohls für erforderlich. Hierdurch erhält L. ausreichend Sicherheit, um sich auf die Arbeit mit der Ergänzungspflegerin einlassen zu können, ohne sich alsbald einem erneuten gerichtlichen Umgangsverfahren ausgesetzt zu sehen. Angesichts der sich weiter verhärteten Ablehnung des Kindes hält es der Senat für sehr unwahrscheinlich, dass L. bereits nach sechs Monaten eine Bereitschaft zu einem erneuten Kontakt mit seinem Vater entwickeln wird. Sollte dem jedoch so sein, verbietet der hier angeordnete Umgangsausschluss es der Ergänzungspflegerin nicht, den Kontakt bzw. Umgang bereits vor Ablauf dieses Zeitraums auszuprobieren. Im Falle einer erfolgreichen Wiederanbahnung des Kontakts kann das Familiengericht den hier angeordneten Umgangsausschluss überdies gemäß § 1696 Abs. 1 BGB auch vorher aufheben.

Die angeordnete Ergänzungspflegschaft bedarf demgegenüber keiner zeitlichen Befristung. Hier hat das Familiengericht (vgl. MünchKomm-FamFG/Heilmann, 3. Aufl., 2018, § 166, Rn. 21 a.E.) gemäß § 166 Abs. 2 FamFG, 1696 Abs. 2 BGB eine entsprechende Überprüfung der fortdauernden Erforderlichkeit durchzuführen.

III.

Nachdem ein Umgang des Antragstellers mit seinem Sohn derzeit nicht möglich ist, war auch seinem Eilantrag nicht stattzugeben.

Unabhängig hiervon konnte der Senat die beantragte einstweilige Anordnung auch schon deshalb nicht erlassen, weil er gegenüber dem Jugendamt oder einem Jugendhilfeträger nicht befugt ist, Anordnungen zwecks Durchführung, also Umsetzung, eines begleiteten Umgangs zu erlassen. Vielmehr obliegt es dem Umgangsberechtigten, die Voraussetzungen für einen begleiteten Umgang zu schaffen, insbesondere eine geeignete Begleitperson zu stellen. Dies umfasst auch deren Einverständnis hinsichtlich des Zeitpunkts des Umgangs. Denn auch dieser ist vom Gericht zu regeln und darf nicht der Entscheidung Dritter überlassen werden (vgl. BVerfG, FamRZ 2015, 1686; OLG Koblenz [13. ZS] FamRZ 2018, 593 und BGH FamRZ 2012, 533).

Vorliegend hatte sich das Jugendamt zwar bereit erklärt, einen begleiteten Umgang durch einen freien Träger der Kinder- und Jugendhilfe im 14tägigen Rhythmus mit jeweils zwei Stunden pro Umgangstermin durchzuführen. Jedoch ist eine Festlegung konkreter Zeiten auch auf Nachfrage des

Senats nicht erfolgt, da dies aus organisatorischen Gründen nicht möglich war. Damit hat der Antragsteller schon die Voraussetzungen für die gerichtliche Anordnung eines begleiteten Umgangs nicht geschaffen.

IV.

Die verfahrensrechtlichen Nebenentscheidungen richten sich nach §§ 81 Abs. 1, 84 FamFG, 40, 45 Abs. 1 Nr. 1, 2, Abs. 3 FamGKG.

Gründe, die Rechtsbeschwerde zuzulassen, bestehen gemäß § 70 Abs. 2 FamFG nicht. Die rechtlichen Fragen zum Sorgerechtsentzug, zu anderweitigen Maßnahmen nach § 1666 BGB und zum Umgangsausschluss sowie der dazugehörigen Verfahrensgestaltung sind höchstrichterlich geklärt. An dieser höchstrichterlichen Rechtsprechung hat sich der Senat vorliegend im Rahmen der hier zu treffenden Einzelfallentscheidung orientiert.

Entscheidung 3 - BGH, Beschluss vom 16.11.2022 - XII ZB 100/22

Gründe

A.

Die Beteiligten sind getrenntlebende Ehegatten und streiten um die Zulässigkeit der Teilungsversteigerung einer in ihrem jeweils hälftigen Miteigentum stehenden Immobilie.

Der 1972 geborene Antragsteller (im Folgenden: Ehemann) ist türkischer Staatsangehöriger. Die 1980 geborene Antragsgegnerin (im Folgenden: Ehefrau) besitzt seit der Geburt die türkische und seit 1998 auch die deutsche Staatsangehörigkeit. Aus ihrer im Jahr 2000 geschlossenen Ehe sind zwei in den Jahren 2004 und 2008 geborene Töchter hervorgegangen. Die Eheleute erwarben im Jahr 2017 ein in zwei Wohnungseigentumseinheiten aufgeteiltes Mehrfamilienhaus für einen Kaufpreis von 305.000 €. Eine der beiden Wohnungseigentumseinheiten wurde als Ehwohnung genutzt. Die andere Wohnungseigentumseinheit wurde baulich in zwei Mietwohnungen unterteilt und danach fremdvermietet. Zur Finanzierung des Immobilienerwerbs nahmen die Eheleute einen Kredit in Höhe von 250.000 € auf, dessen monatliche Zins- und Tilgungsraten durch die Mieteinnahmen nicht vollständig gedeckt werden. Den Ehegatten gehört daneben gemeinsam ein Ferienhaus in Marmaris/Türkei.

Die Beteiligten trennten sich im Juni 2018. Der Ehemann leitete im September 2018 in der Türkei das Scheidungsverfahren ein. Die Ehefrau hat in dem türkischen Verfahren zwischenzeitlich einen eigenen Scheidungsantrag gestellt.

Die Ehefrau ist nach dem Auszug des Ehemanns mit den gemeinsamen Töchtern in der Ehwohnung geblieben. Sie bezieht eine Erwerbsminderungsrente in Höhe von 1.085 €, vereinnahmt die Mieten aus den beiden Mietwohnungen im Haus und trägt die Kreditraten. Der Ehemann leistet weder Kindes- noch Trennungsunterhalt und bezieht Leistungen nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch. Er betreibt die Teilungsversteigerung in beide Wohnungseigentumseinheiten.

Im vorliegenden Verfahren hat sich die Ehefrau mit einem Drittwiderspruchsantrag gegen die Teilungsversteigerung der als Ehwohnung genutzten Wohnungseigentumseinheit gewendet. Das Amtsgericht hat den Antrag zurückgewiesen. Die dagegen gerichtete Beschwerde der Ehefrau ist vor dem Oberlandesgericht ohne Erfolg geblieben. Mit ihrer zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt die Ehefrau ihr Begehren weiter, die Teilungsversteigerung in den als Ehwohnung genutzten Wohnungseigentumsanteil für unzulässig erklären zu lassen.

B.

Die Rechtsbeschwerde hat keinen Erfolg.

I.

Das Beschwerdegericht, dessen Entscheidung in juris (OLG Frankfurt Beschluss vom 17. Februar 2022 - 6 UF 135/21) veröffentlicht ist, ist davon ausgegangen, dass der Ehefrau kein die Teilungsversteigerung hinderndes Recht zustehe, und hat dies wie folgt begründet:

Die Vorschrift des § 1365 Abs. 1 BGB entfalte zu Gunsten der Ehefrau keine Rechtswirkungen, weil den Beteiligten neben der zur Teilungsversteigerung anstehenden Ehwohnung und dem weiteren im gleichen Haus befindlichen Wohnungseigentum noch eine offensichtlich werthaltige Ferienimmobilie in der Türkei gehöre.

Der sich aus § 749 Abs. 1 BGB ergebende Anspruch auf Aufhebung der Miteigentümergeinschaft sei hinsichtlich der Ehwohnung nicht durch einen spezialgesetzlichen Vorrang nach § 1361 b BGB bis zur Rechtskraft der Scheidung ausgeschlossen. § 1361 b BGB betreffe die Nutzung der Ehwohnung bei Getrenntleben der Ehegatten. Zur Auflösung von Miteigentum, die allenfalls mittelbaren Einfluss auf die Nutzungsmöglichkeit habe, verhalte sich die Vorschrift aber nicht. Die Belange des die Ehwohnung nutzenden Ehegatten und der Kinder seien durch § 180 Abs. 2 und 3 ZVG geschützt. Zudem würde sich ein Wertungswiderspruch zur Rechtsprechung über den unterhaltsrechtlich zu berücksichtigenden Wohnvorteil ergeben. Diese knüpfe die unterhaltsrechtliche Zurechnung des vollen objektiven Mietwerts gerade daran an, dass dem nutzenden Ehegatten ein Auszug aus der Ehwohnung bereits nach dem endgültigen Scheitern der Ehe und schon vor der Scheidung zumutbar sei. Dies würde mit einem generellen Ausschluss der wirtschaftlichen Verwertung einer im Miteigentum stehenden Ehwohnung vor Rechtskraft der Scheidung nicht in Einklang zu bringen sein.

Die sich aus § 1353 Abs. 1 BGB ergebende Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft und das daraus abgeleitete Rücksichtnahmegebot begründeten kein allgemeines Verbot der Auflösung des Miteigentums an der Ehwohnung, sondern verlangten nur die umfassende Abwägung der beiderseitigen Interessen. Dabei sei die von der Ehefrau behauptete und von dem Ehemann bestrittene gesundheitliche Situation mangels Beweisangebots nicht zu berücksichtigen. Zu Gunsten der Ehefrau sei zu berücksichtigen, dass die Ehwohnung auch von den gemeinsamen Kindern genutzt werde und dass der Ehemann für die Kinder keinen Unterhalt zahle, wobei der letztgenannte Umstand im Hinblick auf die Eigeneinkünfte der in einem Ausbildungsverhältnis stehenden älteren Tochter und die Unterhaltsvorschussleistungen für die jüngere Tochter nicht von allzu großer Bedeutung sei. Auf der anderen Seite sei aber die schwierige wirtschaftliche Situation des Ehemanns in den Blick zu nehmen, der wegen der für das ganze Haus aufgenommenen Finanzierung nicht darauf verwiesen werden könne, zunächst nur die fremdvermietete Wohnungseigentumseinheit zu verwerten. Dabei sei zwar infolge der hohen Belastung des Hauses und der voraussichtlich anfallenden Vorfälligkeitsentschädigung kein allzu großer Versteigerungserlös zu erwarten, was aber angesichts der derzeit bestehenden Sozialleistungsbedürftigkeit des Ehemanns kein ausschlaggebendes Gewicht erlangen könne. Schließlich seien das schon über drei Jahre andauernde Getrenntleben und die beiderseitige Stellung des Scheidungsantrags zu berücksichtigen, so dass die Gesamtbetrachtung aller Umstände nahelege, dem Schutz des räumlich-gegenständlichen Bereichs der offensichtlich gescheiterten Ehe und der "nachehelichen" Solidarität keine durchgreifende Bedeutung mehr beizumessen.

II.

Dies hält rechtlicher Überprüfung stand.

1. Zutreffend sind die rechtlichen Ausgangspunkte des Beschwerdegerichts.

a) Mit Recht hat das Beschwerdegericht den Drittwiderspruchsantrag der Ehefrau als zulässig angesehen. Der Ehemann betreibt die Teilungsversteigerung zur Aufhebung der Bruchteilsgemeinschaft, welche die Beteiligten hinsichtlich des als Ehwohnung genutzten Wohnungseigentumsanteils bilden. Nach § 749 Abs. 1 BGB kann jeder Teilhaber einer Gemeinschaft nach Bruchteilen jederzeit die Aufhebung der Gemeinschaft verlangen, die bei Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten gemäß § 753 Abs. 1 BGB durch Zwangsversteigerung gemäß §§ 180 f. ZVG und durch Teilung des Erlöses bewirkt wird. Da im Rahmen des vollstreckungsrechtlichen Verfahrens grundsätzlich nicht überprüft wird, ob aus dem Grundbuch nicht ersichtliche materielle Rechte oder Einwendungen der Teilungsversteigerung entgegenstehen könnten, kann der Miteigentümer-Ehegatte, der mit der Versteigerung nicht einverstanden ist, diese Rechte oder Einwendungen in entsprechender Anwendung von § 113 Abs. 1 Satz 2 FamFG, § 771 ZPO im Wege eines ("unechten") Drittwiderspruchsantrags geltend machen, obwohl die Teilungsversteigerung im

engeren Sinn keine Zwangsvollstreckung und der widersprechende Miteigentümer-Ehegatte nicht Dritter im Sinne des § 771 ZPO ist (vgl. Senatsurteil vom 5. Juni 1985 - IVb ZR 34/84 - FamRZ 1985, 903 f. mwN; BGH Urteil vom 23. Februar 1984 - IX ZR 3/83 - FamRZ 1984, 563, 564 mwN).

b) Zu den Gegenrechten, die auf diese Weise geltend zu machen sind und das Verlangen eines Miteigentümer-Ehegatten nach Aufhebung der Gemeinschaft beschränken, gehören neben dem - allenfalls in Ausnahmefällen denkbaren - Einwand des Rechtsmissbrauchs (§ 242 BGB) sowohl der Einwand, dass der Miteigentumsanteil an einem Grundstück das ganze Vermögen eines im gesetzlichen Güterstand lebenden Ehegatten darstelle und der Antrag auf Anordnung der Teilungsversteigerung daher entsprechend § 1365 Abs. 1 BGB der Zustimmung des anderen Miteigentümer-Ehegatten bedürft hätte (vgl. BGH Beschluss vom 14. Juni 2007 - V ZB 102/06 - FamRZ 2007, 1634 Rn. 9 ff. mwN), als auch die Einwendung, dass der die Aufhebung der Gemeinschaft betreibende Ehegatte mit dem Antrag auf Anordnung der Teilungsversteigerung über die noch von dem anderen Miteigentümer-Ehegatten genutzte Ehwohnung gegen seine aus § 1353 Abs. 1 Satz 2 BGB hergeleiteten ehelichen Fürsorge- und Rücksichtnahmepflichten verstoße (vgl. Senatsurteil vom 4. November 1987 - IVb ZR 83/86 - FamRZ 1988, 143 mwN).

c) Die Anwendbarkeit der genannten familienrechtlichen Vorschriften auf den zur Beurteilung stehenden Sachverhalt wird durch den internationalen Bezug der Ehe der Beteiligten nicht in Frage gestellt. Die sich aus der Ehe und der Verpflichtung zum Erhalt der Grundlagen der ehelichen Lebensgemeinschaft ergebenden Verfügungsbeschränkungen über die Ehwohnung werden kollisionsrechtlich - jedenfalls für die zeitlich vor dem Geltungsbeginn der Verordnung (EU) Nr. 2016/1103 des Rates vom 24. Juni 2016 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Zuständigkeit, des anzuwendenden Rechts und der Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Fragen des ehelichen Güterstands (EuGüVO) am 29. Januar 2019 (vgl. Art. 69 Abs. 3 EuGüVO) geschlossenen Ehen - grundsätzlich zu den allgemeinen Ehwirkungen im Sinne des Art. 14 EGBGB gerechnet. Etwas anderes gilt nur dann, wenn diese Beschränkungen - wie bei § 1365 BGB - Ausfluss eines bestimmten ehelichen Güterstands sind; in diesem Fall sind sie güterrechtlich zu qualifizieren (vgl. NK-BGB/Andrae 4. Aufl. Art. 14 EGBGB Rn. 59; Staudinger/Mankowski BGB [2010] Art. 14 EGBGB Rn. 302 f.; MünchKommBGB/Looschelders 8. Aufl. Art. 14 EGBGB Rn. 74).

Die allgemeinen Ehwirkungen unterliegen im vorliegenden Fall dem deutschen Recht. Die Voraussetzungen des Art. 14 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB aF für eine Anknüpfung an die gemeinsame türkische Staatsangehörigkeit der Ehegatten liegen nicht vor, weil die Ehefrau auch die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt und diese schon gemäß Art. 5 Abs. 1 Satz 2 EGBGB auch bei der Bestimmung des auf die allgemeinen Ehwirkungen anwendbaren Rechts vorgeht (vgl. Senatsbeschluss vom 23. Juli 2003 - XII ZB 188/99 - FamRZ 2003, 1737, 1738; Staudinger/Mankowski BGB [2010] Art. 14 EGBGB Rn. 35 mwN). Abzustellen ist daher gemäß Art. 14 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB aF auf das Recht am Ort des gewöhnlichen Aufenthalts und damit auf deutsches Sachrecht, weil die Beteiligten in Deutschland leben. Da die gemäß Art. 229 § 47 Abs. 1 EGBGB für die allgemeinen Ehwirkungen seit dem 29. Januar 2019 grundsätzlich maßgebliche Neufassung des Art. 14 EGBGB beim Fehlen einer Rechtswahl nunmehr sogar vorrangig an den gewöhnlichen Aufenthalt der Ehegatten anknüpft (Art. 14 Abs. 2 Nr. 1 EGBGB), ist es bei der Ehe der Beteiligten seit dem 29. Januar 2019 hinsichtlich der allgemeinen Ehwirkungen nicht zu einem Statutenwechsel gekommen.

Auch das Güterrechtsstatut richtet sich nach deutschem Recht. Die maßgeblichen Vorschriften für die güterrechtliche Anknüpfung sind mangels intertemporaler Anwendbarkeit der Europäischen Güterrechtsverordnung noch dem früheren Kollisionsrecht zu entnehmen (vgl. Art. 229 § 47 Abs. 2 EGBGB). Weil insoweit keine Anhaltspunkte für eine Rechtswahl der Beteiligten (Art. 15 Abs. 2 EGBGB aF) bestehen, werden die güterrechtlichen Wirkungen ihrer Ehe gemäß Art. 15 Abs. 1 EGBGB aF von dem bei der Eheschließung im Jahr 2000 für die allgemeinen Wirkungen der Ehe maßgebenden Recht beherrscht. Die Ehefrau besaß bereits zu diesem Zeitpunkt die (auch) deutsche Staatsangehörigkeit, so

dass eine Anknüpfung nach Art. 15 Abs. 1 iVm Art. 14 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB aF an das gemeinsame türkische Heimatrecht der Beteiligten nicht in Betracht kommt. Weil im Übrigen keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich sind, dass die Ehegatten während ihrer Ehe einen anderen gewöhnlichen Aufenthaltsort als Deutschland gehabt haben könnten, ist deutsches Sachrecht gemäß Art. 15 Abs. 1, 14 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB aF auch als Güterrechtsstatut berufen.

2. Die Beurteilung des Beschwerdegerichts, dass dem sich aus § 749 Abs. 1 BGB ergebenden Recht des Ehemanns, die Aufhebung der Bruchteilsgemeinschaft an dem Wohnungseigentumsanteil jederzeit verlangen zu können, auf Seiten der Ehefrau kein "die Veräußerung hinderndes Recht" im Sinne von § 771 ZPO entgegensteht, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

a) Zutreffend hat das Beschwerdegericht erkannt, dass die Ehefrau dem Begehren des Ehemanns auf Aufhebung der Gemeinschaft keine Einwendung entsprechend § 1365 BGB entgegenhalten kann, weil es sich bei dem Miteigentumsanteil an der als Ehwohnung genutzten Wohnungseigentumseinheit nicht um das ganze Vermögen des Ehemanns im Sinne der genannten Vorschrift handelt. Dies gilt zwar nicht in Ansehung seines Miteigentumsanteils an der fremdvermieteten Wohnungseigentumseinheit, weil der Ehemann auch bezüglich dieses Anteils die Aufhebung der Gemeinschaft im Wege der Teilungsversteigerung betreibt und daher wegen des engen zeitlichen und sachlichen Zusammenhangs von einem einheitlichen Lebensvorgang auszugehen ist, der die Anwendung von § 1365 BGB auf jedes der beiden Teilgeschäfte eröffnen würde (vgl. Staudinger/Thiele BGB [2017] § 1365 Rn. 33). Das Beschwerdegericht hat aber festgestellt, dass daneben im Vermögen des Ehemanns mit dem Miteigentumsanteil an dem Ferienhaus in der Türkei ein weiterer hinreichend werthaltiger Vermögensgegenstand vorhanden ist, so dass im Hinblick auf die von den Anträgen auf Teilungsversteigerung betroffenen Wohnungseigentumseinheiten nicht von einem Gesamtvermögensgeschäft im Sinne von § 1365 Abs. 1 BGB ausgegangen werden kann. Hiergegen erinnert auch die Rechtsbeschwerde nichts.

b) Auch die Beurteilung des Beschwerdegerichts, dass die Verpflichtung des Ehemanns zur ehelichen Fürsorge und Rücksichtnahme (§ 1353 Abs. 1 Satz 2 BGB) im konkreten Fall seinem Verlangen nach Aufhebung der Gemeinschaft hinsichtlich des als Ehwohnung genutzten Wohnungseigentumsanteils und seinem Antrag auf Teilungsversteigerung nicht entgegenstehe, ist rechtsbeschwerderechtlich nicht zu beanstanden.

aa) Wie der Bundesgerichtshof bereits im Jahr 1962 entschieden hat, muss ein Ehegatte, der gegen den anderen Ehepartner vermögensrechtliche Ansprüche durchsetzen will, auf die für ihn durch die Ehe gebotenen Pflichten Rücksicht nehmen. Diese Pflicht ist mit Blick auf § 1353 Abs. 1 Satz 2 BGB eine Rechtspflicht. Das ist insbesondere dann zu beachten, wenn die Durchsetzung vermögensrechtlicher Ansprüche den rechtlich geschützten räumlich-gegenständlichen Lebensbereich des in Anspruch genommenen Ehegatten zu beeinträchtigen droht. Dies ist der Fall, wenn die von dem einen Miteigentümer-Ehegatten betriebene Aufhebung der Gemeinschaft hinsichtlich eines Grundstücks dazu führen müsste, dass der andere Miteigentümer-Ehegatte die dort befindliche und von ihm genutzte Ehwohnung verlieren würde. Daraus folgt nach der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung aber noch nicht, dass das Verlangen eines Ehegatten auf Aufhebung der Gemeinschaft hinsichtlich der Ehwohnung bis zur Scheidung stets unzulässig ist. Der nicht teilungswillige Ehegatte hat kein Recht darauf, dass der äußere gegenständliche Bereich der Ehe für ihn unter allen Umständen und zu allen Zeiten im selben Umfang und in derselben Art erhalten bleibt, denn auch er ist seinerseits dazu verpflichtet, auf die Belange seines Ehepartners Rücksicht zu nehmen. Die Interessen des einen Ehegatten daran, dass er sich im äußeren gegenständlichen Lebensbereich seiner Ehe ungestört entfalten kann, sind daher nach den konkreten Umständen des Einzelfalls abzuwägen gegen die Interessen des anderen Ehegatten, die er als Gläubiger an der Verwirklichung seines vermögensrechtlichen Anspruchs hat (vgl. BGHZ 37, 38 = NJW 1962, 1244 f.; vgl. auch BGH Urteil vom 22. März 1972 - IV ZR 25/71 - FamRZ 1972, 363, 364).

bb) An dieser Rechtsprechung ist festzuhalten.

(1) Die Rechtsbeschwerde meint, dass der räumlich-gegenständliche Bereich der Ehe bis zur Rechtskraft der Scheidung unbedingten Schutz genieße und aus diesem Grund eine Teilungsversteigerung gegen den Willen des teilungsunwilligen Miteigentümer-Ehegatten - von den wenigen Ausnahmefällen einer einvernehmlichen Entwidmung der Ehwohnung abgesehen - in der Trennungszeit stets ausgeschlossen sei.

(a) Die Rechtsbeschwerde bezieht sich für diese Ansicht - im Anschluss an vereinzelte Stimmen in Rechtsprechung und Schrifttum (vgl. OLG Hamburg FamRZ 2017, 1829 f.; BeckOGK/Erbarth BGB [Stand: 1. Juni 2022] § 1353 Rn. 459) - auf die Senatsentscheidung XII ZB 487/15 vom 28. September 2016 (Senatsbeschluss BGHZ 212, 133 = FamRZ 2017, 22), in welcher der Senat ausgesprochen hat, dass eine Ehwohnung diesen Charakter während der gesamten Trennungszeit behalte. Sie leitet daraus her, dass schon der Charakter als Ehwohnung ein Verbot der Teilungsversteigerung der Ehegattenimmobilie in der Trennungszeit nach sich ziehen müsse. Die ganz überwiegende Meinung hält demgegenüber auch nach der Senatsentscheidung vom 28. September 2016 eine Abwägung der widerstreitenden Interessen der getrennt lebenden Ehegatten für erforderlich. Die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu den Möglichkeiten der Aufhebung von Miteigentum an der Ehwohnung in der Trennungszeit und das auf der Grundlage dieser Rechtsprechung entwickelte Schrankensystem - materiell-rechtliche Einwendungen nach §§ 1365, 1353 Abs. 1 Satz 2, 242 BGB im Drittwiderspruchsverfahren, Vollstreckungsschutz nach § 180 Abs. 2 und 3 ZVG, § 765 a ZPO im Teilungsversteigerungsverfahren - seien unverändert maßgebend (vgl. OLG Dresden FF 2022, 367, 370 ff.; OLG Stuttgart FamRZ 2021, 663 f.; OLG Jena FamRZ 2019, 515, 517; Staudinger/Eickelberg BGB [2021] § 749 Rn. 71; Johannsen/Henrich/Althammer/Kohlenberg Familienrecht 7. Aufl. § 1353 BGB Rn. 12; Johannsen/Henrich/Althammer/Dürbeck Familienrecht 7. Aufl. § 1361 b BGB Rn. 42; jurisPK-BGB/Grandel/Breuers [Stand: 18. August 2022] § 1353 Rn. 52 ff.; Büte/Volker Zugewinnausgleich bei Ehescheidung 6. Aufl. Rn. 673; Wellenhofer FS Hopt [2020] S. 1433, 1443 f.; Wever FamRZ 2021, 664, 665 und 2019, 504, 505 f.; Kogel FamRZ 2022, 1661, 1667 ff. und FamRZ 2017, 1830 f.; Scharl/Schmid FamRB 2020, 336, 338; Götsche FuR 2018, 503, 513; Lenz NJW-Spezial 2018, 452, 453; Engels RPfleger 2017, 727 f.; Giers AnwZert FamR 14/2021 Anm. 1).

(b) Die letztgenannte Ansicht trifft zu.

(aa) In seiner Entscheidung vom 28. September 2016 hat der Senat ausgesprochen, dass während der Trennungszeit ein auf § 985 BGB gestützter Antrag eines Ehegatten gegen den anderen auf Herausgabe der Ehwohnung unzulässig ist. Denn wäre es zulässig, die Herausgabe einer Ehwohnung nach § 985 BGB als Familienstreitsache nach Regeln des allgemeinen Zivilprozessrechts zu betreiben, ginge der besondere Schutz verloren, den das Gesetz für Ehwohnungen sowohl materiell-rechtlich durch § 1361 b BGB als auch verfahrensrechtlich durch die Besonderheiten des Familienverfahrensrechts - etwa durch den Amtsermittlungsgrundsatz (§ 26 FamFG) und durch die Wahrnehmung von Kindesinteressen durch das Jugendamt in Ehwohnungssachen (§§ 204 Abs. 2, 205 Abs. 1 FamFG) - gewährleistet. Diese Vorschriften entfalten deshalb unter den getrenntlebenden Ehegatten sowohl materiell-rechtlich als auch verfahrensrechtlich eine Sperrwirkung gegenüber dem Anspruch auf Herausgabe der Ehwohnung aus anderem Rechtsgrund (vgl. Senatsbeschluss BGHZ 212, 133 = FamRZ 2017, 22 Rn. 11).

Bereits diese rechtlichen Erwägungen können auf die hier vorliegende Fallgestaltung nicht übertragen werden. Was die Aufhebung der Miteigentümergeinschaft an der Ehegattenimmobilie betrifft, stellt das Gesetz dem daran interessierten Ehegatten keinen anderen Weg zur Verfügung, als seinen Aufhebungsanspruch nach §§ 749 Abs. 1, 753 Abs. 1 BGB durch Teilungsversteigerung nach §§ 180 f. ZVG durchzusetzen. Anders als für das Herausgabeverlangen bestehen für das Begehren nach

Teilungsversteigerung weder in materiell-rechtlicher noch in verfahrensrechtlicher Hinsicht familienrechtliche Spezialvorschriften, denen der Vorrang eingeräumt werden müsste und die eine Sperrwirkung gegenüber dem Anspruch auf Aufhebung der Gemeinschaft entfalten könnten (vgl. Wever FamRZ 2019, 504, 506; Wellenhofer FS Hopt [2020] S. 1433, 1443).

(bb) Die Erkenntnis, dass die eheliche Immobilie grundsätzlich während der gesamten Trennungszeit als Ehwohnung zu qualifizieren ist, hat der Senat in seiner Entscheidung vom 28. September 2016 zwar auch auf die Überlegung gestützt, dass es der Schutz des räumlich-gegenständlichen Bereichs von Ehe und Familie gebiete, dem gewichenen Ehegatten selbst nach längerer Abwesenheit noch die Möglichkeit zu eröffnen, wieder in die Ehwohnung zurückzukehren, falls beispielsweise Belange des Kindeswohls dies erforderlich machten (vgl. Senatsbeschluss BGHZ 212, 133 = FamRZ 2017, 22 Rn. 13). Dieser Hinweis auf den Schutz des räumlich-gegenständlichen Ehebereichs steht aber allein im Zusammenhang mit der seinerzeit veranlassten Erörterung der Streitfrage, ob eine Ehwohnung diesen Charakter durch den streitlosen und längerfristigen Auszug eines Ehegatten aus der Immobilie verlieren kann, was der Senat - unter ausdrücklicher Aufgabe seiner früheren Rechtsprechung (vgl. Senatsbeschluss vom 12. Juni 2013 - XII ZR 143/11 - FamRZ 2013, 1280 Rn. 8) - nunmehr verneint hat. Aus diesen Ausführungen lässt sich indessen nicht herleiten, dass die als Ehwohnung genutzte eheliche Immobilie im Zeitpunkt der Rechtskraft der Scheidung in jedem Fall noch vorhanden sein muss und das Begehren auf Teilungsversteigerung dieser Immobilie durch einen Miteigentümer-Ehegatten deshalb zum Schutz des räumlich-gegenständlichen Ehebereichs in jedem Falle und unabhängig von einer Abwägung der beiderseitigen Interessen stets ausgeschlossen ist. Eine solche Wertung ergibt sich auch nicht aus § 1568 a BGB, der das (weitere) Vorhandensein der als Ehwohnung genutzten ehelichen Immobilie bei Rechtskraft der Scheidung zwar tatbestandlich voraussetzt, aber keineswegs gebietet (vgl. OLG Stuttgart FamRZ 2021, 663, 664).

Eine abweichende Beurteilung ergibt sich entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde auch nicht daraus, dass der räumlich-gegenständliche Bereich der Ehe den besonderen verfassungsrechtlichen Schutz des Art. 6 Abs. 1 GG genießt (vgl. bereits BGHZ 6, 360 = NJW 1952, 975 f.). Denn der teilungswillige Ehegatte ist seinerseits in seinem durch Art. 14 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich geschützten Eigentumsrecht betroffen. Das auf der Grundlage der bisherigen Rechtsprechung entwickelte Schrankensystem gewährleistet durch eine am Einzelfall orientierte Interessenabwägung, dass die widerstreitenden Grundrechtspositionen der Ehegatten in einen angemessenen Ausgleich gebracht werden können. In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, dass der Schutz des räumlich-gegenständlichen Ehebereichs in solchen Fallkonstellationen ohnehin nicht umfassend gewährleistet werden kann. Denn wenn der teilungswillige Ehegatte seinen Miteigentumsanteil an einen Dritten veräußern würde, könnte der andere Ehegatte dem Verlangen des Erwerbers nach Aufhebung der Gemeinschaft keine in der Ehe und der ehelichen Solidarität wurzelnden Einwendungen mehr entgegenhalten (vgl. BGHZ 37, 38 = NJW 1962, 1244, 1245; vgl. auch Staudinger/Eickelberg BGB [2021] § 749 Rn. 71; Brudermüller FamRZ 1996, 1516, 1520).

(cc) Gegen die Annahme, dass der Schutz des räumlich-gegenständlichen Bereichs der Ehe einer Teilungsversteigerung der Ehwohnung in der Trennungszeit stets entgegenstehe, spricht schließlich auch, dass eine solche Sichtweise den Grundprinzipien der Teilung einer Bruchteilsgemeinschaft an einem Grundstück nach §§ 749, 753 BGB zuwiderlaufen würde und darüber hinaus sogar ehefeindliche Wirkungen erzeugen könnte. Dem Ehegatten, der sich der Zwangsversteigerung widersetzt, würde ein Druckmittel in die Hand gegeben, um die Mitwirkung des anderen Ehegatten an einer freihändigen Veräußerung der Immobilie an einen Dritten zu erzwingen, auf die er bei streitiger Aufhebung der Gemeinschaft grundsätzlich keinen Anspruch hat. Für den teilungswilligen Ehegatten, der auf den Erlös aus der Zwangsversteigerung angewiesen ist, würden wiederum Anreize zur frühzeitigen Stellung eines Scheidungsantrages gesetzt (vgl. Wever FamRZ 2019, 504, 506; Kogel FamRZ 2017, 1830, 1831).

(2) Die Rechtsbeschwerdeerwiderung ist demgegenüber der Auffassung, dass angesichts der Spezialität von § 1361 b BGB ein Rückgriff auf materiell-rechtliche Einwendungen, die den Schutz des räumlich-gegenständlichen Bereichs der Ehe gewährleisten sollen, im Drittwiderspruchsverfahren nicht mehr zulässig sei. Sie meint, dass ein die "Veräußerung hinderndes Recht" im Sinne von § 771 ZPO nur dann vorliegen könne, wenn - was hier nicht der Fall sei - der mit der Teilungsversteigerung nicht einverständene Ehegatte in einem Ehwohnungsverfahren ein Veräußerungsverbot bzw. Verbot der Teilungsversteigerung bezüglich der Ehwohnung erwirkt habe. Auch diese Ansicht trifft nicht zu.

(a) Es ist schon im rechtlichen Ausgangspunkt zweifelhaft, ob in einem auf § 1361 b BGB gestützten Ehwohnungsverfahren gegenüber dem Eigentümer-Ehegatten ein gerichtliches Veräußerungsverbot bzw. ein Verbot der Teilungsversteigerung in Bezug auf die Ehwohnung ausgesprochen werden könnte. Dies dürfte zwar durchaus den in den Gesetzesmaterialien zu Tage getretenen Intentionen des Gesetzgebers entsprechen (vgl. BT-Drucks. 14/5429 S. 21, 33; zustimmend MünchKommFamFG/Erbarth 3. Aufl. § 209 Rn. 18 ff.; Kohler NZFam 2017, 825 f.; Schumacher FamRZ 2002, 645, 652, 656), wird allerdings von einer weit verbreiteten Ansicht in Rechtsprechung und Schrifttum abgelehnt, weil das Wohlverhaltensgebot in § 1361 b Abs. 3 Satz 1 BGB keine ausreichend bestimmte Rechtsgrundlage für den Eingriff in das durch Art. 14 GG geschützte Eigentumsrecht des Eigentümer-Ehegatten biete (vgl. OLG Celle FamRZ 2012, 32, 33; Grüneberg/Götz BGB 81. Aufl. § 1361 b Rn. 17; MünchKommBGB/Weber-Monecke 9. Aufl. § 1361 b Rn. 16; Johannsen/Henrich/Althammer/Dürbeck Familienrecht 7. Aufl. § 209 FamFG Rn. 8 f.; Schulz/Hauß Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung 7. Aufl. 5. Kap. Rn. 57 f.; Wever FamRZ 2019, 504, 506; Finger FuR 2006, 241, 244).

Einer weitergehenden Erörterung bedarf dies jedoch nicht. Selbst wenn man ein gerichtliches Verbot der Teilungsversteigerung in einem Wohnungszuweisungsverfahren grundsätzlich für zulässig erachten wollte, dürfte mit Blick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz schon aus verfassungsrechtlichen Gründen grundsätzlich die Begründung eines - gegebenenfalls bis zur Rechtskraft der Scheidung befristeten - Mietverhältnisses als milderer Mittel in Betracht zu ziehen sein, welches die überschießende Wirkung eines Verfügungsverbots vermeidet und dem anderen Ehegatten die Nutzung der Ehwohnung zumindest vorläufig auch gegenüber dem Ersteher in der Zwangsversteigerung sichert (vgl. Kohler NZFam 2017, 825, 826 ff.).

(b) Im Übrigen kann § 1361 b BGB schon deshalb keine Sperrwirkung gegenüber den auf §§ 1365, 1353 Abs. 1 Satz 2, 242 BGB gestützten materiell-rechtlichen Einwendungen des nicht teilungswilligen Ehegatten gegen die Teilungsversteigerung entfalten, weil ein auf § 1361 b BGB gestütztes Ehwohnungsverfahren die Überlassung der Ehwohnung zur Benutzung, nicht aber die Verhinderung einer Veräußerung oder Teilungsversteigerung zum Gegenstand hat. Gerichtliche Verfügungsverbote betreffend die eheliche Immobilie könnten - sofern man diese für zulässig hält - gegebenenfalls als flankierende Maßnahmen nach § 209 Abs. 1 FamFG zur Sicherung der Wohnungszuweisung angeordnet werden; sie sind aber selbst nicht der eigentliche Zweck des Ehwohnungsverfahrens. Soweit das Ehwohnungsverfahren mit dem Amtsermittlungsgrundsatz und den speziellen Vorschriften über die Geltendmachung der Kindesinteressen durch das Jugendamt (§§ 204 f. FamFG) einen besonderen verfahrensrechtlichen Schutz gewährt, muss es dem mit der Teilungsversteigerung nicht einverständenen Ehegatten überlassen bleiben, ob er diesen Schutz in Anspruch nehmen möchte oder ob er in einem - durch den Beibringungsgrundsatz beherrschten - Drittwiderspruchsverfahren umfassend zu den eigenen Interessen und den Interessen der im Haushalt lebenden Kinder vortragen will, die einen weiteren Verbleib in der ehelichen Wohnung erforderlich machen. Grundsätzlich kann der nicht teilungswillige Ehegatte auch beide Wege beschreiten (vgl. auch OLG Stuttgart FamRZ 2021, 663).

cc) Die danach erforderliche Interessenabwägung fällt nach Ansicht des Beschwerdegerichts unter den hier obwaltenden Umständen zu Ungunsten der Ehefrau aus. Dies hält sich - jedenfalls auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen - im Rahmen einer zulässigen tatrichterlichen Würdigung.

(1) Wird der räumlich-gegenständliche Lebensbereich eines Ehegatten dadurch berührt, dass der andere Ehegatte den Anspruch auf Aufhebung der Miteigentümergeinschaft an der ehelichen Immobilie geltend macht, kommt es wesentlich darauf an, welche Beweggründe den teilungswilligen Ehegatten dazu veranlassen, seinen Anspruch gegenüber seinem Ehepartner durchzusetzen, und welche Ziele er mit seinem Begehren verfolgt (vgl. BGHZ 37, 38 = NJW 1962, 1244, 1245). Die Interessen des teilungswilligen Ehegatten müssen regelmäßig zurücktreten, wenn dieser mit der Teilungsversteigerung primär ehefeindliche Absichten verfolgt (vgl. BGHZ 37, 38 = NJW 1962, 1244, 1245) oder die Androhung der Zwangsversteigerung als Druckmittel verwendet wird, um den anderen Ehegatten zu einem bestimmten Verhalten zu veranlassen (vgl. Wellenhofer FS Hopt [2020] S. 1433, 1444). Es ist ebenfalls zu bedenken, ob der teilungswillige Ehegatte triftige Gründe dafür anführen kann, die Aufhebung der Bruchteilsgemeinschaft bereits in der Trennungszeit zu betreiben. Sofern bei seinem Verlangen nach Teilungsversteigerung ökonomische Interessen im Vordergrund stehen, ist zu berücksichtigen, wie dringend der teilungswillige Ehegatte auf die Erlöse aus der Zwangsversteigerung angewiesen ist (vgl. Brudermüller FamRZ 1996, 1516, 1521; Wever FamRZ 2019, 504, 505).

Aufseiten des an der Weiternutzung der ehelichen Immobilie interessierten Ehegatten ist dessen physische und psychische Gesundheit und im Übrigen in den Blick zu nehmen, wie lange er bereits in der Ehewohnung lebt und ob - auch unter Berücksichtigung des aus der Teilungsversteigerung zu erwartenden Veräußerungserlöses - für ihn zumutbarer Ersatzwohnraum beschafft werden kann. In besonderem Maße sind die Belange der im Haushalt lebenden Kinder zu berücksichtigen. Bei der Interessenabwägung ist deshalb nach dem Maßstab des § 1361 b Abs. 1 Satz 2 BGB (vgl. OLG Stuttgart FamRZ 2021, 663, 664; vgl. auch Brudermüller FamRZ 1996, 1516, 1521 unter Hinweis auf § 2 HausratsVO) vor allem darauf Bedacht zu nehmen, ob und inwieweit das Wohl der Kinder durch einen Auszug aus der Ehewohnung beeinträchtigt werden würde.

Das Gericht hat seine Abwägung der beiderseitigen Interessen auch vor den Hintergrund der Zeitdauer des Getrenntlebens der beiden Ehegatten zu stellen. Je länger die Trennung bereits andauert, desto mehr Zeit stand dem nicht teilungswilligen Ehegatten zur Verfügung, sich auf die geänderten Verhältnisse einzustellen. Mit zunehmender Dauer der Trennungszeit werden deshalb an das Versteigerungsinteresse des teilungswilligen Ehegatten geringere und an das Nutzungsinteresse des anderen Ehegatten höhere Anforderungen zu stellen sein. Bei langer Trennungszeit ist zudem zu erwägen, ob der nicht teilungswillige Ehegatte darauf verwiesen werden kann, im Ehewohnungsverfahren ein Mietverhältnis an der Ehegattenimmobilie begründen zu lassen (vgl. Wever FamRZ 2019, 504, 505). Von Bedeutung kann schließlich auch sein, unter welchen Umständen und aus welchen Gründen die Miteigentümergeinschaft begründet wurde (vgl. BGHZ 37, 38 = NJW 1962, 1244, 1245).

(2) Interessenabwägungen dieser Art sind eine Frage der tatrichterlichen Würdigung. Der tatrichterliche Beurteilungsspielraum bei der Würdigung und Gewichtung der einzelnen berücksichtigungsfähigen Umstände und Interessen ist der rechtlichen Nachprüfung entzogen. Auf die Rüge der Verletzung sachlichen Rechts kann die vom Tatrichter vorgenommene Interessenabwägung rechtsbeschwerderechtlich nur darauf überprüft werden, ob er auf der Grundlage seiner Feststellungen wesentliche Umstände oder Interessen übersehen, nicht vollständig gewürdigt oder Denkgesetze oder Erfahrungssätze verletzt hat (vgl. BGH Urteile vom 19. November 2021 - V ZR 104/20 - NJW-RR 2022, 808 Rn. 19 und BGHZ 206, 1 = NJW 2015, 3087 Rn. 59).

Eine Überprüfung der Feststellungen des Beschwerdegerichts zu den für die Interessenabwägung relevanten Tatsachen ist dagegen nur aufgrund einer ordnungsgemäßen und innerhalb der

Rechtsbeschwerdebegründungsfrist (§ 71 Abs. 2 FamFG) angebrachten Verfahrensrüge möglich. Wenn gerügt werden soll, das Beschwerdegericht habe relevanten Sachvortrag des Beteiligten in den Tatsacheninstanzen übergangen, muss dieser unter Angabe der Fundstelle in den Schriftsätzen der Tatsacheninstanzen genau bezeichnet werden (vgl. BGH Urteil vom 12. Mai 2016 - I ZR 5/15 - NJW 2016, 3233 Rn. 17). Soll geltend gemacht werden, dass der Tatrichter seine Aufklärungs- und Hinweispflichten (§ 139 Abs. 1 ZPO) verletzt hat, muss die Rechtsbeschwerde darlegen, welche Veranlassung zu einem gerichtlichen Hinweis bestanden hat und was auf einen entsprechenden Hinweis hin vorgebracht worden wäre (vgl. BGH Urteil vom 8. Oktober 1987 - VII ZR 45/87 - NJW-RR 1988, 208, 209).

(3) Nach diesen eingeschränkten Prüfungsmaßstäben hält die Entscheidung des Beschwerdegerichts, den Versteigerungsinteressen des Ehemanns den Vorzug gegenüber den Nutzungsinteressen der Ehefrau und der gemeinsamen Kinder zu geben, einer rechtlichen Überprüfung noch stand.

Das Beschwerdegericht hat die von der Ehefrau behaupteten gesundheitlichen Gefährdungen, die mit einer Veränderung ihrer Wohnsituation verbunden sein sollen, nicht als bewiesen angesehen; dagegen erinnert die Rechtsbeschwerde nichts. Das Beschwerdegericht hat weiterhin die beengten wirtschaftlichen Verhältnisse der Ehefrau bei der Interessenabwägung berücksichtigt. Es hat aber nicht festgestellt, dass es der Ehefrau - gegebenenfalls auch unter Berücksichtigung eines ihr zufließenden Versteigerungserlöses - aus finanziellen Gründen nicht möglich sein könnte, sich einen zumutbaren Ersatzwohnraum zu beschaffen; dies greift die Rechtsbeschwerde nicht mit einer Verfahrensrüge an.

Das Beschwerdegericht hat auch in den Blick genommen, dass im Haushalt der Ehefrau zwei gemeinsame Töchter leben, wobei die jüngere Tochter noch minderjährig ist. Soweit die Rechtsbeschwerde beanstandet, dass Feststellungen zu der Frage fehlen, welche konkreten Belastungen in der Lebensführung der Kinder durch einen zwangsweisen Wohnungswechsel verbunden wären, erhebt sie damit keine zulässige Verfahrensrüge. Denn sie zeigt keinen in den Tatsacheninstanzen gehaltenen Vortrag - etwa zu einer besonderen psychosozialen Belastung der Kinder durch den Auszug aus der Ehewohnung oder zum Erfordernis eines Schulwechsels - auf, den das Beschwerdegericht übergangen haben könnte. Nach den getroffenen Feststellungen können deshalb im Rahmen der Interessenabwägung keine Belastungen der Kinder berücksichtigt werden, die über die typischerweise mit einem Wohnungswechsel einhergehenden Unannehmlichkeiten hinausgehen.

Auf dieser tatsächlichen Grundlage ist gegen die Beurteilung des Beschwerdegerichts, dass im Hinblick auf die mehr als dreijährige Dauer des Getrenntlebens der Ehegatten dem Interesse des - seinerseits in beengten wirtschaftlichen Verhältnissen lebenden - Ehemanns an der Erzielung eines Versteigerungserlöses der Vorzug zu geben sei, in rechtlicher Hinsicht nichts zu erinnern. Die Einschätzung des Beschwerdegerichts wird zusätzlich auch dadurch gestützt, dass die Ehefrau die streitgegenständliche Immobilie erst seit 2017 bewohnt und das gemeinsame Zusammenleben der Eheleute in der Familienwohnung bis zur räumlichen Trennung kaum ein Jahr gewährt hat.

c) Schließlich steht auch der Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) der Durchsetzung des Anspruchs des Ehemanns auf Aufhebung der Gemeinschaft nicht entgegen. Umstände, die bereits bei der Bestimmung der ehelichen Rücksichtnahmepflicht nach § 1353 Abs. 1 Satz 2 BGB berücksichtigt worden sind, können keinen Einwand aus § 242 BGB mehr begründen (vgl. OLG Jena FamRZ 2019, 515, 518; Wellenhofer FS Hopt [2020] S. 1433, 1445 f.; Kogel NZFam 2018, 788, 791). Sonstige Aspekte, die das Verlangen des Ehemanns als rechtsmissbräuchlich erscheinen lassen könnten, sind nicht ersichtlich.

Entscheidung 4 - OLG Frankfurt a. M. Urteil vom 12.10.2022 – 17 U 125/21

Gründe:

I.

Mit der Berufung wendet sich der Beklagte gegen die Abweisung seiner Widerklage, mit der er die Klägerin auf Rückgabe von Zuwendungen im Rahmen einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft in Anspruch genommen hat, sowie gegen die Verpflichtung zur Kostentragung im Rahmen der übereinstimmenden Erledigungserklärung der Klage.

Die Parteien führen einen gehobenen Lebensstil. Die am ... 1969 geborene Klägerin ist Stieftochter des aus der Industriellenfamilie stammenden Vorname1 A. Sie hat ... erwachsene Kinder. Sie ist als Beruf1 ausgebildet und im Internet auf der Plattform „(...)“ gelistet. Der am ... 1978 geborene Beklagte ist Geschäftsführer der Y GmbH und betätigt sich am Immobilienmarkt.

Die Parteien kannten sich seit Kindertagen, verloren sich zwischenzeitlich aus den Augen, bis sie im Herbst 2018 wieder in Kontakt kamen. Es entwickelte sich eine intime Beziehung. Beide wohnten aber weiter in getrennten Wohnungen im Stadt1er X.

Im Juni 2019 überließ der Beklagte der Klägerin eine Kreditkarte1-Zweitkarte, die sie bis April 2020 mit insgesamt 102.323,36 € belastete (Anlage B 3 = 182 ff. d.A.). Die Kreditkartenabrechnungen erhielt der Beklagte. Der Beklagte trug die Kosten für gemeinsame Reisen nach Land1, Stadt2, Stadt3, Stadt4 und Stadt5 sowie für Reisen der Klägerin nach Stadt6 und Stadt7. Der Beklagte bezahlte mit seiner Kreditkarte auch Einkäufe der Klägerin bei B. Im Herbst 2019 schenkte er ihr Diamant-Ohringe. Als die Klägerin in ihrer Wohnung ein Schranksystem austauschen wollte, beauftragte der Beklagte einen ihm bekannten Schreiner und übernahm die Kosten.

In der Nacht vom XX.04. zum XX.04.2020 trennte sich die Klägerin von dem Beklagten, weil sich der Beklagte mit einer anderen Frau traf. Nachdem der Beklagte schließlich die Wohnung der Klägerin verlassen hatte, fuhr er mit seinem Pkw gegen die Seite des von der Klägerin geleasteten Marke1 Modell1. Die Klägerin erstattete Strafanzeige. Der Beklagte verlangte von der Klägerin geschenkte B-Produkte zurück (Anlage K 9 = Bl. 317 ff. d.A.; Anlage B 8 = Bl. 181 d.A.) und erhielt diese am 22.04.2020 mit Ausnahme einer Bluse, die die Klägerin im Zorn zerschnitt, zurück (Anlage K 8 = Bl. 315 f. d.A.). Es kam zu weiteren Auseinandersetzungen zwischen den Parteien. Es wurde u.a. der WhatsApp-Verkehr gemäß der Anlagen K 2, K 14, B19 (= Bl. 41 ff., 511 f., 787 ff. d.A.) geführt. Am 19.05.2020 verhängte das Polizeirevier1 Stadt1 gegen den Beklagten bis 02.06.2020 ein Kontaktverbot gemäß § 31 Abs. 3 HSOG (Anlage K 4 = Bl. 53 f. d.A.). Am 23.05.2020 fuhr der Beklagte mit dem Fahrzeug eines Dritten gegen das vor einem Kosmetikstudio geparkte Fahrzeug der Klägerin.

Ein Schadengutachten ergab wegen der Schäden an dem klägerischen Fahrzeug Reparaturkosten von 7.577,44 € nebst 1.000,00 € Wertminderung. Die Gutachterkosten beliefen sich auf 712,42 € (Anlage K 5 = Bl. 55 ff. d.A.).

Mit anwaltlichem Schreiben vom 27.05.2020 verlangte der Beklagte von der Klägerin Rückzahlung von 38.000,00 € nebst Rechtsverfolgungskosten von 1.594,84 € unter Fristsetzung bis 09.06.2020. Er trug vor, er habe von seinem Konto am 26.02.2019 einen Betrag von 20.000,00 € und am 17.10.2019 von 18.000,00 € abgehoben und der Klägerin in bar „für Notfälle“ übergeben, damit diese das Geld in ihrem Schließfach bei der Bank2 verwahre. Im Munich 2020 habe die Klägerin 5.000,00 € hiervon für eine Leasingsonderzahlung verwandt, die vor der Mutter der Klägerin, Vorname2 A, habe verheimlicht werden müssen (Anlage K 6 = Bl. 75 ff. d.A.).

Mit Anwaltsschreiben vom 28.02.2020 forderte der Beklagte Zahlung eines weiteren Betrages von 130.633,62 € nebst Rechtsverfolgungskosten von 2.616,93 € unter Fristsetzung bis 10.06.2020. Zur Begründung führte er aus, es handele sich um darlehensweise überlassene Beträge. Die Klägerin habe mittels der überlassenen Kreditkarte Zahlungen in Höhe von 117.633,62 € für Luxusartikel und ein Bett vorgenommen, wobei bei Zurverfügungstellung der Karte vereinbart gewesen sei, ihm die Belastungsbeträge zu erstatten. Zudem habe er ihr mit seiner eigenen Kreditkarte 13.000,00 € für die Buchung von Reisen, die sie ohne ihn u.a. nach Stadt6 und Land1 unternommen habe, vorgestreckt, die sie absprachewidrig nicht zurückgezahlt habe (Anlage K 7 = Bl. 80 ff. d.A.).

Beim Amtsgericht Stadt1 war ein Verfahren der Parteien nach dem Gewaltschutzgesetz (Az.: ...) anhängig.

Die Klägerin hat ursprünglich die Feststellung begehrt, dass dem Beklagten kein Anspruch in Höhe von 133.250,55 € und 39.594,84 € zusteht, sowie die Zahlung von 9.289,86 € nebst Rechtshängigkeitszinsen für die Schäden an ihrem Fahrzeug verlangt.

Später hat sie die Klage im Hinblick auf die Erhebung der Widerklage und einem Ausgleich des Schadens am Pkw durch den gegnerischen Haftpflichtversicherer mit Zustimmung des Beklagten für erledigt erklärt. Dies Parteien haben diesbezüglich wechselseitig Kostenanträge gestellt.

Die Klägerin hat zunächst behauptet, der Beklagte habe, als die Parteien im Herbst 2018 wieder in engeren Kontakt gekommen seien, Coaching-Dienste der Klägerin in Anspruch genommen, woraus sich dann eine Beziehung entwickelt habe. Später hat sie vorgetragen, ihren Ausbildungsberuf als Beruf1 nie in ernsthaftem Umfang ausgeübt zu haben. Auch den Beklagten habe sie nie als „Patient“ behandelt. Als sie über eine gemeinsame Freundin wieder in näheren Kontakt gekommen seien, seien sie gemeinsam aus- und essen gegangen. Ein Vertragsverhältnis oder Vergütungen habe es nicht gegeben. Die Klägerin habe lediglich (Ernährungs-) Tipps dahin erteilt, dass der Beklagte Gewicht verlöre, wenn er weniger Hamburger und Kohlenhydrate zu sich nehme. Auch habe sie dem Beklagten empfohlen, ein Gespräch mit der Heilpraktikerin C zu seiner Ernährung zu führen, das er in ihrer Begleitung wahrgenommen habe (Anlage K 8 = Bl. 501 d.A.). Das mit Nichtwissen zu bestreitende vermeintliche Krankheitsbild und die Therapiebedürftigkeit des Beklagten hätten in der Beziehung der Parteien keine Rolle gespielt.

Die Klägerin hat die Barabhebung von 38.000,00 € durch den Beklagten mit Nichtwissen bestritten und behauptet, einen solchen Betrag nicht erhalten zu haben. Weder habe ein Notfall noch eine Notwendigkeit bestanden, zumal der Beklagte in seiner Wohnung einen Tresor gehabt habe. Der Beklagte habe ihr allerdings einen Betrag von 5.000,00 €, den er bei sich geführt habe, für den zu diesem Zeitpunkt von ihr bereits geleisteten Zahlungsbetrag für den Marke1 Modell1 geschenkt, weil ihm das Fahrzeug so gut gefallen habe und er es auch selbst fahren wolle. Ihrer Mutter gegenüber habe bezüglich des Leasingvertrags nichts verheimlicht werden müssen.

Eine Darlehens- oder Rückzahlungsvereinbarung habe nicht bestanden. Der Beklagte habe sie während der Beziehung verwöhnen wollen und sich spendabel gezeigt, wobei auch sie sich nicht kleinlich gezeigt und Zahlungen übernommen habe. In den ersten sechs Monaten der Beziehung habe sie die Ausgaben der gemeinsamen Lebensführung alleine getragen, wobei der Beklagte schon immer die Kosten von Restaurantbesuchen übernommen habe. Es gehöre zum Lebensstil des Beklagten, häufig - beruflich wie privat - Restaurants aufzusuchen und nach „alter Schule“ seine Freundinnen, aber auch Freunde und Geschäftspartner, einzuladen. Über etwaige Bedingungen, Geschäftsgrundlagen, Rückzahlungsmodalitäten oder Erwartungshaltungen sei zwischen den Parteien zu keinem Zeitpunkt gesprochen worden. In der Beziehung habe es insgesamt keine Kleinlichkeiten gegeben.

Die Kreditkarte habe sie zur Erleichterung der Zahlungsabläufe und aus Bequemlichkeit des Beklagten erhalten. Diese habe sie auch nicht benötigt. Jede Ausgabe hätte sie selbst bestreiten können und auch noch nie finanzielle Engpässe gehabt. Der Beklagte habe indes gewollt, dass sie mit der Zweitkarte gemeinsame Ausgaben bestreiten, für sich oder den Beklagten Internet-Bestellungen vornehmen und sich ansonsten auch „etwas gönnen“ könne. Die gemeinsamen Ausgaben hätten sich im Kern auf teure Restaurantbesuche, Hotelbuchungen, den Einkauf von Nahrungsmitteln aus Biomärkten, Delikatessen und Nahrungsergänzungsmitteln, Taxi-, Uber- und City-Roller-Fahrten und Spielfilme bezogen. Sie habe die Karte ferner für Bestellvorgänge im Internet (z.B. Zahnschienen, Nahrungsergänzungsmittel und Sportgeräte für den Beklagten, Küchengeräte für die Klägerin, Spielfilme, Haushaltsartikel für die gemeinsame Nutzung) eingesetzt. Das Bett sei von ihr angeschafft worden, weil der Beklagte Wert darauf gelegt habe, nicht in einem Bett zu liegen, in dem bereits ein anderer Mann genächtigt habe. Zudem habe sie mit der Kreditkarte zwischen dem 02.07. und 28.09.2019 Produkte von B und D für insgesamt 1.631,15 € gekauft. An keinem Zahlungsvorgang habe der Beklagte Anstoß genommen.

Die Ohrringe habe sie zum Geburtstag im ... 2019 bekommen, wie auf dem Lichtbild gemäß Anlage K 9 (= Bl. 502 d.A.) ersichtlich. Hinsichtlich der Schrankwand habe sie selbst bereits ein Angebot eines Schreiners eingeholt gehabt, wobei der Beklagte gewollt habe, dass der von ihm geschäftlich und privat ständig eingesetzte Schreiner namens E tätig werde, der ihm günstige Konditionen gewährt habe. Er habe dies der Klägerin schenken wollen (Anlage K 10 = Bl. 320 d.A.). Ferner habe er zwischen 10.12.2019 und 22.02.2020 mit seiner Kreditkarte Einkäufe der Klägerin bei B von insgesamt 18.830,00 € bezahlt, wobei er sich die Waren dann am 22.04.2020 zurückgeholt habe.

Weil sich der Beklagte generös habe zeigen wollen, habe er auch die Hotelrechnungen für gemeinsame Reisen nach Stadt2, Stadt3, Stadt4 und Stadt5, bei denen sie auf Vorschlag des Beklagten wegen seines unruhigen Schlafs getrennte Zimmer genommen hätten, übernommen. Die Reisen seien durchweg auf Initiativen des Beklagten zurückgegangen. Die Klägerin habe den Beklagten wiederholt in Stadt8, wo dieser beruflich tätig sei, besucht und - trotz des von ihr unerwünschten Cannabis-Konsums des Beklagten - bei seinen Physiotherapie-Besuchen in Stadt5 begleitet. Ferner sei sie von ihm eingeladen worden, mit ihm nach Stadt3, Stadt4 und Stadt2 zu fliegen, wo dieser Arzttermine bzw. medizinische Dienstleistungen in Anspruch genommen habe. Dabei sei es so gewesen, dass die Kosten für die gemeinsame Behandlung der Parteien in Stadt2 mit der EC-Karte der Klägerin bezahlt worden seien. Auch sei man gemeinsam mehrmals nach Land1 gereist. Die bezahlten Reisen nach Stadt6 und im ... 2019 mit ihren Kindern nach Land1 seien zunächst als gemeinsame Reisen geplant worden, wobei dann der Beklagte terminlich doch nicht habe teilnehmen können. Die Kosten der Kinder, die in einem separaten Hotel (F) angefallen seien, habe sie in bar erstattet.

Bargeldgeschenke habe die Klägerin nicht erhalten.

Als die Klägerin die Beziehung beendet habe, sei der Beklagte völlig aus der Rolle gefallen und habe erst nach dem Einschreiten ihres Sohns die Wohnung verlassen. In den Tagen vom 15.04. bis 18.04.2020 sei es zu Drohanrufen, Nachstellungen, zahlreichen WhatsApp- und E-Mailnachrichten seitens des Beklagten gekommen. Als sie am 19.05.2020 mit ihrem Pkw heimgekommen sei, habe der Beklagte auf sie gewartet, sie beschimpft, ihr ins Gesicht gespuckt und sie bedroht, woraufhin das polizeiliche Kontaktverbot verhängt worden sei.

Die Klägerin hat die Ansicht vertreten, die Widerklage sei als unbestimmte Teilklage bereits unzulässig.

Der Beklagte, der die Zulässigkeit der Klage gerügt hat, hat Klageabweisung beantragt sowie Widerklage auf Zahlung von 240.232,36 € nebst Rechtshängigkeitszinsen verlangt.

Der Beklagte hat sich den Vortrag der Klägerin, aus von ihr angebotenen Coaching-Diensten habe sich nach und nach eine Beziehung entwickelt, ausdrücklich zu eigen gemacht.

Er hat behauptet, er habe der Klägerin ab Mai 2019 die Kreditkarte als Beweis seiner Zuneigung und seines unbegrenzten Vertrauens in den Bestand der Beziehung überlassen. Er sei bei Überlassung der Kreditkarte davon ausgegangen, dass sich die Ausgaben füreinander ausgleichen würden und - falls nicht - doch schon anstandshalber nach einem gewissen Zeitraum ausgeglichen würden. Finanzielle Leistungen seien jedoch ausschließlich in eine Richtung, nämlich an die Klägerin, geflossen. Durch den Einsatz der Zweitkarte habe sich die Klägerin mit Modeartikeln, Accessoires und Schmuck von insgesamt 32.419,08 € versorgt, wie aus der Aufstellung auf Seite 8/9 zum Schriftsatz vom 31.03.2020 (= Bl. 358 f. d.A.) ersichtlich. Auch habe sie Bargeldabhebungen von insgesamt 10.370,00 € vorgenommen. Insgesamt habe die Klägerin mindestens sechs Reisen alleine bzw. für ihre Kinder auf Kosten des Beklagten geplant und durchgeführt, ohne dass eine Erstattung erfolgt sei.

Die Parteien hätten mündlich vereinbart, dass die Klägerin die Kreditkarte verwenden dürfe, um etwaige „Engpässe“ bis zum Eingang von Zahlungen auf ihrem Konto jeweils am Ende des Monats zu überbrücken. Nach der Vereinbarung seien die Beträge am Anfang des Folgejahres zurückzuerstatten gewesen, so wie er es auch mit seinen Schwestern handhabe.

Neben der Überlassung der Kreditkarte habe er der Klägerin auch Geschenke im Wert von mehr als 100.000,00 € gemacht. Er habe seine eigene Kreditkarte in der Zeit von November 2018 bis März 2020 mit insgesamt 234.116,55 € belastet (Anlage B 4 = Bl. 229 ff. d.A.).

So habe er im Oktober 2019 der Klägerin Ohrringe im Wert von 25.000,00 € geschenkt (Bl. 535 d.A.).

Von November 2018 bis März 2020 habe er regelmäßig größere Bargeldbeträge, insgesamt 28.200,00 € (07.06., 15.06. und 25.06.2019 je 4.000,00 €, August 2019 3.000,00 €, September 2019 2.000,00 €, Oktober 2019 4.400,00 €, November 2019 2.800,00 €, Dezember 2019 3.200,00 € und April 2020 4.500,00 €) von dem mit seiner Kreditkarte verbundenen Privatkonto abgehoben und mit der Klägerin mindestens zur Hälfte geteilt, so dass sie mindestens 14.100,00 € erhalten habe.

Ferner habe er für Reisen der Klägerin nach Stadt6 3.000,00 € und nach Stadt7 mit deren Kindern 10.000,00 € über die Kreditkarte gezahlt. Dies sei im Rahmen der Vereinbarung erfolgt, wonach die Klägerin die betreffenden Summen zurückzahlen habe, was nicht geschehen sei.

Der Beklagte hat zunächst behauptet, er habe für den Einbau des Schranksystems bei der Klägerin 12.000,00 € bezahlt. Später hat er behauptet, die Kosten hätten sich auf mindestens 8.088,43 € belaufen (Anlage B 9 = Bl. 783 f. d.A.).

Ferner habe der Beklagten außerordentlich hohe Kosten, mindestens 25.000,00 € für gemeinsame Reisen nach Land1, Stadt2, Stadt3, Stadt4 und Stadt5 vorgelegt. Hierbei habe die Klägerin auf getrennte Zimmer bestanden, was eine Verdoppelung der Kosten verursacht habe. Vor diesem Hintergrund habe sie einer Teilung der Kosten zugestimmt.

Er habe die Benzinkosten von 62,00 € und Hotelkosten im G (160,00 €), H (ca. 450,00 €) und I (359,00 €) sowie die Kosten für die Behandlung im Zentrum1 (mindestens 1.000,00 €) getragen. Die Kosten für gemeinsame Reisen beliefen sich auf 111.162,99 € gemäß den Aufstellungen auf Seite 53-62 im Schriftsatz vom 31.03.2020 (Bl. 403 ff. d.A.).

Neben von der Klägerin mit der Zweitkarte bezahlten Einkäufen bei B über 5.118,00 € in der Zeit vom 02.07.2019 bis 28.02.2020 habe er gemäß den Aufstellungen auf Seite 9-10 zum Schriftsatz vom 31.03.2020 (= Bl. 359 ff. d.A.) in der Zeit vom 01.12.2018 bis 22.02.2020 mit seiner Kreditkarte

Luxusartikel bei B von insgesamt 22.080,00 € sowie in der Zeit vom 23.12.2019 bis 14.02.2020 weitere Modeartikel und Accessoires im Umfang von insgesamt 30.804,72 € beglichen. Am 01.07.2019 habe er der Klägerin weitere Waren bei B zum Preis von 4.800,00 € gekauft.

Der Beklagte war der Ansicht, dem Beklagten stehe ein Anspruch auf Herausgabe nach § 812 Abs. 1 S. 2, 2. Alt. BGB sowie bezüglich unbenannter Zuwendungen wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage zu. Ferner sei die Klägerin gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 174c Abs. 1 StGB schadensersatzpflichtig. Auch sei bezüglich der Überlassung Kreditkarte ein Darlehensvertrag geschlossen worden. Soweit es sich bei den überlassenen Zahlungen tatsächlich um Schenkungen handele, bestehe ein Rückgewähranspruch wegen groben Undanks gemäß § 530 BGB. Die Klägerin habe grundlos Strafanzeigen erstattet und eine Gewaltschutzanordnung beantragt, um den Beklagten unter Druck zu setzen.

Er hat behauptet, es habe nie Nachstellungen gegeben. Er habe aus Erregung und nicht vorsätzlich nach der Trennung den vor ihm stehenden Pkw mit seinem Fahrzeug gestreift und sogleich versucht, die Klägerin zu informieren und den Schaden durch die Versicherung zu regulieren. Er habe trotz aller verbaler Auseinandersetzungen beider Parteien auch nie die Klägerin damit bedroht, ihr etwas anzutun. Es sei falsch, wenn die Klägerin in ihrer Strafanzeige behaupte, er habe sich unaufgefordert zu ihr ins Auto gesetzt und während der Fahrt den Start/Stop-Knopf gedrückt. Vielmehr habe ihm die Klägerin angeboten, ihn ein Stück mitzunehmen. Auch könne der Start-Stop-Knopf bei der Fahrt nicht bedient werden. Die Klägerin sei wiederholt mit Vollgas angefahren, um abrupt zu bremsen, um den Beklagten, der unter schweren Rückenbeschwerden leide, zu provozieren. Hierfür habe sie sich ebenso wie für das wahrheitswidrige Rufen, sie sei überfallen worden, entschuldigt. Am 19.05.2020 habe er sie zur Rede stellen wollen, sie aber nicht in irgendeiner Form angegriffen oder gar angespuckt.

Er hat gemeint, die Klägerin habe die therapeutischen Grenzen überschritten, indem sie mit dem Beklagten, der therapiebedürftig und aufgrund der starken Gewichtszunahme nach einer Erkrankung Schaden am Selbstwertgefühl genommen habe, eine (sexuelle) Beziehung, die von Anfang an inadäquat gewesen sei, eingegangen sei. Es liege ein Verstoß gemäß § 174c Abs. 1 StGB vor. Der Beklagte sei während bzw. durch die Therapie in ein Abhängigkeitsverhältnis zur Klägerin geraten. Wie tief die Abhängigkeit gereicht habe, zeige seine Schwierigkeit mit der Trennung, wobei ihn die Klägerin mit Textnachrichten zu seinem Gewicht zusätzlich gedemütigt habe. Für die Klägerin sei erkennbar gewesen, dass er die Kreditkarte ausgehändigt habe, um die Beziehung zur Klägerin zu festigen und mithalten zu können.

Hilfsweise werde der Rücktritt wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage erklärt.

Zudem habe die Klägerin dem Beklagten den in zwei Raten zur Verwahrung übergebenen Bargeldbetrag von 38.000,00 €, den sie in ihr Schließfach genommen habe, ebenso zurückzugeben wie auch 5.000,00 € aus dem verwahrten Geld für die Anschaffung des Marke1 Modell1, wobei sich die Gesamtkosten auf 6.560,00 € beliefen. Der Zweck der Anschaffung des Pkws sei verfehlt.

Die zurückgegebenen B-Kleider habe die Klägerin völlig zerstört zurückgegeben (Anlage B 8 = Bl. 181 d.A.).

Der Beklagte hat seinen Anspruch wie folgt beziffert:

Ohringe	25.000,00 €
Einbauschrank	8.088,43 €
Luxusartikel	68.223,80 €

Bargeldabhebungen	10.370,00 €
überlassenes Bargeld	14.100,00 €
eigene Reisen der Klägerin	27.610,67 €
Marke1-Zahlung	5.886,76 €
restliche verwahrte Summe	33.000,00 €
Einkäufe (50%)	1.326,07 €
gemeinsame Reisen (50%)	55.581,50 €
Haushaltsausgaben	10.517,18 €
Uber (50%)	1.359,56 €
Amazon-Käufe	5.866,90 €
Restaurantbesuche (50%)	5.388,90 €
Wellness	1.037,20 €
Summe	273.356,97 €

Der Beklagte hat gemeint, die Klägerin habe schon deshalb die Kosten der Erledigungserklärung zu tragen, da diese verspätet erklärt worden sei.

Das Landgericht hat Beweis erhoben zur Frage der behaupten Abhebung eines Barbetrags von 20.000,00 € und Übergabe an die Klägerin zur Verwahrung durch Vernehmung des Zeugen J (Bl. 444, 542 ff. d.A.)

Anschließend hat es die Widerklage mit dem angefochtenen Urteil, auf dessen Feststellungen im Übrigen Bezug genommen wird (§ 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO), abgewiesen und die Kosten insgesamt dem Beklagten auferlegt.

Zur Begründung hat es ausgeführt, die zulässige Widerklage sei nicht begründet.

Hinsichtlich der Übergabe der Zweitkarte an die Klägerin sei der Beklagten für das Zustandekommen eines Darlehensvertrages mangels Beweisangebots beweisfällig geblieben, so dass ein Anspruch aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB ausscheide.

Ein Anspruch aus § 695 BGB wegen Verwahrung der beiden Beträge von 20.000,00 € und 18.000,00 € sei nicht gegeben, weil der Beklagte den Beweis dafür, das Geld der Beklagten am 26.02.2019 übergeben zu haben, nicht geführt habe. Die Aussage des Zeugen J, der nur berichtet habe, dass er den Beklagte von der Bank zur klägerischen Wohnung gefahren habe und dieser ihm berichtet habe, 20.000,00 € abgehoben zu haben, sei nicht ausreichend, nachdem der Zeuge geschildert habe, den Zweck der Geldübergabe nicht zu kennen.

Ebenso sei ein Anspruch aufgrund des Schenkungswiderrufs aus den §§ 530, 531 Abs. 2, 812 BGB nicht begründet. Die vom darlegungs- und beweisbelasteten Beklagten vorgetragene Widerrufgründe rechtfertigten weder für sich noch in der Gesamtschau und unter Abwägung des Verhaltens beider Parteien den Schluss darauf, dass sich die Klägerin des groben Undanks schuldig gemacht habe. Aus der Beendigung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft allein könne nicht auf groben Undank geschlossen werden. Soweit sich der Beklagte auf die Erstattung grundloser Strafanzeigen und Gewaltschutzmaßnahmen berufen habe, sei nicht erkennbar, dass diese wider besseren Wissens erstattet worden seien. Aus dem beiderseitigen Vorbringen gehe hervor, dass die Strafanzeigen eigene Interessen der Klägerin berührten. Angesichts dessen, dass es im April und Mai 2020 zu - von der Klägerin nicht gewünschten - Kontakten der Parteien gekommen sei, und vor dem Hintergrund der Kollisionen der Fahrzeuge der Parteien erscheine die Beantragung des

Gewaltschutzverfahrens für sich genommen nicht grundlos. Der Beklagte habe auch nicht nachgewiesen, dass die Angaben der Klägerin objektiv falsch und bewusst wahrheitswidrig erfolgt seien. Der Verweis auf Auszüge der Ermittlungsakten erbebe keinen bewusst wahrheitswidrigen Vortrag. Was die beleidigenden Inhalte des WhatsApp-Verkehrs betreffe, sei auch angesichts des persönlichen Eindrucks der Parteien in der mündlichen Verhandlung davon auszugehen, dass ihr Verhältnis zerrüttet sei und beide wechselseitig den gegenseitigen Respekt vermissen ließen. Ein grob undankbares Verhalten folge hieraus jedoch nicht.

Ebenso schieden Ansprüche wegen Störung der Geschäftsgrundlage und aus Bereicherung aus. Angesichts des zeitgleichen Vortrags zu einem Vorliegen von Schenkungen, Darlehensverträgen und unbenannten Zuwendungen sei die Kammer vom Vorliegen der Erwartung des Fortbestehens der Beziehung seitens des darlegungsbelasteten Beklagten im Zeitpunkt der Zuwendungen schon nicht überzeugt.

Ungeachtet dessen scheitere ein solcher Anspruch vorliegend bereits an der Art der Zuwendungen. Erfasst seien nur solche Zuwendungen, die deutlich über die alltägliche Bedarfsdeckung hinausgingen und zu einem Vermögenszuwachs beim Partner geführt hätten. Hingegen seien solche Leistungen, die das Zusammenleben in der gewollten Art erst ermöglicht hätten, nicht ausgleichspflichtig. Nach den Angaben der Parteien anlässlich ihrer informatorischen Anhörung stehe zur Überzeugung der Kammer fest, dass hinsichtlich der Art der Restaurantbesuche und Reisen während der Beziehung keine wesentliche Veränderung eingetreten sei. Auch wenn diese eine Intensivierung der diesbezüglichen Unternehmungen während der Beziehung beschrieben hätten, reiche dies nicht aus. Die diesbezüglich erbrachten Leistungen seien nicht über das übliche Maß hinausgegangen, die das tägliche Zusammenleben in der konkreten Art ermöglicht habe. Beide hätten schon immer einen entsprechend luxuriösen Lebensstil geführt.

Soweit der Kläger einen Schadensersatzanspruch auf den sexuellen Missbrauch unter Ausnutzung eines Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnisses gemäß der §§ 823 Abs. 2 BGB, 174c Abs. 1 StGB stütze, lasse sich nicht feststellen, dass der Beklagte aufgrund seines Übergewichts in seiner Fähigkeit zur sexuellen Selbstbestimmung herabgesetzt gewesen sei. Auch diesbezüglich sei er im Übrigen beweisfällig geblieben.

Hiergegen richtet sich die Berufung des Beklagten, mit der er den Zahlungsantrag seiner Widerklage um 29.862,93 € reduziert und seinen Kostenantrag nach § 91a ZPO weiterverfolgt und zusätzlich nunmehr die Herausgabe der Ohrringe verlangt. Er rügt die Rechtsanwendung und die Tatsachenfeststellung durch das Landgericht.

Er beziffert seinen Zahlungsantrag nunmehr wie folgt.

Mode/Accessoires (Zweitkarte)	32.419,08 €
Mode/Accessoires (Beklagter)	30.804,72 €
Bargeldabhebungen (Zweitkarte)	10.370,00 €
eigene Reisen der Klägerin	27.610,67 €
verwahrtes Geld	20.000,00 €
hälftige Lebensmittelkosten	1.326,07 €
gemeinsame Reisen (50%)	55.581,50 €
Haushaltswaren, Apple, Benzin, Heimtextilien (Zweitkarte)	10.517,18 €
Uber (50%) (Zweitkarte)	1.359,56 €
Amazon-Käufe (Zweitkarte)	5.866,90 €

Restaurantbesuche (50%) (Zweitkarte)	1.914,60 €
Restaurantbesuche (50%) (Beklagter)	3.474,30 €
Kosten Einbauschrank	8.088,43 €
Wellness (Zweitkarte)	1.037,20 €
Summe	210.369,43 €

Der Beklagte macht geltend, zu Unrecht sei das Landgericht davon ausgegangen, dass sich Schenkungen und unbenannte Zuwendungen gegenseitig ausschließen. Es habe die einzelnen Ausgaben nach Kategorien gesondert bewerten müssen. Fehlerhaft habe es zudem das Vorliegen groben Undanks nicht bejaht und die Zuwendungen ihrer Art nach nicht als unbenannte Zuwendungen angesehen.

Die Leistungen des Beklagten seien überobligatorisch gewesen und auf die Verwirklichung, Ausgestaltung, Erhaltung und Sicherung der Gemeinschaft mit der Klägerin erbracht worden. Die Klägerin habe mit der Zweitkarte einen monatlichen Umsatz von etwa 10.000,00 € gehabt, womit sie die von ihr angegebenen monatlichen Einnahmen verdoppelt habe. Die Klägerin trage die Beweislast dafür, dass sie das Erlangte behalten dürfe. Eine Verbalisierung der eigenen Erwartung als Geschäftsgrundlage sei nicht notwendig. Der Aspekt der einseitigen Finanzierung der Gemeinsamkeit durch den Beklagten sei verkannt worden. Die Klägerin habe sich auf Kosten des Beklagten versorgen lassen. Der Zweck der Zuwendungen sei verfehlt worden.

Es liege grober Undank durch Denunziation vor. Die Klägerin habe, statt einfach den WhatsApp-Kontakt zu blockieren, den Beklagten provoziert. Die Gewaltschutzanordnung sei ohne seine Anhörung erfolgt und von der Klägerin erschlichen worden. Insoweit sei es für eine solche Maßnahme nicht ausreichend, dass es entgegen dem Willen der Klägerin zu Kontakten gekommen sei. Auf wessen Betreiben dies erfolgt sei, werde zudem nicht betrachtet. Die Klägerin habe gegenüber der Polizei eine Gefährdungslage behauptet, die nicht bestanden habe. Der Beklagte habe sich niemals unerlaubt in ihrer Wohnung aufgehalten oder sei auch nicht gegenüber der Klägerin gewalttätig geworden. Die Klägerin habe wahrheitswidrig gegenüber der Polizei geschildert, dass er ihren Pkw vorsätzlich beschädigt habe, obwohl er noch in der Nacht ihren Sohn und unverzüglich die Versicherung unterrichtet habe. Auch habe er sie nie bedroht. Einerseits habe sie vorgetragen, er schleiche um ihre Wohnung herum und lauere ihr auf, andererseits habe sie ihm eine Kiste mit Kleidung zum Abholen vor die Tür gestellt. Auch ein gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr habe nicht vorgelegen. Er habe sie nicht in ihrem Auto angegriffen und bespuckt. Demgegenüber habe er ihr den Mittelfinger gezeigt. Die Klägerin habe ihn mit unlauteren Mitteln angegriffen, um ihn in Bedrängnis zu bringen. Dieses Verhalten begründe einen Anspruch auf Rückzahlung der ersparten Aufwendungen und Herausgabe der Geschenke, namentlich der Ohrringe.

Zudem habe das Erstgericht die Voraussetzungen des § 174c StGB nicht verneinen dürfen. Es habe verkannt, dass auch die Integrität von Männern geschützt sei. Der Beklagte habe in einem Behandlungsverhältnis gestanden. Der Begriff der Krankheit sei weit auszulegen. In den Schutzbereich dieser Norm fielen Vermögensschäden, die infolge der Abhängigkeit des Geschädigten entstanden seien. Eine Widerstandsunfähigkeit oder eine Einschränkung der Geschäftsfähigkeit seien nicht erforderlich. Soweit die Klägerin vortrage, sie habe nichts von einer Erkrankung gewusst, stehe dies im Widerspruch zu dem Umstand, dass sie ein Coaching als Beruf¹ vorgenommen und gewusst habe, dass der Beklagte seit Jahren Leistungen von Zahnärzten und Physiotherapeuten, insbesondere in Stadt⁵ und Stadt², in Anspruch nehme. Die Beratungsbedürftigkeit zu Essverhalten, Lebensführung und Körperbewusstsein sei durch den Parteivortrag bestätigt. Die Beziehung sei nicht auf Augenhöhe geführt worden. Die Ernährungsberatung sei im Verhältnis der Parteien der rote Faden gewesen und habe der Klägerin die Direktionsmacht gegeben.

Das landgerichtliche Urteil verhalte sich auch nicht zu der verlangten Rückgabe der 20.000,00 € und der für den Marke1 Modell1 verwendeten 5.000,00 €. Es sei bewiesen, dass der Kläger das Geld abgehoben und zur Klägerin gebracht habe. Es sei lediglich der Akt der Übergabe unbewiesen. Die tatsächliche Übergabe aber liege auf der Hand. Bei der Beweiswürdigung sei einzubeziehen, dass die Klägerin bei den Strafanzeigen und dem Gewaltschutzverfahren nachweislich falsch vorgetragen habe. Der Zweck der Leistung für den Marke1 - Mitnutzung - sei verfehlt.

Die Kosten der Erledigung seien der Klägerin aufzuerlegen. Bei der Geltendmachung habe sie verschwiegen, dass es sich um ein Leasingfahrzeug gehandelt habe. Auch sei die Erledigungserklärung verspätet verfolgt.

Der Beklagte beantragt,

das Urteil des Landgerichts Frankfurt am Main vom 29.10.2021 (Az.: 2-08 O 170/20) abzuändern und die Klägerin zu verurteilen,

1.an den Beklagten 210.369,43 € nebst 5% Zinsen über den Basiszinssatz ab Rechtshängigkeit der Widerklage (03.10.2020) zu zahlen,

2.an den Beklagten die Ohrstecker, 18 K Weißgold mit Brillanten (2ct), abgebildet auf der Fotografie Anlage K 9 [zum Schriftsatz der Klägerin vom 17.08.2021 - Bl. 502 d.A.] herauszugeben,

3.die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Klägerin hat der Klageänderung widersprochen und verteidigt die angefochtene Entscheidung unter Wiederholung und Vertiefung des erstinstanzlichen Vorbringens.

Die Widerklage sei unzulässig, da der Beklagte offensichtlich nur einen Teilbetrag von vermeintlichen Ansprüchen geltend mache. Dies gelte unabhängig davon, ob man auf den ursprünglichen Klageantrag oder den nun in zweiter Instanz geänderten Antrag abstelle. Auf welche Einzelansprüche sich der Beklagte stützen wolle, sei weiterhin nicht erkennbar. Der Berufungsbegründung sei nicht zu entnehmen, auf welche Posten sich Gesamtausgaben etwa für Mode und Accessoires bezögen.

Der Beklagte verkenne die Rechtslage zu Schenkungen und unbenannte Zuwendungen wie auch den Umstand, dass § 174c StGB schon nicht dem Schutz des Vermögens diene. Die Ausgaben, die hier auch nach dem Vortrag des Beklagten getätigt worden seien, namentlich für Hotels und Restaurants, seien sämtlich Ausgaben der (all-)täglichen Lebensführung. Der Vortrag des Beklagten zu angeblichen gemeinsamen Vorstellungen sei in sich widersprüchlich und über die Instanzen auch nicht konsistent.

Der neue Vortrag in der Berufungsbegründung sei zu bestreiten und verspätet.

II.

Die zulässige Berufung hat in der Sache keinen Erfolg.

Das Landgericht hat zu Recht und mit zutreffenden Gründen die Widerklage abgewiesen.

Dem Widerkläger stehen die - in der Fassung der Berufungsbegründung - geltend gemachten Ansprüche auf Zahlung und Herausgabe unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt zu.

Die Zahlungsklage ist nach Neubezifferung in zweiter Instanz hinreichend bestimmt, auch wenn in erster Instanz Forderungen aufsummiert wurden, die die Klageforderung überstiegen, ohne klarzustellen, auf welche Teile sich die Klage bezog (vgl. Fritsche in: MünchKomm, ZPO, 6. Aufl. 2020, § 139 Rn. 21 m.w.N.). Die in der Berufungsbegründung nunmehr geltend gemachten Einzelposten, die in der Summe die neue Klageforderung ergeben, lassen sich unter Heranziehung des Schriftsatzes des Beklagten vom 31.03.2020 (Bl. 351 ff. d.A.) und der dortigen tabellarischen Auflistungen nachvollziehen. Wenn man diesbezüglich überhaupt von einer Klageänderung ausginge, wäre Sachdienlichkeit i.S.v. § 533 ZPO gegeben.

Soweit der Beklagte Erstattung von Ausgaben für Mode und Accessoires mittels der Zweitkarte von insgesamt 32.419,08 € gemäß der Zusammenstellung im Schriftsatz vom 31.03.2020, Seite 7 ff. (= Bl. 357 ff. d.A.) verlangt, fehlt es bereits an einem konsistenten Vortrag zu den Hintergründen der Überlassung der Kreditkarte und der Behandlung der entsprechenden Belastungen.

So hat der Beklagte bezüglich der überlassenen Zweitkarte zunächst vorgetragen, dass er diese der Klägerin zum Beweis seiner Zuneigung und seines unbegrenzten Vertrauens in den Bestand der Beziehung gegeben habe und dabei davon ausgegangen sei, dass sich die wechselseitigen Ausgaben füreinander ausgleichen würden und - falls nicht - doch schon anstandshalber nach einem gewissen Zeitraum ausgeglichen würden. Später wurde von ihm behauptet, es sei mündlich vereinbart gewesen, dass die Klägerin die Zweitkarte zur Überbrückung von Engpässen verwenden dürfe, wobei vereinbart gewesen sei, dass eine Rückerstattung am Anfang des Folgejahres erfolge. Gleichzeitig hat er auch nicht in Abrede gestellt, dass mit der Zweitkarte teilweise auch Ausgaben für den Beklagten getätigt werden sollten und wurden. Die Aussagen widersprechen sich mithin und lassen sich nicht miteinander in Einklang bringen, worauf bereits das Landgericht hingewiesen hat. Dieser Widerspruch wurde auch auf Hinweis nicht in der Berufungsverhandlung aufgelöst.

Soweit sich der Beklagte diesbezüglich auf die Gewährung eines Darlehens - offensichtlich hinsichtlich des beim Einkauf verwendeten Geldes - beruft (vgl. Schriftsatz vom 31.03.2020 S. 7 = Bl. 357 d.A.), hat ungeachtet der Frage der suffizienten widerspruchsfreien Darlegung das Landgericht mit Recht darauf hingewiesen, dass der Beklagte insoweit mangels Beweisangebots beweisfällig geblieben ist, sodass ein Darlehensrückzahlungsanspruch gemäß § 488 Abs. 1 S. 2 BGB ausscheidet. Hiergegen hat auch die Berufung nichts eingewandt (§ 520 Abs. 3 Nr. 2, Nr. 3 ZPO).

Allerdings hatte sich der Beklagte erstinstanzlich später (auch) darauf berufen, bei den Ausgaben mittels der Zweitkarte handele es sich „im Zweifel um sich aufaddierende Schenkungen, wobei sich die Klägerin den Gegenstand der Schenkungen selbst auswählte, während der Beklagten den Kreditrahmen hierfür bereitstellte“ (Schriftsatz vom 28.09.2020 Seite 16 = Bl. 145 d.A.).

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs liegt eine Schenkung im Rahmen einer Partnerschaft vor, wenn die Zuwendung nach deren Willen unentgeltlich im Sinne echter Freigiebigkeit erfolgt und nicht an die Erwartung des Fortbestehens der Beziehung geknüpft, sondern zur freien Verfügung des Empfängers geleistet wird (vgl. BGH, Urteil vom 6. Mai 2014 - X ZR 135/11 -, Rn. 9, juris; Urteil vom 9. Juli 2008 - XII ZR 179/05 -, BGHZ 177, 193-211, Rn. 15 f.).

Soweit man in diesem Sinne von einer Schenkung ausginge, was im Widerspruch zur Rückzahlungsabrede stünde, ist bereits nicht schlüssig dargelegt, ob die jeweilige Zuwendung zur freien Verfügung geleistet wurde, nachdem der Beklagte dem Vortrag der Klägerin, sie habe sich mit der Kreditkarte „etwas gönnen können“ sollen, entgegengetreten ist. Auch insoweit fehlt es daher an der schlüssigen Darlegung einer Schenkung.

Darüber hinaus hat das Landgericht mit Recht darauf verwiesen, dass die Voraussetzungen für einen wirksamen Schenkungswiderruf nach § 530 Abs. 1 BGB wegen groben Undanks nicht vorliegen, so dass ein Herausgabeanpruch nach den §§ 531, 812 Abs. 1 S. 2 BGB ausscheidet.

Darlegungs- und beweisbelastet für die Elemente des § 530 Abs. 1 BGB ist der klagende Schenker (vgl. Staudinger/Chiusi (2021) BGB, § 530 Rn. 50; Koch in: MünchKomm BGB, 8. Aufl. 2019, BGB § 530 Rn. 8).

Grober Undank liegt nicht schon dann vor, wenn ein Partner die insoweit zu unterstellende nichteheleliche Lebensgemeinschaft - gleich aus welchem Grund - verlässt, da mit der Auflösung einer nichteheleichen Lebensgemeinschaft jederzeit gerechnet werden muss (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 03.10.1985 - 4 U 51/84, BeckRS). Der Widerruf einer Schenkung setzt vielmehr objektiv eine Verfehlung des Beschenkten von gewisser Schwere voraus. Darüber hinaus muss die Verfehlung auch in subjektiver Hinsicht Ausdruck einer Gesinnung des Beschenkten sein, die in erheblichem Maße die Dankbarkeit vermissen lässt, die der Schenker erwarten kann. Maßgeblich ist eine Gesamtwürdigung aller relevanten Umstände des Einzelfalls. Anhaltspunkte dafür, was der Schenker an Dankbarkeit erwarten kann, können neben dem Gegenstand und der Bedeutung der Schenkung auch die näheren Umstände bieten, die zu der Schenkung geführt und deren Durchführung bestimmt haben. Besondere Bedeutung kann ferner der persönlichen Beziehung zwischen Schenker und Beschenktem zukommen. Dabei kann nach den Umständen des Falls auch eine Auseinandersetzung mit den emotionalen Aspekten des dem Widerruf zugrundeliegenden Geschehens angezeigt sein, etwa wenn der Beschenkte nicht geplant, sondern im Affekt handelt oder der Schenker durch sein eigenes, provozierendes und uneinsichtiges Verhalten gegenüber dem Beklagten zur Eskalation einer Auseinandersetzung mit beigetragen hat (vgl. BGH, Urteil vom 22. Oktober 2019 - X ZR 48/17 -, Rn. 30-34, juris m.w.N.; Urteil vom 13. November 2012 - X ZR 80/11 -, Rn. 11, juris).

Zwar können sich wider besseren Wissens erstattete Strafanzeigen oder vorsätzlich falsche Angaben in einem behördlichen oder gerichtlichen Verfahren gegen den Schenker als grob undankbares Verhalten darstellen. Entscheidend ist dabei jedoch, ob unter Berücksichtigung aller Umstände eine derartige bloßstellende Mitteilung angesichts der damit für den Schenker verbundenen Belastungen die schuldige Dankbarkeit vermissen lässt (vgl. BGH, Urteil vom 28. September 1990 - V ZR 109/89 -, BGHZ 112, 259-264, Rn. 25).

Vorliegend ist zu sehen, dass die vom Beklagten in Bezug genommenen Vorgänge, namentlich die Angaben gegenüber der Polizei und die Einleitung des Gewaltschutzverfahrens, in engem zeitlichen Zusammenhang mit einem emotional aufgeladenen Trennungsgeschehen und hitzigen Auseinandersetzungen erfolgten, wobei die Trennung nach dem unwidersprochenen Vortrag der Klägerin nach Treffen des Beklagten mit einer anderen Frau ausgelöst wurde. Der Beklagte hat in Übereinstimmung mit der Darstellung der Klägerin, der Beklagte sei völlig aus der Rolle gefallen, angegeben, gefühlsmäßig stark belastet und sehr erregt gewesen zu sein und Schwierigkeiten gehabt zu haben, die Trennung hinzunehmen. Es kam zu Wortgefechten, wechselseitigen Beschimpfungen über WhatsApp und Begegnungen entgegen dem polizeilichen Kontaktverbot. Zudem ist der Beklagte unmittelbar nach der Trennung zweimal gegen das Fahrzeug der Klägerin gefahren und hat dieses nicht nur unerheblich beschädigt. Selbst wenn dies im Zustand erheblicher Erregung erfolgt sein mag, bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass dies angesichts der Dynamik des Geschehens für die Klägerin hinreichend erkennbar war. Dies insbesondere auch vor dem Hintergrund, dass der Beklagte ausweislich der Anlage K 2 (Bl. 41 ff. (44 f.) d.A.) per WhatsApp in der Zeit vom 15.04. bis 17.04.2020 u.a. schrieb:

„Wenn dein auto wider aus Werkstatt kommt, bekommt es Gleich wieder eine Delle ...“

Ich denke du hast gleich einen total schaden ...“

Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass die behaupteten Geschenke einem luxuriösen, exklusiven, eher konsumorientierten Lebensstil entsprangen, zu dem nach übereinstimmendem Vortrag der - finanziell gut situierten - Parteien der Einkauf in hochpreisigen Geschäften ebenso wie der regelmäßige Besuch teurer Restaurants, internationale Reiseaufenthalte in gehobenen Hotels und das Aufsuchen von Therapeuten im Ausland dazugehörte, wobei nach dem Parteivortrag keine Hinweise dafür bestehen, dass sich ihr Ausgabeverhalten während der Beziehung maßgeblich verändert hat. Der Beklagte hat zwar angegeben, dass er in dieser Zeit mehr für die Partnerin als für sich ausgegeben habe als sonst, allerdings habe sich hinsichtlich seiner Reisen und Restaurantbesuche (als größere Posten) keine Veränderung ergeben. Auch gab er an, dass Geschenke in einer Beziehung für ihn dazugehörten. Dabei waren die zurückgeforderten Ausgaben nicht ersichtlich von großer finanzieller Anstrengung des Beklagten einerseits oder einer prekären Situation oder Notlage der Klägerin andererseits geprägt. Hinzukommt, dass namentlich die Ausgaben für Mode und Accessoires in der Summe zwar einen höheren Betrag ausmachen, aber über einen Zeitraum von rund einem Jahr getätigt wurden und Einzelbeträge von 67,50 € für Strümpfe bis zu 3.100,00 € für eine Handtasche umfassen und sich überwiegend im unteren Hunderterbereich bewegen.

Unter Berücksichtigung dessen kann, wie vom Landgericht angenommen, das Verhalten der Klägerin, ungeachtet der Frage, inwieweit eine Unrichtigkeit ihrer Angaben gegenüber den Behörden überhaupt feststellbar ist, noch nicht als Ausdruck einer im Vordergrund stehenden subjektiv undankbaren Einstellung des Beschenkten gegenüber dem Schenker angesehen werden.

Auch soweit man - unter Außerachtlassung der gleichzeitig behaupteten Erstattungsabrede - angesichts der laufenden Ausgaben von unbenannten Zuwendungen ausginge, ergibt sich hieraus nichts Anderes.

Bei unbenannten Zuwendungen lässt ein Partner dem anderen einen Vermögenswert um der Beziehung willen und als Beitrag zur Verwirklichung und Ausgestaltung, Erhaltung oder Sicherung der Lebensgemeinschaft zukommen, wobei er die Vorstellung oder Erwartung hegt, dass die Lebensgemeinschaft Bestand haben und er innerhalb dieser Gemeinschaft am Vermögenswert und dessen Früchten weiter teilhaben werde, und bei denen die Zuwendung nicht zu einer frei disponiblen Bereicherung führt (vgl. BGH, Urteil vom 6. Mai 2014 - X ZR 135/11 -, Rn. 9, juris; Urteil vom 9. Juli 2008 - XII ZR 179/05 -, BGHZ 177, 193-211, Rn. 15 f.). Ausgleichsansprüche nach den Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage oder die ungerechtfertigte Bereicherung wegen Zweckverfehlung kommen bei solchen gemeinschaftsbezogenen Aufwendungen jedoch nur dann in Betracht, wenn sie über das hinausgehen, was das tägliche Zusammenleben erst ermöglicht und im Rahmen des täglichen Zusammenlebens erbracht wird. Insbesondere bei Beiträgen zu laufenden Kosten, die im täglichen Leben regelmäßig anfallen oder durch größere Einmalzahlungen beglichen werden, scheidet ein Ausgleich regelmäßig aus. Bei der Abwägung, ob und in welchem Umfang Zuwendungen zurückerstattet oder Arbeitsleistungen ausgeglichen werden müssen, ist zu berücksichtigen, dass der Partner es einmal für richtig erachtet hat, dem anderen diese Leistungen zu gewähren. Ein korrigierender Eingriff ist grundsätzlich nur gerechtfertigt, wenn dem Leistenden die Beibehaltung der durch die Leistungen geschaffenen Vermögensverhältnisse nach Treu und Glauben nicht zuzumuten ist. Das Merkmal der Unbilligkeit impliziert zugleich, dass ein Ausgleich nur wegen solcher Leistungen in Betracht kommt, denen nach den jeweiligen Verhältnissen unter Gesamtabwägung der Umstände des Einzelfalls eine erhebliche Bedeutung zukommt (vgl. BGH, Urteil vom 6. Mai 2014 - X ZR 135/11 -, Rn. 17, juris; Urteil vom 9. Juli 2008 - XII ZR 179/05 -, BGHZ 177, 193-211, Rn. 33, 40, 44).

Mit Recht hat das Landgericht darauf hingewiesen, dass nach der Art der Zuwendungen, auch soweit diese nur der Klägerin zugutekamen, ein Ausgleich hier ausscheidet. Auf die Begründung kann zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen werden. Die entsprechenden Ausgaben gingen nicht

über das Maß hinaus, die das tägliche Zusammenleben in der konkreten Art der Lebensführung der Parteien ermöglichten, sondern sollten ersichtlich den gewöhnlichen Konsum im Hier und Jetzt abdecken, ohne auf die Zukunft gerichtet zu sein.

Neben der Sache liegen schließlich die Ausführungen des Beklagten, soweit er sich auf einen Schadensersatzanspruch nach den §§ 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 174c Abs. 2 StGB wegen sexuellen Missbrauchs unter Ausnutzung eines Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnisses stützt.

§ 174c StGB schützt die sexuelle Selbstbestimmung von Personen, die wegen einer psychischen oder körperlichen Beeinträchtigung oder einer Suchtkrankheit auf die sie beratenden, behandelnden oder betreuenden Personen angewiesen und bezüglich sexueller Handlungen nur in beschränktem Maße zur Entwicklung oder Betätigung eines Abwehrwillens imstande sind (vgl. BGH, Beschluss vom 2. Mai 2016 - 4 StR 133/16 -, Rn. 12, juris unter Hinweis auf BT-Drs. 13/8267 S. 7).

An einem Missbrauch in dem vom Gesetz vorausgesetzten Sinne fehlt es aber, wenn der Täter im konkreten Fall nicht eine aufgrund des Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnisses bestehende Autoritäts- oder Vertrauensstellung gegenüber dem Opfer zur Vornahme der sexuellen Handlung ausgenutzt hat. Der Missbrauch setzt die illegitime Wahrnehmung einer Chance voraus, die das Vertrauensverhältnis im Sinne dieser Vorschrift mit sich bringt. Ein Missbrauch liegt deshalb bei einer von dem Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnis unabhängigen „Liebesbeziehung“ und in deren Folge nur gelegentlich der Behandlung oder nach deren Abschluss vorgenommenen sexuellen Handlung nicht vor. Entscheidend kommt es für die Beurteilung, ob ein Missbrauch vorliegt, zudem auf die konkrete Art und Intensität des Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnisses an. Je intensiver die Kontakte zwischen Täter und Opfer im Rahmen dieses Verhältnisses sind, desto geringere Anforderungen sind an das Vorliegen eines Missbrauchs zu stellen (vgl. BGH, Beschluss vom 29. Juni 2016 - 1 StR 24/16 -, BGHSt 61, 208-218, Rn. 23 f.).

Der Beklagte hat diesen – aufgezeigten Regelungsbehalt des § 174c StGB gründlich verkannt.

Auf der Grundlage des wechselseitigen Parteivortrags kann schon nicht festgestellt werden, dass infolge des behaupteten Ernährungsberatungs-Coachings ein intensives, während der Beziehung fortdauerndes und die sexuelle Entscheidungsfähigkeit determinierendes Beratungs- und Behandlungsverhältnis bestanden hat und der Entschluss des Beklagten, mit der Klägerin sexuell zu verkehren, auf wesentliche, aus diesem Verhältnis resultierende (krankheitsbedingte) Willensmängel zurückzuführen ist. Dabei ist, wie auch in der Berufungsverhandlung hingewiesen worden ist, schon nicht erkennbar, welche konkreten sexuellen Handlungen der Beklagte in Bezug nehmen will sowie in welcher Weise diese mit therapeutischen Sitzungen o.ä. in Verbindung stehen und nicht lediglich aus Anlass der (intimen) Beziehung therapeutische Ratschläge erfolgten. Darüber hinaus stellen sich die hier geltend gemachten Vermögensschäden in Form der Überlassung der Kreditkarte und weiterer Vermögensgegenstände als nicht kausal hervorgerufen durch eine sexuelle Ausbeutung dar. Es fehlt zudem an dem erforderlichen Schutzzweckzusammenhang.

Die vorstehenden Erwägungen gelten gleichermaßen für die verlangte Erstattung der weiteren Verfügungen mittels der Zweitkarte (Bargeldabhebungen von 10.370,00 € gemäß Zusammenstellung im Schriftsatz vom 31.03.2020, Seite 12/13 (= Bl. 362 f. d.A.), hälftige Lebensmittelkosten von 1.326,07 € gemäß Zusammenstellung im Schriftsatz vom 31.03.2020, Seite 49/50 (= Bl. 399 f. d.A.), Haushaltswaren, Apple, Benzin, Heimtextilien von 10.517,18 € gemäß Zusammenstellung im Schriftsatz vom 31.03.2020, Seite 62/63 (= Bl. 412 f. d.A.), (nicht näher spezifizierte) Über-Fahrten von 1.359,56 €, Amazon-Käufe von 5.866,90 € gemäß Zusammenstellung im Schriftsatz vom 31.03.2020, Seite 63-65 (= Bl. 413 ff. d.A.), hälftige Restaurantkosten von 3.474,30 € gemäß Zusammenstellung im Schriftsatz vom 31.03.2020, Seite 65/66 (= Bl. 415 f. d.A.), Wellnesskosten von 1.037,20 € gemäß Zusammenstellung im Schriftsatz vom 31.03.2020, Seite 68 (= Bl. 418 d.A.)). Auch diesbezüglich lässt

das sich im Verlauf des Rechtsstreits changierende Vorbringen des Beklagten schon nicht mit der notwendigen Trennungsschärfe erkennen, inwieweit es hinsichtlich der zugewandten Beträge und Gegenstände, die sich nach Art und Anlass unterscheiden, im Einzelnen konkrete Absprachen oder stillschweigende Übereinkünfte zwischen den Parteien gegeben hat oder ob den Ausgaben nur einseitige, sich möglicherweise widersprechende Erwartungshaltungen zugrunde lagen. Auch hier kann aus den oben genannten Gründen weder von einer Darlehensabsprache noch von einem wirksamen Schenkungswiderruf oder rückforderbaren gemeinschaftsbezogenen oder schadensrechtlichen Aufwendungen ausgegangen werden.

Auch soweit der Beklagte mit seiner Kreditkarte Kosten trug (für Mode und Accessoires von 30.804,72 € gemäß Zusammenstellung im Schriftsatz vom 31.03.2020, Seite 9/10 (= Bl. 359 f. d.A.), für eigene bzw. ursprünglich gemeinsam geplante Reisen der Klägerin von 27.610,67 € gemäß Zusammenstellung im Schriftsatz vom 31.03.2020, Seite 13-18 (= Bl. 363 ff. d.A.), für gemeinsame Reisen von 55.581,50 € gemäß Zusammenstellung im Schriftsatz vom 31.03.2020, Seite 62 (= Bl. 412 d.A.), für Restaurantbesuche von 6.948,60 € gemäß Zusammenstellung im Schriftsatz vom 31.03.2020, Seite 66/67 (= Bl. 416 f. d.A.)) kann auf das oben Gesagte verwiesen werden. Es bleibt unklar, welche Absprachen und übereinstimmenden Vorstellungen der Parteien bei der Übernahme bestanden haben. Soweit es hier um eine ausdrückliche oder konkludente Darlehensvereinbarung gegangen sein sollte, fehlt es an einem Beweisangebot. Im Falle von unentgeltlichen Zuwendungen stellt sich wiederum die Problematik, dass diese im Rahmen der üblichen Lebensgestaltung durch eine Vielzahl von Einzelverfügungen erfolgten und ihnen danach keine herausgehobene Bedeutung zukam, so dass nicht erkennbar ist, dass aus der Hingabe eine besondere Rücksichtnahme und Dankbarkeit gerade im Rahmen einer sehr streitigen Trennung geschuldet war bzw. ein unterbleibender Ausgleich sich als grob unbillig darstellte.

Soweit der Beklagte ausgeführt hat, bei der Übernahme der Kosten für den Einbauschrank (ursprünglich in Höhe von 12.000,00 €, später in Höhe von 8.088,43 € geltend gemacht) habe er erwarten können, dass ihm die Klägerin diese Ausgaben ersetzen würde, trägt er die Vereinbarung eines Darlehens vor, ohne dies unter Beweis gestellt zu haben. Aufgrund dessen kann er sich auch nicht auf eine Schenkung oder die Vornahme einer gemeinschaftsbezogenen Zuwendung berufen, zumal es auch insoweit an den weiteren Voraussetzungen eines entsprechenden Zahlungsanspruchs fehlen würde.

Ebenso ergibt sich kein Rückforderungsanspruch aus § 695 BGB, soweit der Beklagte geltend macht, die Klägerin habe für ihn 20.000,00 € verwahrt. Nach dem von dem Senat gemäß § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO zugrunde zu legenden Maßstab (vgl. BGH, Beschluss vom 3. September 2020 - I ZR 186/19 -, Rn. 16, juris) stellen sich die Feststellungen des Landgerichts dazu, dass der Beklagte nicht bewiesen habe, dass er der Klägerin am 26.02.2019 20.000,00 € in bar zu Verwahrung übergeben habe, frei von Rechtsfehlern dar. Die erfolgte tatrichterliche Würdigung ist in sich widerspruchsfrei, läuft weder Denkgesetzen noch allgemeinen Erfahrungssätzen zuwider und lässt auch nicht Teile des Beweisergebnisses ungewürdigt. Wie das Landgericht ausgeführt hat, vermochte der Zeuge nur zu berichten, dass er den Beklagten auf dessen Bitte zur Bank1 gefahren habe, weil dieser 20.000,00 € habe abheben wollen, und diesen anschließend weiter zur Beklagten gefahren habe. Dabei habe er vor der Bank1 im Auto gewartet und anschließend weder das Geld noch einen Umschlag, eine Tasche o.ä. gesehen. Er habe den Beklagten in der Straße1 abgesetzt und sei anschließend weitergefahren. Der Beklagte habe ihm gesagt, dass er das Geld zur Klägerin habe bringen sollen. Für welchen Zweck dies habe geschehen sollen, sei ihm nicht gesagt worden. Auf der Grundlage dieser Angaben ist es nicht zu beanstanden, wenn das Landgericht davon ausgegangen ist, dass weder die Geldübergabe an die Klägerin noch die Vereinbarung einer Verwahrung nachgewiesen seien, zumal auch nach dem Vorbringen des Beklagten eine logische Erklärung für die behauptete Verwahrung offenbleibt.

Ebenso scheidet der nunmehr nicht mehr im Wege des Wertersatzes, sondern im Rahmen einer sachdienlichen Klageänderung (§ 533 ZPO) als Herausgabeanspruch gemäß den §§ 530 Abs. 1, 531, 812 Abs. 1 S. 2 BGB geltend gemachte Anspruch auf Rückgabe der Diamantohrringe aus. Die Parteien tragen diesbezüglich übereinstimmend eine Schenkung vor. Bei der Abwägung, ob es die Klägerin an der geschuldeten Dankbarkeit fehlen ließ, hebt sich dieses Geschenk zwar durch seinen Wert von den übrigen in der Beziehung getätigten Alltagsanschaffungen wie etwa Kleidung und Restaurantkosten ab. Der Anlass des Geschenks bleibt jedoch unklar. Während die Klägerin durchaus naheliegend von einem Geburtstagsgeschenk im ... 2019 spricht, schweigt der Beklagte hierzu und gibt nur an, die Ohrringe erst im Oktober 2019 geschenkt zu haben. Daher ergeben sich keine Hinweise dahin, dass und inwieweit eine besondere Rücksichtnahme erwartet werden konnte. Auch diesbezüglich gilt ansonsten, dass aus den Anwürfen der Klägerin aus den wechselseitigen Kränkungen im hoch dynamischen Trennungsgeschehen und aus der emotional aufgeladenen Stimmung heraus, die jedenfalls teilweise durch objektive Anlässe gedeckt waren, noch keine relevante Undankbarkeit hergeleitet werden können.

Auch soweit der Beklagte mit seiner Berufung zulässigerweise die im Rahmen der Gesamtkostenentscheidung getroffene Kostenentscheidung nach § 91a Abs. 1 ZPO hinsichtlich der für erledigt erklärten Klage angreift (vgl. Zöller/Althammer, ZPO, 34. Aufl., § 91a Rn. 54, 56), hat das Rechtsmittel keinen Erfolg.

Da die Widerklage ohne Erfolg bleibt, war die spiegelbildliche umgekehrte negative Feststellungsklage der Klägerin ursprünglich begründet.

Da der Beklagte den Schaden am Leasingfahrzeug der Klägerin jedenfalls mindestens fahrlässig verursacht hat - falls nicht wäre dies wegen der Haftung gemäß den §§ 7, 17 StVG unerheblich -, war er zum Ersatz verpflichtet. Bei Leasingfahrzeugen geht üblicherweise die Sachgefahr auf den Leasingnehmer über. Dementsprechend hat auch vorliegend die Leasinggeberin unter Bezugnahme auf entsprechende Regelung in den Leasingbedingungen bestätigt, dass die Klägerin berechtigt und verpflichtet sei, Fahrzeugschäden im eigenen Namen geltend zu machen (Anlage K 15 = Bl. 326 f. d.A.).

Nachdem die Feststellungsklage durch die Erhebung der Leistungsklage durch den Beklagten unzulässig wurde und der Schaden von dem Haftpflichtversicherer des Beklagten übernommen wurde, hat sich die ursprünglich zulässige und begründete Klage erledigt, so dass es billigem Ermessen i.S.d. § 91a ZPO entspricht, dass das Landgericht die diesbezüglichen Kosten dem Beklagten auferlegt hat.

Dem Beklagten kann nicht gefolgt werden, dass sich eine Kostentragungspflicht der Klägerin aus einer verspäteten Erledigungserklärung ergibt. Die von ihm in Bezug genommene Rechtsprechung zur Kostentragung bei Verstoß gegen die Kostengeringshaltungspflicht (vgl. BGH, Beschluss vom 31. August 2010 - X ZB 3/09 -, Rn. 6, juris; OLG Frankfurt, Beschluss vom 19. Dezember 2016 - 6 U 185/16 -, Rn. 5, juris; Althammer in: Zöller, ZPO, 34. Aufl., § 91a Rn. 48) ist nicht einschlägig, nachdem auch nicht erkennbar ist, dass durch das Prozessverhalten der Klägerin besondere Kosten entstanden sind.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Gründe für eine Zulassung der Revision (§ 543 Abs. 2 ZPO) sind nicht ersichtlich. Maßgebend für die getroffene Entscheidung waren die konkreten Umstände des vorliegenden Einzelfalls, die der Senat auf der Grundlage der höchstrichterlichen Vorgaben in den o.g. Entscheidungen des Bundesgerichtshofs bewertet hat.

Entscheidung 5 - BGH Beschluss vom 12.10.2022 – XII ZB 450/21

Gründe:

A.

Der Antragsgegner wendet sich in einem vereinfachten Unterhaltsverfahren gegen die Verwerfung seiner Beschwerde.

Er ist der Vater der im Juli 2012 geborenen Antragstellerin. Die Rechtspflegerin des Amtsgerichts hat den vom Antragsgegner für die Antragstellerin zu zahlenden rückständigen und laufenden Kindesunterhalt ohne mündliche Verhandlung mit Beschluss vom 10. März 2021, der am 11. März 2021 an die Geschäftsstelle übergeben worden ist, festgesetzt. Gegen diesen Beschluss hat der Antragsgegner Beschwerde eingelegt und diese allein auf Einwendungen gestützt, die von ihm erstmals am 17. März 2021 geltend gemacht worden sind. Das Oberlandesgericht hat die Beschwerde verworfen. Hiergegen wendet sich der Antragsgegner mit seiner Rechtsbeschwerde.

B.

Die Rechtsbeschwerde hat keinen Erfolg.

I.

Sie ist allerdings zulässig.

1. Die Rechtsbeschwerde ist gemäß §§ 112 Nr. 1, 117 Abs. 1 Satz 4 FamFG, §§ 522 Abs. 1 Satz 4, 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO auch ohne Zulassung statthaft.

Die Vorschrift des § 117 Abs. 1 Satz 4 FamFG, die mit dem darin enthaltenen Verweis auf § 522 Abs. 1 Satz 4 ZPO bei der Verwerfung einer Beschwerde eine zulassungsfrei statthafte Rechtsbeschwerde anordnet (Senatsbeschluss vom 20. Juni 2018 - XII ZB 285/17 - FamRZ 2018, 1347 Rn. 14), kommt auch in einem vereinfachten Unterhaltsverfahren nach den §§ 249 ff. FamFG - wie dem vorliegenden - zur Anwendung (vgl. OLG Dresden FamRZ 2017, 1244; OLG Frankfurt [4. Senat für Familiensachen] Rpfleger 2018, 84; OLG Frankfurt [5. Senat für Familiensachen] FamRZ 2018, 115; OLG Brandenburg [4. Senat für Familiensachen] FamRZ 2017, 230; OLG Jena FamRZ 2015, 1513; OLG Saarbrücken [1. Senat für Familiensachen] Beschluss vom 29. Oktober 2020 - 6 WF 140/20 - juris Rn. 3; Zöller/Lorenz ZPO 34. Aufl. § 256 FamFGRn. 7; BeckOK FamFG/Weber [Stand: 1. April 2022] § 117 Rn. 1; Bahrenfuss/Blank FamFG 3. Aufl. § 117 Rn. 2; Prütting/Helms/Bömelburg FamFG 5. Aufl. § 256 Rn. 34; Langheim in Dutta/Jacoby/Schwab FamFG 4. Aufl. § 256 Rn. 19; aA OLG Brandenburg [5. Senat für Familiensachen] FamRZ 2014, 681; MünchKommFamFG/Macco 3. Aufl. § 256 Rn. 10; Wendl/Dose/Schmitz Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis 10. Aufl. § 10 Rn. 685; wohl auch OLG Saarbrücken [2. Senat für Familiensachen] FamRZ 2011, 49). Denn § 117 Abs. 1 Satz 4 FamFG gilt nach seinem Wortlaut für alle Ehe- und Familienstreitsachen (vgl. Senatsbeschluss vom 27. November 2013 - XII ZB 464/13 - NZFam 2014, 141 Rn. 4). Bei dem vereinfachten Unterhaltsverfahren nach den §§ 249 ff. FamFG handelt es sich gemäß § 231 Abs. 1 Nr. 1 FamFG um eine Unterhaltssache und damit gemäß § 112 Nr. 1 FamFG um eine Familienstreitsache. § 257 FamFG, der besondere Verfahrensvorschriften für das vereinfachte Unterhaltsverfahren vorsieht, enthält keine den § 117 Abs. 1 Satz 4 FamFG modifizierenden Regelungen.

Teleologische oder sich aus der Gesetzgebungsgeschichte ergebende Gründe (vgl. dazu BT-Drucks. 16/6308 S. 372, 412) dafür, dass es in einem vereinfachten Unterhaltsverfahren abweichend von § 117 Abs. 1 Satz 4 FamFG im Fall der Verwerfung einer Beschwerde der Zulassung der Rechtsbeschwerde bedarf, liegen nicht vor. Mit dem in dieser Vorschrift enthaltenen Verweis auf §

522 Abs. 1 Satz 4 ZPO wollte der Gesetzgeber einen Gleichklang mit der Berufung erreichen. Ebenso wie die Verwerfung der Berufung sollte damit auch die entsprechende Entscheidung des Beschwerdegerichts in Ehe- und Familienstreitsachen mit der Rechtsbeschwerde angefochten werden können, ohne dass diese zugelassen sein muss (Senatsbeschluss vom 9. Dezember 2015 - XII ZB 614/14 - FamRZ 2016, 452 Rn. 8). Der Grund dafür, dass bei einer Verwerfung der Berufung (in Ehe- und Familienstreitsachen im Sinne des § 117 Abs. 1 FamFG der Beschwerde) als unzulässig die zulassungsfreie Rechtsbeschwerde (§§ 522 Abs. 1 Satz 4, 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO) eröffnet ist, ist dabei im Wesentlichen darin zu sehen, dass eine das Rechtsmittel als unzulässig verwerfende Entscheidung der revisions- bzw. rechtsbeschwerdegerichtlichen Nachprüfung stets zugänglich sein soll, damit sich das Berufungs- bzw. Beschwerdegericht nicht unberechtigt einer Sachentscheidung über das Rechtsmittel entziehen kann. Zudem soll damit der Bundesgerichtshof als Revisions- und Rechtsbeschwerdegericht die Möglichkeit erhalten, Einfluss auf die Anwendung und Auslegung der formalen Zulässigkeitsvoraussetzungen für die Berufung oder Beschwerde zu nehmen (Senatsbeschluss vom 23. Juni 2021 - XII ZB 588/20 - FamRZ 2021, 1729 Rn. 16). Diese Erwägungen gelten auch für das vereinfachte Unterhaltsverfahren.

2. Die Voraussetzungen des § 574 Abs. 2 Nr. 1 ZPO liegen wegen grundsätzlicher Bedeutung der Sache vor (vgl. dazu Senatsbeschluss vom 17. Oktober 2018 - XII ZB 641/17 - FamRZ 2019, 229 Rn. 16).

II.

In der Sache hat die Rechtsbeschwerde aber keinen Erfolg.

1. Das Beschwerdegericht hat seine Entscheidung wie folgt begründet:

Die Beschwerde des Antragsgegners sei unzulässig. Sie sei ausschließlich auf Einwendungen nach § 252 Abs. 2 bis 4 FamFG gestützt. Damit sei der Antragsgegner im Beschwerdeverfahren jedoch gemäß § 256 Satz 2 FamFG ausgeschlossen. Denn er habe seine Einwendungen trotz der ihm vom Amtsgericht eingeräumten Möglichkeit nicht vor Erlass des Festsetzungsbeschlusses geltend gemacht.

2. Das hält rechtlicher Nachprüfung stand.

a) Nach § 256 Satz 2 FamFG ist eine Beschwerde in einem vereinfachten Unterhaltsverfahren unzulässig, wenn sie sich auf Einwendungen nach § 252 Abs. 2 bis 4 FamFG stützt, die nicht erhoben waren, bevor der Festsetzungsbeschluss erlassen war. Ohne Erfolg macht die Rechtsbeschwerde geltend, dass der Antragsgegner seine Einwendungen rechtzeitig im Sinne von § 256 Satz 2 FamFG, nämlich vor Erlass des Festsetzungsbeschlusses, erhoben habe, weil es mangels Verkündung des Festsetzungsbeschlusses bereits an einem wirksamen Beschlusserlass fehlte. Denn im vorliegenden Fall ist, wovon das Beschwerdegericht zutreffend ausgegangen ist, der Erlass des Festsetzungsbeschlusses mit dessen Übergabe an die Geschäftsstelle am 11. März 2021 erfolgt.

Entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde war für den Erlass des Festsetzungsbeschlusses dessen Verkündung nicht erforderlich. Zwar geht die Rechtsbeschwerde im Ausgangspunkt zutreffend davon aus, dass Entscheidungen in einer - hier vorliegenden - Familienstreitsache grundsätzlich nach § 113 Abs. 1 Satz 2 FamFG iVm § 311 Abs. 2 Satz 1 ZPO zu verkünden sind (vgl. Senatsbeschluss vom 25. Januar 2017 - XII ZB 504/15 - FamRZ 2017, 821 Rn. 9 mwN). Dies gilt aber nicht für einen Festsetzungsbeschluss nach § 253 FamFG, sofern er - wie hier - ohne mündliche Verhandlung ergangen ist. Dieser Beschluss kann vielmehr durch Übergabe an die Geschäftsstelle erlassen werden (vgl. OLG Bamberg FamRZ 2018, 116; Wendl/Dose/Schmitz Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis 10. Aufl. § 10 Rn. 671, 674; Schwamb in Bumiller/Harders/Schwamb FamFG 12. Aufl. § 252 Rn. 16; Keidel/Giers FamFG 20. Aufl. § 252 Rn. 13; Zöller/Lorenz ZPO 34. Aufl. §

252 FamFG Rn. 11 und § 253 FamFG Rn. 3; MünchKommFamFG/Macco 3. Aufl. § 252 Rn. 26 und § 256 Rn. 4; Langheim in Dutta/Jacoby/Schwab FamFG 4. Aufl. § 252 Rn. 22).

aa) Das vereinfachte Unterhaltsverfahren, das eine dem Mahnverfahren ähnliche Ausgestaltung hat (vgl. Senatsbeschluss vom 28. Mai 2008 - XII ZB 34/05 - FamRZ 2008, 1428 Rn. 25), wurde durch das Gesetz zur Vereinheitlichung des Unterhaltsrechts minderjähriger Kinder vom 6. April 1998 (KindUG; BGBl. I S. 666) mit den Vorschriften der §§ 645 ff. ZPO eingeführt. Ausweislich der Gesetzesbegründung sollte damit ein schnelles Verfahren geschaffen werden, mit dem minderjährige Kinder im Beschlusswege einen Vollstreckungstitel erlangen können (BT-Drucks. 13/7338 S. 36). § 649 Abs. 2 ZPO regelte, dass der Festsetzungsbeschluss ohne mündliche Verhandlung ergehen kann. In diesem Fall bedurfte er gemäß § 329 ZPO auch nicht der Verkündung (vgl. Zöller/Philippi ZPO 22. Aufl. [2001] § 649 Rn. 3; vgl. auch Thomas/Putzo/ Hüßtege ZPO 23. Aufl. [2001] § 649 Rn. 1).

§ 649 Abs. 2 ZPO wurde durch das Gesetz zur Reform des Zivilprozesses vom 27. Juli 2001 (BGBl. I S. 1887, 1905) zwar aufgehoben. Als Grund dafür hat der Gesetzgeber aber angegeben, es handle sich hierbei (lediglich) um eine Folgeänderung zur neu geschaffenen Regelung des § 128 Abs. 4 ZPO, die nunmehr als Generalklausel eine fakultative mündliche Verhandlung für alle Entscheidungen vorsehe, die - wie der Festsetzungsbeschluss nach § 649 ZPO - keine Urteile seien (BT-Drucks. 14/4722 S. 69, 120). Auch nach dieser Gesetzesänderung konnte der Festsetzungsbeschluss im vereinfachten Unterhaltsverfahren somit weiterhin - nunmehr nach § 128 Abs. 4 ZPO - ohne mündliche Verhandlung ergehen (vgl. dazu auch Senatsbeschluss vom 2. November 2011 - XII ZB 458/10 - FamRZ 2012, 110 Rn. 33). Eine Entscheidung nach § 128 Abs. 4 ZPO wird, sofern tatsächlich keine mündliche Verhandlung stattfindet, ebenfalls gemäß § 329 ZPO nicht verkündet (vgl. Zöller/Greger ZPO 34. Aufl. § 128 Rn. 18; Saenger/Wöstmann ZPO 9. Aufl. § 128 Rn. 15).

Mithin war nach zivilprozessualen Grundsätzen der Festsetzungsbeschluss nach § 649 ZPO nicht zu verkünden, sofern er ohne mündliche Verhandlung ergangen war.

bb) Daran hat sich durch das Gesetz zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Dezember 2008 (BGBl. I S. 2586) nichts geändert. Mit diesem Gesetz wurde das vereinfachte Unterhaltsverfahren zwar aus der Zivilprozessordnung herausgelöst und in den §§ 249 ff. FamFG neu geregelt. Ausweislich der Gesetzesbegründung entspricht die Vorschrift des § 253 FamFG, die nunmehr den Festsetzungsbeschluss regelt, aber dem bisherigen § 649 ZPO (vgl. BT-Drucks. 16/6308 S. 261).

Gleiches gilt für das Gesetz zur Änderung des Unterhaltsrechts und des Unterhaltsverfahrensrechts sowie zur Änderung der Zivilprozessordnung und kostenrechtlicher Vorschriften vom 20. November 2015 (BGBl. I S. 2018). Mit diesem Gesetz wurden die §§ 252 Abs. 5, 256 Satz 2 FamFG an die Terminologie des § 38 Abs. 3 Satz 3 FamFG angepasst, um klarzustellen, dass hinsichtlich der Berücksichtigungsfähigkeit von Einwendungen im vereinfachten Unterhaltsverfahren auf den Zeitpunkt des Erlasses des Festsetzungsbeschlusses abzustellen ist (vgl. BT-Drucks. 18/5918 S. 21). Änderungen hinsichtlich der Verlautbarungsform des Festsetzungsbeschlusses selbst gingen damit aber nicht einher.

cc) Mithin kann der in einem vereinfachten Unterhaltsverfahren ergehende Festsetzungsbeschluss nach § 253 FamFG gemäß § 113 Abs. 1 Satz 2 FamFG iVm § 128 Abs. 4 ZPO ohne mündliche Verhandlung ergehen (vgl. BeckOK FamFG/Weber [Stand: 1. April 2022] § 253 Rn. 3; Prütting/Helms/Bömelburg FamFG 5. Aufl. § 253 Rn. 5; Fuhrmann/Forbriger in Schulz/Hauß Familienrecht 1. Aufl. § 253 Rn. 4; Haußleiter/Eickelmann FamFG 2. Aufl. § 253 Rn. 7; Langheim in Dutta/Jacoby/Schwab FamFG 4. Aufl. § 253 Rn. 6) und bedarf in diesem Fall auch nicht der Verkündung. Eine nicht verkündete Entscheidung ist nach der Vorschrift des § 38 Abs. 3 Satz 3 FamFG,

die nach § 113 Abs. 1 Satz 1 FamFG auch in der vorliegenden Familienstreitsache zur Anwendung kommt (vgl. dazu auch BT-Drucks. 18/5918 S. 21), mit der Übergabe des unterzeichneten Beschlusses an die Geschäftsstelle erlassen (vgl. Senatsbeschlüsse vom 2. Juli 2018 - XII ZB 240/17 - FamRZ 2018, 1593 Rn. 9 und vom 3. November 2021 - XII ZB 289/21 - FamRZ 2022, 189 Rn. 10).

Das Beschwerdegericht ist somit zutreffend davon ausgegangen, dass der Antragsgegner seine erstmals am 17. März 2021 bei Gericht eingegangenen Einwendungen nach § 252 Abs. 2 bis 4 FamFG nicht vor Erlass des Festsetzungsbeschlusses, der bereits am 11. März 2021 erfolgt war, erhoben hat. Aus diesem Grund war die Beschwerde des Antragsgegners, wie das Beschwerdegericht ebenfalls zutreffend erkannt hat, gemäß § 256 Satz 2 FamFG bereits unzulässig (vgl. dazu BT-Drucks. 18/5918 S. 21; OLG Frankfurt [4. Senat für Familiensachen] Rpfleger 2018, 84; OLG Dresden FamRZ 2017, 1244; OLG Frankfurt [5. Senat für Familiensachen] FamRZ 2018, 115).

b) Ohne Erfolg wendet sich die Rechtsbeschwerde auch dagegen, dass das Beschwerdegericht die unzulässige Beschwerde des Antragsgegners nicht als Rechtspflegererinnerung im Sinne von § 11 Abs. 2 RPflG behandelt hat.

aa) Allerdings ist streitig, ob eine - wie hier - nach § 256 Satz 2 FamFG unzulässige Beschwerde zur Statthaftigkeit der Rechtspflegererinnerung nach § 11 Abs. 2 RPflG führt.

Teilweise wird dies unter Verweis auf die Entscheidung des Senats vom 28. Mai 2008 (XII ZB 104/06 - FamRZ 2008, 1433) befürwortet. Die verfassungsrechtliche Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG gebiete auch in Fällen wie dem vorliegenden, eine richterliche Kontrolle der Entscheidung des Rechtspflegers zu ermöglichen (vgl. OLG Frankfurt [6. Senat für Familiensachen] FamRZ 2015, 1993; OLG Naumburg Beschluss vom 31. Mai 2013 - 3 WF 132/13 - juris; OLG Brandenburg [4. Senat für Familiensachen] FamRZ 2012, 1894; OLG Köln Beschluss vom 30. März 2012 - 26 UFH 3/12 - juris; OLG Frankfurt [3. Senat für Familiensachen] FamRZ 2012, 465; Schwamb in Bumiller/Harders/Schwamb FamFG 12. Aufl. § 256 Rn. 3; Maurer FamRZ 2014, 1053, 1054).

Überwiegend wird hingegen im Fall der Unzulässigkeit einer Beschwerde nach § 256 Satz 2 FamFG die Rechtspflegererinnerung als nicht statthaft erachtet. Die Vorschrift des § 11 Abs. 2 RPflG erfasse nicht den Fall eines unzulässigen Rechtsmittels infolge einer vom Rechtsmittelführer selbst versäumten Frist. Dies sei auch verfassungsrechtlich nicht geboten (vgl. OLG Frankfurt [8. Senat für Familiensachen] Beschluss vom 27. Februar 2018 - 8 UF 12/18 - juris Rn. 14; OLG Frankfurt [5. Senat für Familiensachen] FamRZ 2018, 115; OLG Frankfurt [4. Senat für Familiensachen] Rpfleger 2018, 84; OLG Dresden FamRZ 2017, 1244; OLG Jena FamRZ 2015, 1513; OLG Brandenburg [5. Senat für Familiensachen] FamRZ 2014, 681; OLG Bremen FamRZ 2013, 560; Wendl/Dose/Schmitz Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis 10. Aufl. § 10 Rn. 685; Hintzen in Arnold/Meyer-Stolte/Rellermeier/Hintzen/Georg RPflG 9. Aufl. § 11 Rn. 128; Keidel/Giers FamFG 20. Aufl. § 256 Rn. 13; Prütting/Helms/Bömelburg FamFG 5. Aufl. § 256 Rn. 32; BeckOK FamFG/Weber [Stand: 1. April 2022] § 252 Rn. 30 und § 256 Rn. 12b; Borth/Grandel in Musielak/Borth FamFG 6. Aufl. § 256 Rn. 4; Bahrenfuss/Blank FamFG 3. Aufl. § 117 Rn. 2; Langheim in Dutta/Jacoby/Schwab FamFG 4. Aufl. § 256 Rn. 21; Zöllner/Lorenz ZPO 34. Aufl. § 256 FamFG Rn. 13).

bb) Die letztgenannte Auffassung ist jedenfalls für den hier zu entscheidenden Fall zutreffend.

(1) Nach § 11 Abs. 2 Satz 1 RPflG findet die Erinnerung gegen Entscheidungen des Rechtspflegers, gegen die ein Rechtsmittel nach den allgemeinen verfahrensrechtlichen Vorschriften nicht eingelegt werden kann, statt. Die Rechtspflegererinnerung ist danach immer dann eröffnet, wenn die Entscheidung, hätte sie ein Richter erlassen, im konkreten Fall unanfechtbar wäre, etwa weil von vornherein kein statthaftes Rechtsmittel gegeben oder ein statthaftes Rechtsmittel aus anderen Gründen unzulässig ist (Senatsbeschluss vom 22. März 2017 - XII ZB 391/16 - FamRZ 2017, 979 Rn. 8).

Die letztgenannte Voraussetzung liegt nach allgemeiner und zutreffender Ansicht nicht vor, wenn die Unzulässigkeit des Rechtsmittels auf die Nichtbeachtung von Form- und Fristenforderungen durch den Rechtsmittelführer zurückzuführen ist (vgl. OLG Dresden FamRZ 2017, 1244; OLG Nürnberg MDR 2005, 534; OLG Bremen FamRZ 2013, 560; Hintzen in Arnold/Meyer-Stolte/Herrmann/Rellermeyer/Hintzen RPflG 9. Aufl. § 11 Rn. 54; Zöller/Herget ZPO 34. Aufl. § 104 Rn. 15; Musielak/Voit/Flockenhaus ZPO 19. Aufl. § 104 Rn. 22; MünchKommZPO/Schulz 6. Aufl. § 104 Rn. 123; Anders/Gehle/Bünnigmann ZPO 80. Aufl. § 104 Rn. 44).

(2) Gemessen hieran findet die Rechtspflegererinnerung im vorliegenden Fall nicht statt.

Wäre der Festsetzungsbeschluss von einem Richter erlassen worden, hätte es hiergegen nicht von vornherein an einem statthaften Rechtsmittel gefehlt. Denn nach den §§ 256, 58 FamFG findet gegen den Festsetzungsbeschluss die Beschwerde statt.

Auch die Voraussetzungen, unter denen die Rechtspflegererinnerung eröffnet ist, weil das an sich statthafte Rechtsmittel aus anderen Gründen unzulässig ist, liegen nicht vor. Denn im vorliegenden Fall beruht die Unzulässigkeit der vom Antragsgegner eingelegten Beschwerde ausschließlich darauf, dass er die Ausschlussfrist der §§ 252 Abs. 5, 256 Satz 2 FamFG für die Geltendmachung von Einwendungen nicht eingehalten hat.

(3) Aus Art. 19 Abs. 4 GG ergibt sich im vorliegenden Fall nichts anderes.

Zwar hat der Senat aus der verfassungsrechtlichen Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG in bestimmten Fällen trotz Fehlens einer ausdrücklichen Regelung die Statthaftigkeit der Rechtspflegererinnerung hergeleitet (vgl. Senatsbeschluss vom 22. März 2017 - XII ZB 391/16 - FamRZ 2017, 979 Rn. 11 ff. mwN; vgl. dazu auch BT-Drucks. 13/10244 S. 7). Diese Notwendigkeit ergibt sich in der vorliegenden Konstellation, anders als die Rechtsbeschwerde meint, jedoch nicht.

(a) Die grundgesetzliche Garantie des Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG umfasst den Zugang zu den Gerichten, die Prüfung des Streitbegehrens in einem förmlichen Verfahren sowie die verbindliche gerichtliche Entscheidung (BVerfGE 107, 395 = FamRZ 2003, 995, 996). Mit Art. 19 Abs. 4 GG steht es daher nicht im Einklang, wenn hinsichtlich einer Entscheidung des Rechtspflegers einem Beteiligten im Ergebnis jede Möglichkeit einer richterlichen Überprüfung verwehrt wird (vgl. BVerfGE FamRZ 2001, 828).

Die Rechtsschutzgewährleistung des Art. 19 Abs. 4 GG erfordert aber keine voraussetzungslose Zugänglichkeit des Rechtswegs. Die Ausgestaltung der Voraussetzungen und Bedingungen des Zugangs zum Gericht bleibt vielmehr den jeweils geltenden Prozessordnungen überlassen. Dabei kann der Gesetzgeber auch Regelungen treffen, die für ein Rechtsschutzbegehren besondere formelle Voraussetzungen aufstellen und sich dadurch für den Rechtsuchenden einschränkend auswirken. Der Anspruch des Einzelnen auf eine tatsächlich wirksame gerichtliche Kontrolle darf lediglich nicht in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigender Weise erschwert werden (BVerfGE 101, 397 = FamRZ 2000, 731, 733).

(b) Nach diesen Grundsätzen gebietet Art. 19 Abs. 4 GG im vorliegenden Fall nicht die Eröffnung der Rechtspflegererinnerung.

(aa) Die Vorschrift des § 256 Satz 2 FamFG beinhaltet keinen generellen Rechtswegausschluss. Denn sie verwehrt dem Antragsgegner nicht jede Möglichkeit einer richterlichen Überprüfung des Festsetzungsbeschlusses auf Einwendungen nach § 252 Abs. 2 bis 4 FamFG, sondern schränkt den

Zugang zum Beschwerdegericht lediglich dadurch ein, dass die Einwendungen erhoben sein müssen, bevor der Feststellungsbeschluss erlassen war.

Insoweit unterscheidet sich der hier zu entscheidende Fall auch maßgeblich von dem vom Senat am 28. Mai 2008 (XII ZB 104/06 - FamRZ 2008, 1433) entschiedenen, auf den sich die Rechtsbeschwerde stützt. In diesem Fall hatte der Senat die Statthaftigkeit der Rechtspflegererinnerung mit Blick auf Art. 19 Abs. 4 GG deshalb bejaht, weil der dortige Antragsteller eines vereinfachten Unterhaltsverfahrens von Anfang an keine Möglichkeit hatte, gegen den Festsetzungsbeschluss eine Beschwerde in zulässiger Weise einzulegen, da ihm mit seinen erhobenen Einwänden von vornherein keine Anfechtungsgründe nach § 652 Abs. 2 ZPO (jetzt: § 256 FamFG) zur Seite gestanden haben (vgl. Senatsbeschluss vom 28. Mai 2008 - XII ZB 104/06 - FamRZ 2008, 1433 Rn. 14 ff.). Im vorliegenden Fall hingegen hatte der Antragsgegner die Möglichkeit, eine Beschwerde in zulässiger Weise einzulegen. Denn die Beschwerde kann grundsätzlich auch auf die vom Antragsgegner erhobenen Einwendungen nach § 252 Abs. 2 bis 4 FamFG gestützt werden. Unzulässig war das Rechtsmittel lediglich deshalb, weil der Antragsgegner seine Einwendungen verspätet im Sinne von § 256 Satz 2 FamFG geltend gemacht hat.

(bb) Die mit der Vorschrift des § 256 Satz 2 FamFG einhergehende Rechtswegerschwerung als solche hat den Anspruch des Antragsgegners auf eine tatsächlich wirksame gerichtliche Kontrolle auch nicht in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigender Weise erschwert.

§ 256 Satz 2 FamFG beruht auf dem sachlichen Grund, einem minderjährigen Kind einen einfachen und schnellen Vollstreckungstitel über den Unterhalt zu verschaffen (vgl. Senatsbeschluss vom 28. Mai 2008 - XII ZB 34/05 - FamRZ 2008, 1428 Rn. 20; Senatsurteil vom 2. Oktober 2002 - XII ZR 346/00 - FamRZ 2003, 304, 305; BT-Drucks. 16/6308 S. 261 iVm BT-Drucks. 13/7338 S. 36; BT-Drucks. 14/7349 S. 26). Dem Antragsgegner eines vereinfachten Unterhaltsverfahrens, auf den die Rechtswegerschwerung vorwiegend abzielt, steht dabei nach § 253 Abs. 1 Satz 1 iVm § 251 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 FamFG vor Erlass des Festsetzungsbeschlusses auch ein ausreichender Zeitraum von jedenfalls einem Monat (vgl. dazu BVerfGE 61, 82 = NJW 1982, 2173, 2177) zur Verfügung, um Einwendungen nach § 252 Abs. 2 bis 4 FamFG geltend machen zu können, die er sodann auch in einem richterlichen Rechtsmittelverfahren in zulässiger Weise erheben kann (vgl. dazu OLG Hamburg FamRZ 2021, 1138; OLG Celle FamRZ 2012, 141). Diese Frist ist vorliegend von der Rechtspflegerin des Amtsgerichts beachtet worden. Ein unverschuldetes Fristversäumnis seitens des Antragsgegners wird mit der Rechtsbeschwerde nicht geltend gemacht.

Daneben stand bzw. steht dem Antragsgegner auch die Möglichkeit zur Verfügung, richterlichen Rechtsschutz gegen den Festsetzungsbeschluss im Wege eines sogenannten Korrekturverfahrens nach § 240 FamFG (vgl. Senatsbeschluss vom 14. Oktober 2015 - XII ZB 150/15 - FamRZ 2016, 115 Rn. 4) zu erlangen. Der Gegenstand dieses Korrekturverfahrens ist dabei nicht auf die Abänderung der Entscheidung wegen einer wesentlichen Veränderung der Verhältnisse beschränkt (vgl. Senatsurteil vom 2. Oktober 2002 - XII ZR 346/00 - FamRZ 2003, 304 zu § 654 ZPO). Vielmehr findet in diesem Verfahren eine Anpassung des vom Rechtspfleger titulierten Unterhalts an den nach den konkreten Gegebenheiten des Einzelfalls geschuldeten Betrag statt (vgl. BT-Drucks. 16/6308 S. 258 f. iVm BT-Drucks. 13/7338 S. 43; Keidel/Meyer-Holz FamFG 20. Aufl. § 240 Rn. 2; Prütting/Helms/Bömelburg FamFG 5. Aufl. § 256 Rn. 32). Wird der Antrag auf Herabsetzung des Unterhalts von einem Unterhaltsschuldner innerhalb eines Monats nach Rechtskraft der Unterhaltsfestsetzung erhoben, kann diese gemäß § 240 Abs. 2 Satz 1 FamFG auch rückwirkend abgeändert werden (vgl. Senatsurteil vom 2. Oktober 2002 - XII ZR 346/00 - FamRZ 2003, 304 zu § 654 ZPO).

In dieser Gesamtschau (vgl. OLG Frankfurt [5. Senat für Familiensachen] FamRZ 2018, 115; OLG Frankfurt [4. Senat für Familiensachen] Rpfleger 2018, 84; Wendl/Dose/Schmitz Das Unterhaltsrecht in

der familienrichterlichen Praxis 10. Aufl. § 10 Rn. 685) ist der Rechtsweg für den Antragsgegner im vorliegenden Fall nicht unzumutbar erschwert. Mithin ist auch die Eröffnung der Rechtspflegererinnerung nicht geboten.

Entscheidung 6 - BGH Beschluss vom 25.1.2023 – XII ZB 29/20

Gründe:

I.

Das Verfahren betrifft die Ersetzung der Einwilligung des beteiligten Kindesvaters in die Einbenennung des 2008 geborenen Kindes.

Das aus der Ehe der beteiligten Eltern hervorgegangene Kind trägt den Nachnamen des Kindesvaters. Die Ehe wurde im Jahr 2010 geschieden. Die Kindesmutter ist wiederverheiratet und hat den Namen ihres heutigen Ehemanns angenommen. Der Kindesmutter ist das Aufenthaltsbestimmungsrecht übertragen worden. Wegen weiterer sorgerechtlicher Befugnisse hat der Kindesvater ihr Vollmacht erteilt.

Die Kindesmutter hat die Ersetzung der Einwilligung des Kindesvaters in die Einbenennung des Kindes beantragt. Das Kind hat der Einbenennung zugestimmt. Das Amtsgericht hat den Antrag zurückgewiesen. In der Rechtsbehelfsbelehrung ist darauf hingewiesen, dass der Beschluss mit der „sofortigen Beschwerde“ angefochten werden könne, welche beim Amtsgericht „oder“ beim Oberlandesgericht einzulegen sei. Das Oberlandesgericht hat auf das bei ihm von der anwaltlich nicht vertretenen Kindesmutter eingelegte Rechtsmittel die Einwilligung des Kindesvaters in die Erteilung des Ehenamens für das Kind antragsgemäß ersetzt.

Dagegen richtet sich die zugelassene Rechtsbeschwerde des Kindesvaters, der die Verwerfung, hilfsweise die Zurückweisung der Erstbeschwerde erstrebt.

II.

Das Rechtsmittel führt zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und zur Zurückverweisung der Sache an das Beschwerdegericht.

1. Der angefochtene Beschluss ist nicht bereits wegen Unzulässigkeit der (Erst-)Beschwerde aufzuheben. Denn der Kindesmutter ist von Amts wegen Wiedereinsetzung in die versäumte Beschwerdeeinlegungsfrist zu gewähren.

Zwar rügt die Rechtsbeschwerde mit Recht, dass die Beschwerde nicht in zulässiger Weise eingelegt worden ist. Die Kindesmutter hat diese nicht, wie in § 64 Abs. 1 Satz 1 FamFG vorgeschrieben, beim Amtsgericht, sondern beim Beschwerdegericht eingereicht. Eine Verwerfung der Beschwerde ist dennoch nicht auszusprechen, weil der Kindesmutter von Amts wegen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren ist, was unter den besonderen Umständen des vorliegenden Falls auch in der Rechtsbeschwerdeinstanz erfolgen kann.

a) Das Verfahren auf Ersetzung der Einwilligung in die Einbenennung ist eine Kindschaftssache im Sinne von § 151 Nr. 1 FamFG. Die in dem Verfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit ergehende Endentscheidung unterliegt daher gemäß § 58 FamFG der Beschwerde, welche nach § 64 Abs. 1 Satz 1 FamFG bei dem Gericht einzulegen ist, dessen Beschluss angefochten wird. Das gilt gemäß § 11 Abs. 1 RPfLG auch bei funktioneller Zuständigkeit des Rechtspflegers, die hier aufgrund von § 3 Nr. 2 lit. a RPfLG gegeben ist. Durch die Einlegung der Beschwerde beim Beschwerdegericht ist vorliegend mithin die Beschwerdefrist nach § 63 Abs. 1 FamFG nicht gewahrt worden.

b) Der Kindesmutter ist indessen gemäß § 17 Abs. 1 FamFG Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren, weil sie ohne ihr Verschulden verhindert war, die gesetzliche Beschwerdefrist einzuhalten. Nach § 17 Abs. 2 FamFG wird ein Fehlen des Verschuldens vermutet, wenn eine Rechtsbehelfsbelehrung unterblieben oder fehlerhaft ist. Die im Beschluss des Amtsgerichts enthaltene Rechtsbehelfsbelehrung ist fehlerhaft. Entgegen den darin enthaltenen Angaben konnte die (richtig:) Beschwerde nicht in wirksamer Form beim Oberlandesgericht eingelegt werden. Aufgrund der fehlerhaften Rechtsbehelfsbelehrung ist der nicht anwaltlich vertretenen Kindesmutter nicht anzulasten, dass sie die Beschwerde beim in der Rechtsbehelfsbelehrung als empfangszuständig angeführten Beschwerdegericht eingelegt hat. Dass die Kindesmutter insoweit kein Verschulden trifft, wird damit übereinstimmend auch von der Rechtsbeschwerde nicht in Frage gestellt.

c) Der Senat kann die Wiedereinsetzung in eigener Zuständigkeit bewilligen (vgl. BGH Beschluss vom 15. Juli 2021 – IX ZB 73/19 – NJW 2022, 199 Rn. 5). Eines Wiedereinsetzungsantrags nach § 18 Abs. 1 FamFG bedurfte es hierzu nicht, weil die Wiedereinsetzung nach § 18 Abs. 3 Satz 3 FamFG von Amts wegen zu gewähren ist.

aa) Die Nachholung der Beschwerdeeinlegung durch (erneute) Einreichung einer Beschwerdeschrift beim Amtsgericht war in der vorliegenden Fallkonstellation entbehrlich. Denn das Beschwerdegericht wäre nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gehalten gewesen, das fälschlicherweise bei ihm eingelegte Rechtsmittel im Rahmen des üblichen Geschäftsgangs an das für den Empfang zuständige Amtsgericht weiterzuleiten (vgl. Senatsbeschluss vom 17. August 2011 – XII ZB 50/11 – FamRZ 2011, 1649 Rn. 19 ff. mwN; BGH Beschluss vom 19. September 2017 – VI ZB 37/16 – FamRZ 2018, 282 Rn. 5 mwN). Zwar steht dies grundsätzlich unter der zusätzlichen Voraussetzung, dass die Frist durch die Weiterleitung im ordentlichen Geschäftsgang noch eingehalten werden kann. Wenn aber die fehlerhafte Adressierung durch eine unrichtige Rechtsbehelfsbelehrung im Ausgangsbeschluss verursacht worden ist, genügt es bereits, dass durch die Weiterleitung jedenfalls die Frist zur Nachholung nach § 18 Abs. 3 Satz 2 FamFG (ebenso § 236 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 1 ZPO) noch gewahrt werden kann. Die Weiterleitung reicht zur Wiedereinsetzung aus, wenn die Voraussetzungen einer Bewilligung von Amts wegen nach § 18 Abs. 3 Satz 3 FamFG (ebenso § 236 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 2 ZPO) gegeben sind.

bb) Nach diesen Maßstäben hätte die Einlegung im vorliegenden Fall durch Weiterleitung an das Amtsgericht im Sinne von § 18 Abs. 3 Satz 2 FamFG nachgeholt werden müssen, ohne dass es eines erneuten Tätigwerdens der Kindesmutter bedurfte. Dadurch wäre auch die Wiedereinsetzungsfrist nach § 18 Abs. 1 Satz 1 FamFG ohne weiteres gewahrt worden, weil diese wegen unverschuldeter Unkenntnis der Kindesmutter von der Fristversäumung jedenfalls vor einer ordnungsmäßigen Belehrung seitens des Gerichts nicht zu laufen begonnen hat. Daran ändert sich nichts dadurch, dass die – auch im Rechtsbeschwerdeverfahren nicht anwaltlich vertretene – Kindesmutter aufgrund der von der Rechtsbeschwerde erhobenen Rüge von der Fristversäumung erfahren hat. Das gilt schon deshalb, weil von ihr die Kenntnis, dass die Beschwerdeeinlegung trotz abgeschlossenen Beschwerdeverfahrens noch nachholbar war, nicht erwartet werden konnte.

Die Wiedereinsetzung scheidet dementsprechend auch nicht an einer fehlenden Nachholung. Denn es darf der Kindesmutter nicht zum Nachteil gereichen, dass das Beschwerdegericht die Unzulässigkeit

der Erstbeschwerde übersehen hat. Da der Sachverhalt, der die Wiedereinsetzung begründet, insoweit vollständig aktenkundig ist, konnte die bereits dem Beschwerdegericht obliegende Aktenübersendung an das Amtsgericht zur Vermeidung einer anderenfalls aus formellen Gründen notwendigen Zurückverweisung an das Beschwerdegericht vom Senat nachgeholt werden. Der Aufhebung und Zurückverweisung an das Beschwerdegericht wegen des Verfahrensfehlers hätte es unter diesen Umständen nur dann bedurft, wenn dieses die Erstbeschwerde verworfen hätte. Das ist hier indes nicht der Fall, weil das Beschwerdegericht in der Sache entschieden hat.

cc) Die Wiedereinsetzung scheitert nicht am Ablauf der Jahresfrist nach § 18 Abs. 4 FamFG. Denn dieser hindert eine Wiedereinsetzung ausnahmsweise nicht, wenn die Fristversäumung allein dem Gericht zuzurechnen ist und nur durch die Wiedereinsetzung die verfassungsmäßigen Rechte des Beteiligten gewahrt werden können (vgl. Senatsurteil vom 15. Dezember 2010 – XII ZR 27/09 – FamRZ 2011, 362 Rn. 37; Senatsbeschluss vom 20. Februar 2008 – XII ZB 179/07 – FamRZ 2008, 978 Rn. 15 f. mwN; BGH Beschluss vom 21. Januar 2016 – IX ZA 24/15 – FamRZ 2016, 632 Rn. 8 mwN). Das ist hier der Fall. Die fehlerhafte Einlegung der Beschwerde beim Beschwerdegericht beruht auf der unrichtigen Rechtsbehelfsbelehrung durch das Amtsgericht. Das Beschwerdegericht hat die Kindesmutter nicht über den Fehler aufgeklärt und die notwendige Aktenübersendung an das Amtsgericht nicht vorgenommen. Damit lagen die Umstände, die zum Ablauf der absoluten Wiedereinsetzungsfrist führten, allein in der Sphäre des Gerichts begründet.

2. Nach Auffassung des Beschwerdegerichts, dessen Entscheidung in FamRZ 2020, 591 veröffentlicht ist, sind die Voraussetzungen für die Ersetzung der Einwilligung des Kindesvaters erfüllt, weil die Namensänderung gemäß § 1618 Satz 4 BGB zum Wohl des Kindes erforderlich sei.

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, nach der die Einwilligung des nicht sorgeberechtigten Elternteils erst bei Kindeswohlgefährdung ersetzt werden könne, lege hier einen zu hohen Maßstab an. Dagegen genüge die (niedrigere) Schwelle der Erforderlichkeit. Dass sich die Schwelle der Erforderlichkeit von derjenigen der Gefährdung deutlich unterscheide, ergebe sich nicht zuletzt aus § 1684 Abs. 4 BGB, der für eine Einschränkung bzw. einen Ausschluss des Umgangs die Schwelle der Erforderlichkeit genügen lasse, bei längerer Zeit (bzw. auf Dauer) hingegen eine Kindeswohlgefährdung verlange und damit zwei verschiedene Eingriffsschwellen festlege. Zur Erforderlichkeit bedürfe es jedenfalls außerordentlicher Belastungen des Kindes im Einzelfall. Diese seien aber (auch) dann gegeben, wenn die Namensänderung für das Kind solche Vorteile mit sich bringe, dass die Aufrechterhaltung des Namensbandes zum anderen Elternteil nicht zumutbar erscheine.

Nach diesen Maßstäben ergebe eine umfassende Abwägung der widerstreitenden Interessen des Kindes, dass die Erforderlichkeitsschwelle im vorliegenden Fall erreicht sei. Denn bei einer Gesamtwürdigung überwiegen die Gründe für eine Ersetzung der Einwilligung des Kindesvaters so deutlich, dass ein vernünftiger Elternteil nicht auf der Erhaltung des Namensbandes bestehen würde.

Zwar könne nicht außer Betracht bleiben, dass der Kindesvater sich in einer schwierigen Lebenssituation befinde. Auch sei zu berücksichtigen, dass die gemeinsame Namensführung mit dem

Kind ein wesentliches Band darstelle. Es sei jedoch in diesem Zusammenhang auch einzubeziehen, dass der Kindesvater immer wieder betone, diese Entscheidung auf Grund seiner aktuellen Lebenssituation nicht treffen und dem Kind auch nicht schaden zu wollen. Vor diesem Hintergrund relativiere sich sein im Rahmen der Gesamtabwägung berücksichtigungsfähiges schützenswertes Interesse. Auch die vorliegende Konstellation sei im Übrigen vom Normgehalt des § 1618 Satz 4 BGB erfasst. Damit werde nicht nur eine Konfliktlösung für einen expliziten Interessenwiderstreit der Eltern zur Verfügung gestellt, sondern dem anderen Elternteil die Entscheidung in den Fällen abgenommen, in denen er sich – aus welchen Gründen auch immer – zu einer Entscheidung nicht in der Lage sehe, indem ein Gericht auf Grund einer am Kindeswohl orientierten Prüfung des Einzelfalls darüber befinde, ob seine Erklärung zu ersetzen sei.

Dabei sei in die Abwägung weiter einzubeziehen, dass das Kind seit vielen Jahren keinen Kontakt mehr mit dem Kindesvater habe. Dies entspreche auch dem Willen des Kindes, wobei es auf die näheren Umstände dieser Willensbildung im vorliegenden Zusammenhang nicht maßgeblich ankomme, da auch der fehlerhaft gebildete oder unter Einfluss entstandene Wille des Kindes für dieses derzeit jedenfalls seine psychische Realität darstelle.

Im Rahmen der Kindeswohlprüfung seien hingegen die außerordentlichen Belastungen des Kindes durch die Namensverschiedenheit schwerwiegend. Diese gingen über bloße Unannehmlichkeiten hinaus. Die „sozialarbeiterische Stellungnahme“ des Jugendamtes mache diese Belastungen des Kindes, die auch erstinstanzlich im Rahmen der Kindesanhörung zu Tage getreten seien, besonders deutlich, da das Kind sich hier derart belastet gezeigt habe, dass es stetig den Tränen nahe gewesen sei, wenn es um die Frage der Namensänderung ging. Daneben sei die mit der Namensänderung erst hergestellte Namensgleichheit mit dem jüngeren, in der Familie lebenden Geschwisterkind ein beachtlicher und für die Kindeswohlerforderlichkeit sprechender Gesichtspunkt.

Da der Name eines Kindes auch eine persönlichkeitsrechtliche Komponente habe, sei im Rahmen der Abwägung auch dem Kindeswillen Rechnung zu tragen, der vorliegend ebenfalls für eine Ersetzung der Einwilligung spreche. So habe das Kind mit einem Alter von elf Jahren einen Entwicklungsstand erreicht, bei dem der Kindeswille bzw. der Wunsch des Kindes nach einer Namensänderung zwar einerseits nicht ausschlaggebend sei, andererseits aber auch nicht gänzlich außer Betracht bleiben könne.

Nach alledem führe der – grundsätzlich bedeutsame – Gesichtspunkt der Namenskontinuität nicht zu einer anderen Betrachtung. Die Frage der Namensänderung sei deutlich von derjenigen des Umgangs zu unterscheiden. Wenn der Kindesvater wirklich ein nachhaltiges Interesse an seiner Tochter habe, bleibe es ihm unbenommen, nach seiner Gesundheit behutsam und unter Einbeziehung der Beratung und Hilfestellung des Jugendamts den Kontakt wieder anzubahnen. Die Klarheit der Namensänderung könne hier auch eine Hilfestellung sein.

Eine erneute Anhörung des Kindes sei mit Blick auf dessen Alter, den Verfahrensgegenstand sowie die erstinstanzlich bereits erfolgte Anhörung nicht erforderlich gewesen, da entscheidungserhebliche

neue Erkenntnisse von dieser nicht zu erwarten seien und das Kind durch das Verfahren ohnehin erheblich belastet sei.

3. Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

a) Nach § 1618 Satz 1 BGB können der Elternteil, dem die elterliche Sorge für ein Kind allein oder gemeinsam mit dem anderen Elternteil zusteht, und sein Ehegatte, der nicht Elternteil des Kindes ist, dem Kind, das sie in ihren gemeinsamen Haushalt aufgenommen haben, durch Erklärung gegenüber dem Standesamt ihren Ehenamen erteilen. Dies bedarf nach § 1618 Satz 3 BGB der Einwilligung des anderen Elternteils, wenn ihm die elterliche Sorge gemeinsam mit dem den Namen erteilenden Elternteil zusteht oder das Kind seinen Namen führt, und, wenn das Kind das fünfte Lebensjahr vollendet hat, auch der Einwilligung des Kindes. Nach § 1618 Satz 4 BGB kann das Familiengericht die Einwilligung des anderen Elternteils ersetzen, wenn die Erteilung des Namens zum Wohl des Kindes erforderlich ist.

Gemäß § 1618 Satz 2 Halbsatz 1 BGB können der Elternteil und sein Ehegatte den Ehenamen unter den gleichen Voraussetzungen auch dem vom Kind zur Zeit der Erklärung geführten Namen voranstellen oder anfügen.

b) Nach der Rechtsprechung des Senats setzt die Erforderlichkeit der Einbenennung eine außerordentliche, durch die Namensdifferenz ausgelöste Belastung des Kindes voraus. Als für das Kindeswohl erforderlich ist eine Einbenennung danach nur anzusehen, wenn andernfalls schwerwiegende Nachteile für das Kind zu befürchten wären oder die Einbenennung zumindest einen so erheblichen Vorteil für das Kind darstellen würde, dass ein sich verständlich um sein Kind sorgender Elternteil auf der Erhaltung des Namensbandes nicht bestehen würde (Senatsbeschluss vom 24. Oktober 2001 – XII ZB 88/99 – FamRZ 2002, 94, 95).

aa) Danach genügt es nicht, dass eine Namensänderung wünschenswert und dem Kindeswohl dienlich erscheint, um eine „Erforderlichkeit“ zum Wohl des Kindes begründen zu können. Der Neufassung des § 1618 BGB durch Art. 1 Nr. 7 des Kindschaftsrechtsreformgesetzes vom 16. Dezember 1997 (BGBl. I S. 2942), mit der die bisherige Formulierung „dem Kindeswohl dienlich“ durch „für das Kindeswohl erforderlich“ ersetzt worden ist, stellt eine Verschärfung der Voraussetzungen für die Ersetzung der Einwilligung des nicht sorgeberechtigten Elternteils dar und dient ausdrücklich dem Zweck, die Bindung des Kindes an den namensgebenden Elternteil zu unterstreichen (Senatsbeschluss vom 24. Oktober 2001 – XII ZB 88/99 – FamRZ 2002, 94, 95). Die Einwilligung des namensgebenden Elternteils ist mithin nicht schon dann zu ersetzen, wenn die Gründe für eine Einbenennung die dagegen sprechenden Gründe überwiegen. Denn anders als in Fällen der Anträge nach §§ 1671 und 1626 a BGB (vgl. Senatsbeschluss BGHZ 211, 22 = FamRZ 2016, 1439 Rn. 10 ff. mwN) hat der Gesetzgeber die mit dem Wechsel des Kindes in die von einem Elternteil begründete Stieffamilie typischerweise verbundene Interessenlage für die Ersetzung der Einwilligung in die Einbenennung nicht als ausreichend angesehen und es dementsprechend im Regelfall bei der Namenskontinuität belassen. Diese bewusste gesetzgeberische Entscheidung gilt unverändert fort. Sie kann folglich nicht mit rechtspolitischen Erwägungen wie einer (vermeintlich) gesunkenen gesellschaftlichen Relevanz der

Wahl des Familiennamens für das Kindeswohl (so etwa OLG Frankfurt FamRZ 2022, 264, 266) in Frage gestellt werden.

Die typischerweise mit einer Einbeziehung des Kindes in die Stieffamilie verbundenen Interessen genügen daher für sich genommen noch nicht, um die Erforderlichkeit der Einbenennung für das Kindeswohl zu begründen. Zu diesen typischen Interessen des Kindes gehört dessen Bedürfnis nach einer namensmäßigen Integration in die Stieffamilie wie auch die erwünschte Namensübereinstimmung mit hinzugetretenen (Halb-)Geschwistern. Auch ein etwa in der Schule bestehender Erklärungsbedarf für die Namensverschiedenheit zum nicht namensgebenden Elternteil und zu Geschwistern stellt eine typische Folge des Wechsels in eine neu gegründete Familie dar. Diese gehört zur Biografie des Kindes, deren namensmäßige Offenbarung vom Gesetzgeber mit der im Regelfall aufrechtzuerhaltenden Kontinuität des von Eltern gewählten Namens des Kindes vorgegeben worden ist.

bb) Soweit der Senat die Ersetzung der Einwilligung des anderen Elternteils über die vorstehend aufgeführten Grundsätze hinausgehend erst dann als erforderlich angesehen hat, wenn konkrete Umstände vorliegen, die das Kindeswohl gefährden, und wenn die Einbenennung daher unerlässlich ist, um Schaden vom Kind abzuwenden (Senatsbeschlüsse vom 10. März 2005 – XII ZB 153/03 – FamRZ 2005, 889, 890 und vom 9. Januar 2002 – XII ZB 166/99 – FamRZ 2002, 1330; ebenso zuletzt OLG Saarbrücken FamRZ 2022, 1196), ist daran nicht festzuhalten (insoweit zutreffend auch OLG Frankfurt FamRZ 2022, 264, 265 f.; vgl. auch BVerwG FamRZ 2002, 1104, 1108). Denn auch durch die Umstellung des Maßstabs für die Ersetzung der Einwilligung hat der Gesetzgeber eine Kindeswohlgefährdung, welche die Schwelle für die am schwersten wiegenden Eingriffe in das Elternrecht nach § 1666 BGB darstellt, nicht zur Voraussetzung der Ersetzung der Einwilligung erhoben. Gegen eine Heranziehung des Maßstabs der Kindeswohlgefährdung wird dementsprechend vom Beschwerdegericht zu Recht angeführt, dass schon von der gleichzeitig eingeführten Neuregelung in § 1684 Abs. 4 BGB ausdrücklich zwischen Kindeswohlerfordentlichkeit und -gefährdung unterschieden wurde (insoweit zutreffend OLG Frankfurt FamRZ 2022, 264, 265; OLG Koblenz StAZ 2013, 354, 355; Fahrenbach/Liceni-Kierstein NZFam 2020, 201, 203; Staudinger/Lugani BGB [2020] § 1618 Rn. 27).

cc) Ist nach umfassender Abwägung der Kindeswohlbelange und des Kontinuitätsinteresses des namensgebenden Elternteils die Erforderlichkeit der Einbenennung zu bejahen, hat das Familiengericht stets zu prüfen, ob zur Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes eine additive Einbenennung als mildere Maßnahme ausreicht, um die berechtigten Interessen des Kindes zu wahren (vgl. Senatsbeschluss vom 24. Oktober 2001 – XII ZB 88/99 – FamRZ 2002, 94, 95; Erman/Döll BGB 16. Aufl. § 1618 Rn. 8 mwN). Genügt die additive Einbenennung den Belangen des Kindes, so darf die Einwilligung des namensgebenden Elternteils auch nur insoweit ersetzt werden.

c) Nach diesen Maßstäben begründen die vom Beschwerdegericht getroffenen Feststellungen die von ihm ausgesprochene Ersetzung der Einwilligung nicht. Die Rechtsbeschwerde rügt zu Recht, dass die vom Beschwerdegericht durchgeführte Sachaufklärung nicht ausreichend ist und dieses zudem die Alternative einer additiven Einbenennung nicht in Betracht gezogen hat.

aa) Zu Recht beanstandet die Rechtsbeschwerde die Auffassung des Beschwerdegerichts, das Interesse des Kindesvaters „relativiere“ sich, weil er sich aufgrund seiner aktuellen Lebenssituation nicht für eine Einwilligung in die Einbenennung entscheiden könne und dem Kind auch nicht schaden wolle. Denn die für den vorliegenden Verfahrensgegenstand erforderliche Entscheidung hat der Kindesvater eindeutig dahin getroffen, die Einwilligung nicht zu erteilen. Davon hatte das Beschwerdegericht mithin auch auszugehen (vgl. Opris FamRZ 2020, 593).

bb) Ebenfalls nicht frei von Rechtsbedenken bleibt die Erwägung des Beschwerdegerichts, zwischen Vater und Kind bestehe seit vielen Jahren kein Kontakt.

Die für das Wohl des Kindes wichtige Aufrechterhaltung seiner Beziehung zu dem nicht sorgeberechtigten Elternteil ist hingegen auch dann von Bedeutung, wenn der Kontakt zu diesem weitgehend abgebrochen ist und durch die Einbenennung als nach außen sichtbarer endgültiger Ablösung von ihm verfestigt würde (Senatsbeschluss vom 24. Oktober 2001 – XII ZB 88/99 – FamRZ 202, 94, 95). Dies schließt eine schematische Anknüpfung an die bloße Dauer des Kontaktabbruchs im Rahmen der Interessenabwägung aus. Vielmehr ist es erforderlich, die im Einzelfall für das Fehlen des Kontakts zwischen Kind und Elternteil bestehenden Gründe in den Blick zu nehmen.

Dabei hat der vom Kind geäußerte Wille bei kleineren Kindern vornehmlich Erkenntniswert hinsichtlich seiner persönlichen Bindungen, ist mit zunehmendem Alter jedoch auch als Ausdruck der Entwicklung des Kindes zu einer eigenständigen Persönlichkeit bedeutsam (vgl. § 1626 Abs. 2 Satz 2 BGB). Der Kindeswille ist nur insoweit zu berücksichtigen, als er dem Kindeswohl entspricht. Schließlich ist in tatsächlicher Hinsicht in Rechnung zu stellen, dass ein durch einen Elternteil maßgeblich beeinflusster Kindeswille grundsätzlich nicht beachtlich ist (vgl. Senatsbeschluss BGHZ 185, 272 = FamRZ 2010, 1060 Rn. 31). Im Rahmen der gebotenen Aufklärung des Kindeswohls ist der geäußerte Kindeswille dementsprechend stets mit Rücksicht auf die Umstände seiner Bildung zu beurteilen und zu gewichten (vgl. Senatsbeschluss vom 27. November 2019 – XII ZB 512/18 – FamRZ 2020, 255 Rn. 29).

Die Motivation des betroffenen Kindes für die Ablehnung des Kontakts mit dem – aufgrund psychischer Erkrankung in einer schwierigen Lebenssituation befindlichen – Kindesvater ist mithin erheblich. Diese durfte vom Beschwerdegericht nicht offengelassen werden. Die alleinige Begründung des Beschwerdegerichts, auch der fehlerhaft gebildete oder unter Einfluss entstandene Wille des Kindes stelle für dieses jedenfalls seine psychische Realität dar, verkürzt die Kindeswohlbeurteilung in unzulässiger Weise. Die Rechtsbeschwerde rügt demnach zu Recht, dass das Beschwerdegericht insoweit keine ausreichenden Feststellungen getroffen hat (vgl. auch Senatsbeschluss vom 9. November 2016 – XII ZB 298/15 – FamRZ 2017, 119 Rn. 18 f.).

cc) Soweit im angefochtenen Beschluss außerordentliche Belastungen des Kindes durch die Namensverschiedenheit angeführt sind, rügt die Rechtsbeschwerde ebenfalls zu Recht als verfahrensfehlerhaft, dass das Beschwerdegericht das betroffene Kind nicht persönlich angehört hat.

Das Beschwerdegericht hat zur Begründung unter anderem auf die erstinstanzliche Kindesanhörung abgestellt, wo das Kind stetig den Tränen nahe gewesen sei, wenn es um die Frage der Namensänderung gegangen sei. Damit hat das Beschwerdegericht die Anhörung des Kindes im Ergebnis abweichend vom Amtsgericht gewürdigt, das darin keinen hinreichenden Grund für die Erforderlichkeit der Einbenennung gesehen hat. Wegen dieser geänderten Beweiswürdigung hätte das Beschwerdegericht die Anhörung aber wiederholen müssen, um eine tragfähige Grundlage für eine abweichende, nicht zuletzt auch vom persönlichen Eindruck von dem betroffenen Kind abhängige Feststellung zu erlangen (vgl. Senatsbeschluss vom 12. Juli 2017 – XII ZB 350/16 – FamRZ 2017, 1668 Rn. 23; vgl. auch Senatsurteil vom 22. Dezember 1999 – XII ZR 54/97 – juris Rn. 17; BGH Urteil vom 8. Dezember 1999 – VIII ZR 340/98 – NJW 2000, 1199, 1200; Musielak/Voit/Ball ZPO 19. Aufl. § 529 Rn. 14, jeweils zur erneuten Zeugenvernehmung im Berufungsverfahren).

dd) Auch bei unterstellter Erforderlichkeit der Einbenennung kann der angefochtene Beschluss im übrigen deswegen keinen Bestand haben, weil in diesem Fall die additive Einbenennung als milderer Mittel zu erwägen gewesen wäre. Die Möglichkeit der additiven Einbenennung ist vom Beschwerdegericht indessen außer Acht gelassen worden.

Das Beschwerdegericht war dieser Prüfung nicht deshalb enthoben, weil die Kindesmutter keinen entsprechenden (Hilfs-)Antrag gestellt hat. Denn die mildere Möglichkeit der additiven Einbenennung ist unabhängig von der konkreten Antragstellung stets in Betracht zu ziehen, weil sie den berechtigten Interessen des Kindes bereits genügen und diese zugleich mit denen des namensgebenden Elternteils in einen angemessenen Ausgleich bringen kann. Da der namensgebende Elternteil keinen Einfluss auf die Antragstellung hat, könnte der antragstellende Elternteil anderenfalls entgegen der gesetzlichen Konzeption die Zahl der Entscheidungsmöglichkeiten unzulässig verengen und damit den vom Gesetz bezweckten schonenden Interessenausgleich verhindern.

Wird der Antrag wie im vorliegenden Fall ohne Einschränkung gestellt, hat das Gericht den antragstellenden Elternteil auf die Sachgerechtigkeit eines auf die additive Einbenennung gerichteten Hilfsantrags hinzuweisen (vgl. Fahrenbach/Liceni-Kierstein NZFam 2020, 201, 204). Stellt dieser einen solchen Antrag hingegen nicht, obwohl die additive Einbenennung den berechtigten Interessen des Kindes entspricht, so ist der Antrag mangels Erforderlichkeit der beantragten Einwilligungsersetzung zurückzuweisen.

4. Der angefochtene Beschluss ist demnach aufzuheben. Das Beschwerdegericht wird nach der Zurückverweisung das Kind anzuhören haben, um die erforderlichen Feststellungen nachzuholen. Gelangt es aufgrund dessen erneut zu dem Ergebnis, dass die Einbenennung für das Kindeswohl erforderlich ist, so wird es zu erwägen haben, ob die additive Einbenennung zur Berücksichtigung der berechtigten Interessen des Kindes ausreichend ist, und die Kindesmutter gegebenenfalls auf die Sachgerechtigkeit eines darauf gerichteten (Hilfs-)Antrags hinweisen müssen.