

ZKJ

Zeitschrift für Kindschaftsrecht und Jugendhilfe

RECHTSANWENDUNG IN DER PRAXIS • BERATUNG • MEDIATION • GUTACHTERLICHE TÄTIGKEIT

INTERDISZIPLINÄR

AKTUELL

VERSTÄNDLICH

Siegfried Willutzki

Das Verfahren in Unterhaltssachen

Peter Hansbauer

Der Familienrat (Family group conference) – eine neue Form der Entscheidungsfindung im Jugendamt

Andrea Schneider

Das Dilemma mit den Kosten im Verfahren nach § 237 FamFG

Rechtsprechung:

Betreuungsunterhalt: Die Betreuungsbedürftigkeit des Kindes ist individuell zu ermitteln

BGH, Urteil vom 6. Mai 2009

mit einer Anmerkung von Martin Menne

ZKJ November 2009 · S. 429 – 468 · ISSN 1861-6631 · 70463

11
2009



Herausgegeben in Verbindung
mit der Bundeskonferenz für
Erziehungsberatung e.V.



Bundesanzeiger
Verlag

www.bundesanzeiger-verlag.de

Andrea Schneider

Das Dilemma mit den Kosten im Verfahren nach § 237 FamFG

Nach § 243 Satz 2 Ziffer 1 FamFG trägt die unterliegende Partei regelmäßig die Kosten eines Unterhaltsverfahren nach § 237 FamFG (vormals: § 653 ZPO), mit dem ein Kind im Rahmen der gerichtlichen Vaterschaftsfeststellung den Mindestunterhalt, und zwar von seinem Geburtstag an, geltend machen kann. Besonderheit dieses Verfahrens ist, dass es nach allgemeiner Auffassung für den beklagten Vater keine Einwendungen – wie fehlende Leistungsfähigkeit oder Verwirkung – gibt.¹ Folge dessen ist im Falle der Feststellung der Vaterschaft die Festsetzung des Mindestunterhalts unabhängig von den tatsächlichen Verhältnissen der Parteien. Folge ist aber auch, dass die unterliegende Partei, also der zum Kindesunterhalt verpflichtete Vater, regelmäßig die Kosten des Verfahrens zu tragen hat.

INHALT

- Das Verfahren nach § 237 FamFG
- Die Abänderung nach § 240 FamFG
- Die Kostentragung
 - Fallgruppe 1
 - Fallgruppe 2
 - Fallgruppe 3
 - Fallgruppe 4
 - Fallgruppe 5
- Erstattung der Kosten?
- Folge
- Fazit

■ Das Verfahren nach § 237 FamFG

§ 640 c I 1 ZPO a.F. verbot den Verbund von Kindschaftssachen nach § 640 ZPO a.F mit einer Klage anderer Art (wie der Leistungsklage wegen Kindesunterhalt). Auch nach dem am 01.09.2009 in Kraft getretenen FamFG gilt, dass eine Verbindung von sogenannten Abstammungssachen miteinander und anderen Verfahren (wie den Unterhaltssachen) unzulässig ist.

Doch eine Ausnahme hiervon gab und gibt es in folgendem Fall:

Ein Kind soll nicht zwei Verfahren betreiben müssen, wenn es die positive Feststellung der Vaterschaft und den Mindestunterhalt begehrt.

Die Autorin ist als Rechtsanwältin mit Schwerpunkt Familiensachen in Bitburg tätig.

Daher normierte § 653 ZPO a.F., dass das Gericht als Annex zum Statusverfahren auf Antrag den Beklagten zu verurteilen hat, dem Kind Unterhalt in Höhe des Mindestunterhalts für alle drei Altersstufen nach § 1612 a I BGB abzüglich des hälftigen bedarfsdeckenden Kindergeldes zu zahlen. Nunmehr statuiert § 179 FamFG, dass mit einem Verfahren auf Feststellung des Bestehens der Vaterschaft eine Unterhaltssache nach § 237 FamFG verbunden werden kann.

Im Unterschied zu § 653 ZPO a.F. ist das Unterhaltsverfahren jedoch nicht mehr notwendigerweise Teil des auf Feststellung der Vaterschaft gerichteten Abstammungsverfahrens, sondern bleibt ein selbstständiges Verfahren.² Das Unterhaltsverfahren bei Feststellung der Vaterschaft gehörte vor Inkrafttreten des FamFG zum sogenannten vereinfachten Verfahren über den Unterhalt Minderjähriger (§§ 645 ff. ZPO a.F.) und sollte allen minderjährigen Kindern ermöglichen, in einem einfachen Verfahren schnell einen ersten Vollstreckungstitel gegen das Elternteil zu erhalten, in dessen Haushalt sie nicht leben; der Kindschaftsprozess sollte nicht mit Unterhaltsfragen belastet werden.³

Dies gilt auch noch im Unterhaltsverfahren nach § 237 FamFG; das Verfahren fällt jedoch nicht mehr unter dem Abschnitt über das vereinfachte Verfahren über den Unterhalt Minderjähriger (§§ 249 ff. FamFG), wobei sich inhaltlich außer seiner Unabhängigkeit vom Statusverfahren allerdings nichts geändert hat.

Ziel des Verfahrens ist nach wie vor, dass das Kind nicht erst dann das selbstständige Unterhaltsverfahren, das wegen der Sperrwirkung des § 1600 d IV BGB vor Rechtskraft der Vaterschaftsfeststellung nicht erfolgreich einge-

leitet werden kann, betreiben darf,⁴ wenn die Vaterschaft feststeht. Deswegen ist der Vater im Rahmen dieses Prozesses auch mit Einwendungen, wie beispielsweise mangelnder Leistungsfähigkeit, Leistungsunfähigkeit, Verwirkung oder Erfüllung, ausgeschlossen.⁵ Die Unterhaltsfestsetzung (Mindestunterhalt oder weniger) erfolgt also in pauschaler Weise und nicht auf Grundlage der tatsächlichen Verhältnisse, wie es im normalen Unterhaltsprozess der Fall ist. Sie kann allerdings im Rahmen der Korrekturklage nach § 240 FamFG geändert und den tatsächlichen Verhältnissen der Parteien angepasst werden.

■ Die Abänderung nach § 240 FamFG

Wird die Vaterschaft im Rahmen des Verfahrens nach § 237 FamFG festgestellt und der Vater zur Zahlung von Kindesunterhalt ab Geburt des Kindes verurteilt, bleibt ihm nunmehr nur die Möglichkeit, ein Abänderungsverfahren nach § 240 FamFG zu führen.

Dieses Verfahren ist kein klassisches Abänderungsverfahren und weist einige Besonderheiten zum Verfahren nach den §§ 238, 239 FamFG (vormals § 323 ZPO) auf: So ist die Abänderung nach § 240 FamFG – anders als das Abänderungsverfahren nach §§ 238, 239 FamFG – eine Erstklage.⁶ Sie enthält damit keine Präklusionsregelungen: die Notwendigkeit dieser Regelung wird deutlich, wenn man sich vor Augen führt, dass der Vater bei der Festsetzung des Unterhalts nach § 237 FamFG keinerlei Einwendungen geltend machen konnte; er kann und darf dann selbstverständlich nicht mit seinem Vortrag im Rahmen des Korrekturverfahrens präkludiert sein. Ihm muss schließlich die Möglichkeit verbleiben, bei der Abänderung nach § 240 FamFG Tatsachen vorzubringen, die er bislang nicht oder nur erfolglos geltend gemacht hat, weil er mit diesen im Festsetzungsverfahren nach § 237 FamFG schlichtweg nicht durchdringen konnte.

Das Abänderungsverfahren nach § 240 FamFG ist auch nicht wie das nach §§ 238, 239 FamFG davon abhängig, dass wesentliche Veränderungen derjenige Verhältnisse eingetreten sind, die bei Festsetzung des Kin-

1 Wendl/Schmitz, Unterhaltsrecht, 7. Aufl. 2008, § 10, Rn. 348; s. a. Rspr.-Hinweise unter Fn. 5

2 Horndasch/Viefhues/Roßmann, FamFG, § 237, Rn. 2

3 BGH, FamRZ 2003, 1095 f., Zöller/Philippi, ZPO, 27. Aufl. 2009, § 653, Rn. 3

4 MünchKomm ZPO/Coester-Waltjen, 3. Aufl. 2007, § 653, Rn. 2

5 BGH, a.a.o., auch OLG Bremen, FamRZ 2000, 1164, auch OLG Naumburg, Entscheidung vom 04.03.2003, Az.: 3 UF 83/02 (juris), auch OLG Köln, FamRZ 2003, 1018 f., auch OLG Karlsruhe, FamRZ 2002, 1262 f., auch OLG Düsseldorf, FamRZ 2001, 1620 ff.

6 s. a. Zöller/Philippi, ZPO, 27. Aufl. 2009, § 654, Rn. 2; Horndasch/Viefhues/Roßmann, FamFG, § 240, Rn. 14

desunterhalts nach § 237 FamFG gegeben waren. Da die tatsächlichen Verhältnisse im Verfahren nach § 237 FamFG nicht maßgeblich sind, ist anderes, also die Notwendigkeit der Änderung der Verhältnisse, auch nicht denkbar.

Die Darlegungs- und Beweislast bei § 240 FamFG richtet sich nach den Vorschriften des normalen Unterhaltsverfahrens.

Zu beachten ist die Frist des § 240 Abs. II FamFG: Will der Vater beispielsweise die Einrede der Verwirkung rückständigen Unterhalts geltend machen, muss er dies innerhalb eines Monats nach Rechtskraft der Unterhaltsfestsetzung tun; anderenfalls ist nur noch der Unterhalt für die Zeit ab Erhebung des Abänderungsverfahrens korrekturfähig.

Im Verfahren nach § 240 FamFG kann der Vater nunmehr alle Tatsachen und Einwendungen vorbringen und so die pauschale Festsetzung nach § 237 FamFG abändern lassen, so dass der Unterhalt für das Kind nach den tatsächlichen Verhältnissen festgesetzt werden kann.

■ Die Kostentragung

Das alles hört sich zunächst praktikabel an; zum Teil hat sich das vereinfachte Verfahren über den Minderjährigenunterhalt als Annex zum Statusverfahren nach § 653 ZPO a.F., also der heutige § 237 FamFG, auch schon bewährt.

Ein fader Beigeschmack bleibt jedoch für den Fall, dass das Kind den Vater zunächst im Rahmen des Statusverfahrens auf Mindestunterhalt verklagt hat, **ohne** dass es ihn vorprozessual aufgefordert hat, die Vaterschaft anzuerkennen und Unterhalt zu leisten:

Es bleibt in diesem Falle nämlich auch dann bei der **Kostenlast des Vaters** für die Kosten des Verfahrens nach § 237 FamFG, wenn seine Vaterschaft festgestellt, er zu Unterhaltsleistungen (sogar ab Geburt des Kindes) verurteilt wurde und im späteren Korrekturverfahren nach § 240 FamFG **erfolgreich** Einwendungen vorbringen konnte (in diesem Verfahren freilich gibt es bei der Kostenfrage keine Probleme). Anders ausgedrückt: Obgleich obsiegend, bleibt jene Kostentragungspflicht beim Vater, die bei vorprozessual richtigem Verhalten des Kindes gar nicht erst hätte entstehen müssen.

Im normalen Unterhaltsverfahren trägt in diesem Falle – also, wenn das Kind den Vater nicht vorprozessual zur Auskunft auffordert – das den Unterhalt geltend machende Kind die Kosten des Verfahrens, § 243 FamFG. Die §§ 91 ff. ZPO sind für Unterhaltsverfahren nicht mehr anwendbar, obgleich es sich um Familienstreitsachen handelt, für die gemäß §§ 231 Abs. 1, 113 FamFG immer noch ZPO-Regeln zur Anwendung gelangen. Allerdings gilt für Unterhaltssachen die – die ZPO-Regeln als speziellere Norm verdrängende – neue Vorschrift des § 243 FamFG.

Man kann das spezielle Verfahren nach § 237 FamFG, was die Kostentragung anbelangt, der Übersichtlichkeit halber in Fallgruppen einteilen:

Fallgruppe 1

Wenn der Vater **außergerichtlich aufgefordert** wird, die Vaterschaft anzuerkennen und Auskunft über sein Einkommen und Vermögen zu erteilen, dem nicht nachkommt und im Prozess die Vaterschaft immer noch bestreitet, kann er nach positiver Vaterschaftsfeststellung immerhin die Verpflichtung zur Zahlung von Kindesunterhalt sofort anerkennen (umstritten, s. Fn. 6). Hier trägt nach Ansicht des OLG Frankfurt der Vater die Kosten des Verfahrens (und zwar sowohl für das Abstammungsverfahren als auch für das Unterhaltsverfahren).

Fallgruppe 2

Wenn der Vater den Kindesunterhalt nicht anerkennen kann, weil er etwa leistungsunfähig ist, trägt er ebenfalls sämtliche Kosten des Verfahrens. Nur bei dem nachfolgenden Korrekturverfahren nach § 240 FamFG wird das Kind die Kosten zu tragen haben.

Fallgruppe 3

Für den Fall, dass der Vater **außergerichtlich nicht aufgefordert** worden ist, die Vaterschaft anzuerkennen und Auskunft über Einkommen und Vermögen zu erteilen, trägt der Vater nur dann keine Kosten, wenn er sofort Vaterschaft und Unterhaltsverpflichtung anerkennt.

Fallgruppe 4

Bestreitet der Vater jedoch in Fallgruppe 3 die Vaterschaft und anerkennt die Vaterschaft erst nach positivem Ergebnis des Abstammungsgutachtens und dann auch die Unterhaltsverpflichtung, zahlt er zumindest die Kosten für das Statusverfahren (nach Ansicht des OLG Frankfurt wohl auch für die Leistungsstufe).

Wenn der Vater im Verfahren nicht direkt anerkennt, sondern sogar die Vaterschaft bestreitet, ist davon auszugehen, dass er sie auch außergerichtlich nicht anerkannt haben würde. Die Kosten sind also zumindest für das Feststellungsverfahren – auch wenn nicht außergerichtlich zur Anerkennung der Vaterschaft und Zahlung von Kindesunterhalt aufgefordert wurde – dem Vater aufzuerlegen. Dies gilt auch bei Anerkenntnis nach einem Abstammungsgutachten.

Fallgruppe 5

Bestreitet der Vater in Fallgruppe 3 sowohl Vaterschaft als auch die Verpflichtung zur Zahlung von Kindesunterhalt, weil er beispielsweise leistungsunfähig ist, trägt er sämtliche Kosten des Verfahrens.

Wenn der Mann sich – obgleich vorgerichtlich nicht zur Anerkennung der Vaterschaft und Auskunftserteilung aufgefordert – über das Vorhandensein von Nachwuchs nicht wirklich wundert, besteht für ihn die prozesuale Möglichkeit, sowohl Vaterschaft als auch Unterhaltsverpflichtung sofort anzuerkennen. Mit den Kosten hat er dann kein Problem, da diese gemäß §§ 243 Satz 2 Ziff. 4 FamFG, 93 ZPO der Gegenseite auferlegt werden müssen (aber strittig, s. Fn. 7) (Fallgruppe 3).

(Kostenrechtlich) schlecht sieht es allerdings für denjenigen Mann aus, der sich nicht sicher ist, ob das Kind, das nunmehr nach § 237 FamFG klagt, von ihm abstammt. Er wird die Vaterschaft kaum sofort anerkennen können respektive dürfen.

Wer sich nach dem Ergebnis des Abstammungsgutachtens dann aber doch „Vater“ nennen darf, kann die Vaterschaft anerkennen⁷ oder immerhin noch auf der Leistungsstufe die Unterhaltsverpflichtung anerkennen: Wenn der Vater keine Veranlassung zur Klage (respektive begrifflich korrekter dem *Antrag* des Kindes) gegeben hat – was der Fall ist, wenn er außergerichtlich **nicht** zur Anerkennung der Vaterschaft oder zum Unterhalt aufgefordert wurde – trägt er keine Kosten, zumindest was das Annexverfahren anbelangt (Fallgruppen 4 und 5).

Doch nicht immer kann der Vater seine Unterhaltsverpflichtung anerkennen, weil er etwa leistungsunfähig ist oder die Unterhaltsrückstände verwirkt sind. Diese **Einwendungen** wird er nunmehr geltend machen wollen, was aber aufgrund der Besonderheiten im Verfahren nach § 237 FamFG – wie oben beschrieben – **nicht möglich** ist.

Dann gilt hinsichtlich der Kosten: Nachdem die Vaterschaft gerichtlich festgestellt wird, ergeht der Beschluss zur Zahlung von Unterhalt. Es ergeht ebenfalls der Beschluss zur Zahlung der Kosten des Verfahrens nach § 243 FamFG (vormals: § 91 ZPO). Und diese

⁷ umstritten: s. etwa OLG Brandenburg, FamRZ 2005, 1843 f., kann m.E. aber nur für den Fall gelten, dass der Vater außergerichtlich zur Anerkennung der Vaterschaft erfolglos aufgefordert wurde; s. auch Zöller/Hergert, ZPO, § 93, Rn. 6 „Vaterschaftsfeststellung“, der für die Anwendung des § 93 ZPO die Klaglosstellung nach § 1597 BGB oder § 641 c ZPO als Voraussetzung annimmt; s. auch OLG Frankfurt, FamRZ 2008, 1643 ff., das nicht § 93 ZPO anwendet (ein sofortiges Anerkenntnis hinsichtlich der Leistungsstufe gemäß § 93 ZPO im Verfahren nach § 653 ZPO soll sogar ganz ausscheiden, wenn der Vater außergerichtlich vergeblich aufgefordert wurde, seine Vaterschaft anzuerkennen), sondern die Kosten nach § 93 d ZPO analog dem Vater auferlegt, wenn er sich vorprozessual weigert, Auskunft über seine Einkommensverhältnisse zu erteilen und sich während des § 653 (I)-Verfahrens seine Leistungsunfähigkeit herausstellt: Aber auch in diesem Falle ist der Vater schließlich vorprozessual zur Vaterschaftsanerkennung und Auskunftserteilung aufgefordert worden!

sind nicht gerade unerheblich und stellen für viele Väter eine finanzielle Überforderung dar: Neben den Kosten für das Abstammungsgutachten fallen für das Annexverfahren die Gerichtskosten (3 Gebühren) an, und die sind im Rahmen jener Verfahren, die das Kind erst Jahre nach der Geburt anstrengt, meist aus Streitwerten jenseits der 10.000,00 € zu entnehmen.

Im Abänderungsverfahren nach § 240 FamFG kann der Vater nunmehr erfolgreich geltend machen, dass er etwa für laufenden Unterhalt leistungsunfähig ist und/oder den rückständigen Unterhalt nicht leisten kann oder dieser aus anderen Gründen, wie Verwirkung, untergegangen ist. Die Kosten für das Abänderungsverfahren trägt gemäß § 243 FamFG (vormals: § 91 ZPO) dann auch die Gegenseite oder die Staatskasse und nicht der Vater. Die Kosten für das zuvor geführte Verfahren nach § 237 FamFG **bleiben** nach wie vor beim Vater!

Es geht freilich nur um die Fälle, in denen der Mann respektive Vater vom Vorhandensein eines möglichen Abkömmlings **erst bei Zustellung der Antragschrift** erfährt und vorprozessual nicht aufgefordert worden ist, die Vaterschaft anzuerkennen, Auskunft über sein Einkommen zu erteilen etc., in denen man davon sprechen kann, dass die Kostentragungspflicht des Vaters keineswegs gerechtfertigt ist.

Wenn man sich nämlich vor Augen führt, dass der beispielsweise leistungsunfähige Vater im Verfahren nach § 237 FamFG keine Einwendungen geltend machen kann, also in diesem Verfahren – zumindest was den Unterhalt angeht – also gar nicht obsiegen kann und auf jeden Fall die Kosten trägt, ist dies m.E. unbillig.

Im (kosten-)idealtypischen Fall wären die Kosten für das Verfahren nach § 237 FamFG doch gar nicht erst entstanden:

Schließlich hätte das Kind respektive dessen gesetzliche Vertretung den Vater außergerichtlich zur Anerkennung der Vaterschaft auffordern können. Bei Zweifeln an der Vaterschaft hätte nunmehr ein privates Abstammungsgutachten eingeholt werden können: Abstammungsgutachten, die auch jugendamtlich Anerkennung finden, können mittlerweile bereits für günstige 174,00 € eingeholt werden (Quelle: Recherche über Internet-Suchdienste). Hätte sich die Vaterschaft erwiesen, wären sowohl die Anerkennung der Vaterschaft (nach § 59 I 1 Nr. 1 KJHG) als auch die Errichtung einer vollstreckbaren Jugendamtsurkunde über den Kindesunterhalt nach §§ 60, 59 I 1 Nr. 3 KJHG möglich gewesen, und dies sogar **kostenlos**.

Im normalen Unterhaltsverfahren hätte der Vater alle Einwendungen und Einreden geltend machen können, so dass er die Kosten des Verfahrens bei erfolgreicher Einrede (bei-

spielsweise Leistungsunfähigkeit) **nicht** hätte tragen müssen.

Doch selbst bei antragsgemäßem Beschluss zur Zahlung von Kindesunterhalt trägt derjenige Vater **keine Kosten**, der nicht zunächst vorprozessual zur Auskunftserteilung und Zahlung von Kindesunterhalt aufgefordert worden ist und den Anspruch des Kindes im Verfahren sofort anerkennt, § 243 Satz 2 Ziff. 4 FamFG iVm § 93 ZPO.

■ Erstattung der Kosten?

Wie kann der Vater jedoch die Kosten, die er für das Verfahren nach § 237 FamFG zu tragen hat, in oben beschriebenen Fall erstattet bekommen?

Um das Ergebnis vorwegzunehmen: Der Vater bleibt auf den Kosten sitzen, und dies ist eine Unbilligkeit zum Nachteile des Vaters.

Man könnte zwar zunächst daran denken, die Kosten für das Verfahren nach § 237 FamFG (zumindest hinsichtlich der Leistungsstufe, aber auch für das Statusverfahren, wenn der Vater nicht vorgerichtlich zur Anerkennung aufgefordert wurde und die Anerkennung gerichtlich nachholt) als Schaden des Vaters im Rahmen des § 280 BGB geltend zu machen.

a. Ein Schuldverhältnis zwischen Vater und Kind liegt unzweifelhaft vor:

Bei Unterhaltspflichten handelt es sich natürlich um familienrechtliche Dauerschuldverhältnisse. Die Unterhaltspflicht ist dabei nicht als einheitliche, sondern als eine sich ständig erneuernde, erst beim Vorhandensein bestimmter Voraussetzungen zur Entstehung gelangende Verbindlichkeit aufzufassen, die mit jeder Zeiteinheit, in der ihre Voraussetzungen vorliegen, von neuem entsteht.⁸

b. Ein Schadenersatzanspruch gemäß § 280 BGB setzt jedoch auch eine Pflichtverletzung durch das Kind voraus: Eine Pflichtverletzung könnte allenfalls darin zu sehen sein, dass das Kind den Vater nicht vorprozessual zur Anerkennung der Vaterschaft und Zahlung von Kindesunterhalt aufgefordert hat (wie im Beispiel oben dargestellt).

Gemäß § 1605 BGB sind Verwandte in gerader Linie verpflichtet, Auskunft über ihre Einkünfte und ihr Vermögen zu erteilen. Der Auskunftsanspruch dient gerade dazu, einen unnötigen Rechtsstreit zu vermeiden.⁹

Der Schutzzweck des § 1605 BGB ist schließlich der, dem Kind eine zuverlässige Berechnung seines Unterhalts in einem etwaigen Rechtsstreit zu ermöglichen und damit das mit der Ungewissheit verbundene Kostenrisiko auszuschließen.¹⁰

Doch gilt § 1605 BGB nur für den Mann, der als Vater des Kindes bereits feststeht.

Nunmehr ist jedoch anerkannt (jüngst vom OLG Frankfurt entschieden),¹¹ dass schon derjenige, der als Vater im Sinne des § 1600d BGB vermutet wird, verpflichtet ist, Auskunft über sein Einkommen zu erteilen.

Also hätte derjenige, der als Vater vermutet worden ist, bereits außergerichtlich Auskunft über sein Einkommen und Vermögen erteilen müssen, hätte ihn das unterhaltsberechtigten Kind hierzu aufgefordert.

Fraglich ist jedoch, ob der Pflicht zur Auskunftserteilung auch eine korrespondierende Pflicht zur Aufforderung, Auskunft über Einkommen und Vermögen zu erteilen, gegenübersteht.

M.E. gibt es eine solche allgemeine Pflicht zur außergerichtlichen Aufforderung zur Auskunft über Einkommen und Vermögen nicht! Zwar spricht für eine Pflicht des Kindes, den Vater außergerichtlich zur Auskunftserteilung aufzufordern, die Besonderheit des Verfahrens nach § 237 FamFG, das heißt die Kostenfolge. Bezeichnenderweise führt das OLG Frankfurt in oben genannter Entscheidung aus, dass es „dem klagenden Kind unbenommen wäre, die Klage aufrecht zu erhalten und trotz fehlender Leistungsfähigkeit zunächst einen Titel gegen den Beklagten zu erstreiten, den dieser dann im Wege der Herabsetzungsklage nach § 654 ZPO (Anm. d. Verf.: Heute § 240 FamFG.) wieder beseitigen müsste. Nach allgemeinen Kostenregeln hätte dann der Beklagte als der Unterlegene zumindest für die Klage nach § 653 ZPO (Anm. d. Verf.: Heute § 237 FamFG.) die vollen Kosten zu tragen, die Kosten der Herabsetzungsklage richteten sich nach allgemeinen Vorschriften.“¹² Bei dem der Entscheidung des OLG Frankfurt zugrunde liegenden Fall war jedoch der Vater bereits **außergerichtlich** zur Anerkennung der Vaterschaft und Auskunftserteilung **aufgefordert** worden.

Eine zu dieser Pflicht des Vaters korrespondierende Pflicht zur außergerichtlichen Auskunftsaufforderung durch das Kind könnte sich allenfalls als Schutzpflicht im Sinne des § 241 BGB darstellen. Im Interesse des Vaters müsste das Kind ihn im Sinne dieses Schutzgedankens erst einmal außergerichtlich zur Erteilung der entsprechenden Auskunft auffordern, um ihn nicht mit der oben dargestellten Kostenfolge des § 237 FamFG zu belasten und so auf seine wirtschaftlichen Verhältnisse Rücksicht nehmen.

Im **normalen Unterhaltsverfahren** treffen denjenigen Antragsteller die Kosten des Verfahrens, der außergerichtlich **nicht** zur Auskunft aufgefordert hat, wenn der Antragsgegner sofort anerkennt oder aber sich erfolgreich gegen den Antrag verteidigt.

Die Kostenlast ist allerdings die einzige Folge einer mangelnden Auskunftsaufforderung,

8 BGH, FamRZ 2003, 1544 ff., 1555

9 MünchKomm BGB/Born, 5. Aufl. 2008, § 1605, Rn. 2

10 MünchKomm BGB/Born, 5. Aufl. 2008, § 1605, Rn. 45;

11 OLG Frankfurt, FamRZ 2008, 1643 ff.

12 OLG Frankfurt, a.a.o.

wohlgeordnet im normalen Unterhaltsverfahren.

§ 93 d ZPO a.F. sollte dementsprechend auch eine „Kostenstrafe“ normieren,¹³ eine § 93 d ZPO a.F. entsprechende Regelung findet sich nunmehr in § 243 Satz 2 Ziff. 2 FamFG.

Im Verfahren nach § 237 FamFG ist das Resultat – wie oben geschildert – jedoch ein anderes: Der Vater trägt auf jeden Fall die Kosten.

Die Ausnahme der Kostenfolge im Verfahren nach § 237 FamFG kann aber nicht zu einer Pflicht zur Aufforderung zur Auskunftserteilung durch das Kind führen. Dies wird deutlich, wenn man sich vergegenwärtigt, dass der zur Anerkennung der Vaterschaft vorgehend aufgeförderte Mann die Anerkennung der Vaterschaft – selbstverständlich oft nicht grundlos – verweigern kann: Hier bleibt dem Kind nichts anderes übrig, als auf Vaterschaftsfeststellung zu klagen. Da es aber die Möglichkeit nach § 237 FamFG gibt, kann es seinen Feststellungsantrag sofort mit der Leistungsantrag auf Unterhalt verbinden, §§ 179, 237 FamFG.

Hier nunmehr eine Pflicht des Kindes konstruieren zu wollen, den die Vaterschaft bestreitenden Mann auch noch zur Auskunft über dessen Einkommen und Vermögen auffordern zu müssen (was ja rein formal wäre), bevor es das Statusverfahren mit dem vereinfachten Verfahren über Kindesunterhalt verbindet, also den Weg des § 237 FamFG beschreitet, ist zu weit hergeholt und wohl kaum praktikabel. Der Mann, der die Vaterschaft schon außergerichtlich bezweifelt und bestreitet und damit das Kind in das Abstammungsverfahren zwingt, wird außergerichtlich kaum Auskunft über sein Einkommen und Vermögen erteilen. Eine Pflicht des Kindes, den vermuteten Vater zur Auskunftserteilung aufzufordern, wäre tatsächlich nur noch rein formal und inhaltlich vollkommen überflüssig.

Das Kind kann schlichtweg den Weg des § 237 FamFG wählen!

Anerkannt ist aber auf der anderen Seite eine Pflicht des nichtehelichen Kind, den Vater zur Aufnahme einer notariellen Vereinbarung im Sinne des § 1934 d IV BGB aufzufordern.¹⁴ Kann daraus eine Pflicht des Kindes zur Auskunftsaufforderung in Unterhaltssachen gefolgert werden?

Die Pflicht, den Vater zur Aufnahme einer notariellen Vereinbarung im Sinne des § 1934 d IV BGB aufzufordern, gilt der Vermeidung der Kostentragungspflicht,¹⁵ und zwar der Kostentragungspflicht des Kindes selber.

Eine solche Pflicht zur Vermeidung der Kostentragung wird man dem Kind auch für eine Unterhaltssache entgegenhalten müssen, anderenfalls es sich § 243 Satz 2 Ziff. 4 FamFG iVm § 93 ZPO entgegenhalten lassen müsste und die Kosten eines Verfahrens zu tragen hätte.

Doch eine Pflicht im Sinne der §§ 280, 241 BGB kann sich auch hieraus nicht ergeben,

denn § 243 Satz 2 Ziff. 4 FamFG iVm § 93 ZPO soll letztlich nur leistungswillige Beklagte vor den Kosten eines Verfahrens schützen, indem es dem Kläger die Kosten im Sinne einer „Kostenstrafe“ auferlegt, und ihm gerade keine Schadensersatzansprüche offeriert. Mit hin ahndet § 243 Satz 2 Ziff. 4 FamFG iVm § 93 ZPO keinen Pflichtverstoß im Sinne des § 280 BGB.

Zwar ist auch im Rahmen des § 323 ZPO a.F. (nunmehr §§ 238, 239 FamFG) mittlerweile anerkannt, dass das Interesse des Antragsgegners (Unterhaltsverpflichteten), nicht mit einem unnötigen Prozess überzogen zu werden, zu schützen und daher grundsätzlich die vorprozessuale Aufforderung an den Antragsgegner zum Verzicht auf die Rechte aus dem bestehenden Titel geboten ist; allerdings ergibt sich als Folge einer unterlassenen Aufforderung für den Antragsteller wiederum allenfalls die Kostenpflicht aus § 243 Satz 2 Ziff. 4 FamFG iVm § 93 ZPO,¹⁶ also die „Kostenstrafe“!

Gegen eine Pflicht des Kindes, den Vater vorprozessual zur Erteilung von Auskunft über dessen Einkommen und Vermögen aufzufordern, sprechen ferner folgende Gesichtspunkte:

Gerade im vereinfachten Verfahren über Kindesunterhalt, zu dem das Unterhaltsverfahren nach § 237 FamFG in seiner alten Fassung gem. § 653 ZPO schon rein begrifflich zählte, ist das – in Kostendingen doch sachkundige – Jugendamt oftmals Beiständig. Das muss aber nicht so sein, § 234 FamFG. Das Kind, vertreten durch die Mutter, ist oftmals auf sich allein gestellt, was bedeutet, dass die Kostenfolgen gar nicht bekannt sind. Wenn aber das Kind die Kostenfolgen und die Möglichkeit, diese durch eine außergerichtliche Auskunftsaufforderung zu vermeiden, gar nicht kennt, kann auch keine Pflicht zur außergerichtlichen Auskunftsaufforderung im Sinne des § 280 BGB bestehen.

Auch wird dieses Ergebnis daran deutlich, dass das Kind für den Fall, dass es den Vater außergerichtlich zur Anerkennung der Vaterschaft aufgefordert hat und dieser bestritt, nicht noch zur Auskunft über sein Einkommen und Vermögen auffordern wird, und doch den Weg des § 237 FamFG beschreiten kann.

Gegen eine Pflicht des Kindes, den Vater außergerichtlich zur Auskunftserteilung aufzufordern, spricht auch, dass im Rahmen des § 237 FamFG der Mindestunterhalt oder weniger festgesetzt wird, und zwar unabhängig von den wirtschaftlichen Verhältnissen des Vaters. Wenn aber das Einkommen und Vermögen des Vaters gar keine Rolle für die Festsetzung des Unterhalts spielt, kann auch keine Pflicht des Kindes zur Aufforderung zur Auskunft über Einkommen und Vermögen angenommen werden. Es wird m.E. gar die Auskunftspflichtung des Vaters hier in Abrede gestellt werden können.

Auch der Sinn und Zweck des § 243 Satz 2 Ziff. 2 FamFG, also des § 93 d ZPO a.F., überhaupt spricht gegen eine Pflicht zur vorprozessualen Auskunftsaufforderung:

Zwar wurde vor Geltung der Kostenvorschriften des § 243 FamFG oder § 93 d ZPO (in seiner Fassung ab 01.07.1998 bis 31.08.2009) dem Gläubiger eines Anspruchs auf Auskunftserteilung und Rechnungslegung gegen den Schuldner der Auskunftspflichtung ein Schadensersatzanspruch wegen der Kosten einer unbegründeten Klage zuerkannt, die er infolge der nicht oder nicht rechtzeitig erteilten Auskunft erhoben hatte.¹⁷ Aber seit der Neufassung des § 93 d ZPO (ab 01.07.1998) und dem seit 01.09.2009 in Kraft getretenen § 243 Satz 2 Ziff. 2 FamFG ist in diesen Fällen eben nur noch die „Kostenstrafe“ einschlägig, die man freilich auch als materiellrechtlichen Kostenerstattungsanspruch ansehen kann.¹⁸ Eine spiegelbildliche Pflicht zur Aufforderung zur Auskunftserteilung lässt sich allerdings auch hieraus nicht entnehmen.

Gegen eine Pflicht des Kindes, den Vater außergerichtlich zur Auskunftserteilung aufzufordern, spricht auch Folgendes:

Das Kind hat einen Anspruch darauf, einen Titel über seinen Unterhalt in den Händen halten zu können.

Es entspricht aber der h.M., dass es keine „Titulierungsobliegenheit“ des unterhaltsverpflichteten Vaters gibt, das heißt, der Vater hat zwar die Pflicht, Auskunft über sein Einkommen und Vermögen zu erteilen und Kindesunterhalt zu zahlen, hat aber nicht die Pflicht, eine vollstreckbare Urkunde über Kindesunterhalt errichten zu lassen (in Form einer Jugendamtsurkunde).¹⁹ Er zahlt allenfalls die Kosten eines Unterhaltsverfahrens, nämlich dann, wenn ihn das Kind wegen seines Anspruchs auf Titulierung auf Unterhalt verklagt und antragsgemäß beschlossen wird.

Wenn der Vater aber keine Pflicht zur Errichtung eines Unterhaltstitels hat, kann für das Kind keine Pflicht im Sinne des § 280 BGB dazu bestehen, an der Errichtung der Urkunde in irgendeiner Form mitzuwirken, etwa durch die Aufforderung, überhaupt erst einmal das Einkommen und Vermögen darzulegen. Es zahlt allenfalls die Kosten eines Unterhaltsverfahrens, nämlich dann, wenn es im (normalen) Unterhaltsverfahren Kindesunterhalt beantragt, bevor es den Vater zur Auskunftserteilung aufgefordert hat, und der Vater beispielsweise sofort anerkennt. Es hat also allenfalls die „Kostenstrafe“ des § 243 Satz 2 Ziff. 4 FamFG iVm § 93 ZPO zu fürchten.

13 Schleswig-Holsteinisches OLG, FamRZ 2000, 1513 f.

14 OLG Düsseldorf, FamRZ 1993, 238 ff.

15 OLG Düsseldorf, a.a.o.

16 OLG Brandenburg, FamRZ 2005, 536

17 BGH, FamRZ 1995, 348 f.

18 so wohl OLG Nürnberg, FamRZ 2001, 1381

19 OLG Saarbrücken, FamRZ 2008, 2147 f.

Der Pflicht zur Auskunftserteilung steht eine solche zur Aufforderung zur Auskunftserteilung also nicht gegenüber.

Da es **keine Pflicht** iSd §§ 280, 241 BGB zur außergerichtlichen Auskunftsaufforderung gibt, kann die mangelnde außergerichtliche Aufforderung zur Auskunftserteilung auch **keine Pflichtverletzung** sein!

Auf dem Wege des Schadensersatzes wird der Vater seine Kosten für das Verfahren nach § 237 FamFG also nicht mehr zurück-erhalten.

Ein sonstiger Schadensersatzanspruch scheidet jedoch aus.

Ebenso wenig hilft der familienrechtliche Ausgleichsanspruch weiter: Er kommt nur dann zum Tragen, wenn ein Elternteil allein für den Kindesunterhalt eines gemeinsamen ehelichen Kindes aufgekomen ist. Dann steht ihm ein Ersatzanspruch gegenüber dem anderen Elternteil zu, der die Rechtsnatur eines familienrechtlichen Ausgleichsanspruchs hat. Dies folgt aus der gemeinsamen Unterhaltspflicht der Eltern gegenüber ihren Kindern und ergibt sich nach der Rechtsprechung aus der Notwendigkeit, die Unterhaltslast im Innenverhältnis zwischen den Eltern entsprechend ihrem Leistungsvermögen gerecht zu verteilen.²⁰

Dieser Fall ist jedoch nicht ansatzweise mit dem der Kostentragungspflicht des nicht außergerichtlich zur Auskunftserteilung aufgeforderten Vaters vergleichbar.

Daher erübrigt sich auch jedweder Gedanke an eine „analoge Anwendung“ des ohnehin nicht kodifizierten familienrechtlichen Ausgleichsanspruchs auf Fälle der vorliegenden Art.

Auch andere Ansprüche gegen das Kind auf Erstattung der Kosten des Verfahrens nach § 237 FamFG – zumindest, was die Leistungsstufe anbelangt – kommen nicht in Betracht, weswegen es bei der Kostenpflicht des Vaters verbleibt.

■ Folge

Der Vater wird also im Rahmen des Verfahrens nach § 237 FamFG zum Objekt einer richterlichen (Kosten-)Entscheidung, auf die er keinen Einfluss hat, weil ihm Einwendungen einfach versagt werden.

Gerade dies soll aber niemandem vor deutschen Gerichten widerfahren, Art. 1 und 103 I GG!

Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist verfassungsrechtlich geschützt, denn es gehört zur Menschenwürde, dass niemand zum bloßen Gegenstand eines ihn betreffenden staatlichen Gerichtsverfahrens gemacht werden darf.²¹

Zwar liegt hier kein Verstoß gegen den Grundsatz des Anspruchs auf rechtliches Gehör vor, da man überhaupt nur mit entscheidungserheblichem Vortrag Gehör finden kann, wobei das Gericht im Laufe des Prozesses die Erheblichkeit bestimmter Tatsachen oder Rechtsfragen nach Maßgabe des ein-

schlägigen Rechts herausarbeiten und den Umfang notwendigen Gehörs dadurch eingrenzen kann.²²

Der Vater kann zwar durchaus vortragen, außergerichtlich nicht zur Auskunftserteilung aufgefordert worden zu sein. Aber wenn er die Unterhaltsansprüche des Kindes nicht sofort anerkennt, ist sein Vortrag **unerheblich** und kann dann keinen Einfluss auf die Kostenentscheidung nehmen.

Allerdings sind auch seine Einwendungen, z.B. leistungsunfähig zu sein – was im normalen Unterhaltsverfahren zu einer Antragsabweisung und einer dementsprechenden Kostenentscheidung führen würde – **entscheidungsunerheblich**, da sie im Rahmen des Verfahrens nach § 237 FamFG schlichtweg keine Rolle spielen. Die Einwendungen des Vaters werden erst im Folgeverfahren nach § 240 FamFG erheblich. Dann ist es aber bekannterweise im Hinblick auf die Kosten schon zu spät.

Wegen der Unerheblichkeit der Einwendungen kann man schlechterdings einen Verstoß gegen den Anspruch des Vaters auf rechtliches Gehör annehmen.

Allerdings ist hier m.E. ein Verstoß gegen die Menschenwürde, Art. 1 GG, zu beklagen, wenn der (im Beispiel der Leistungsunfähigkeit evident) finanziell schwache Vater Kosten für ein Verfahren zahlen muss, in dem ihm jeglicher entscheidungserhebliche Vortrag abgeschnitten wird.

Es scheint also durchaus angebracht, über die Existenzberechtigung des Verfahrens nach § 237 FamFG nachzudenken: M.E. sollte es schlichtweg abgeschafft werden.

■ Fazit

In dem hier zugrunde gelegten Falle, dass ein (potentieller) Vater erst bei Zustellung der Antragschrift nach § 237 FamFG von einem möglichen Kinde erfährt und zumindest den geltend gemachten Unterhaltsanspruch des Kindes nicht sofort anerkennt und somit die Kostenlast trägt, obgleich er bei der Korrektur des Titels nach § 240 FamFG erfolgreich ist, kommt das geltende Recht zu einem unbilligen, gar untragbaren Ergebnis.

Dies hinzunehmen, scheint indes nicht angebracht oder gar notwendig, denn auf dem Wege eines Statusverfahrens, an das sich eine außergerichtliche Titulierung von Kindesunterhalt oder aber ein ganz normales Unterhaltsverfahren nach § 231 FamFG anschließen würde, erhält das Kind ebenfalls seinen Unterhaltstitel, wenn auch etwas weniger schnell als mit dem Verfahren nach § 237 FamFG.

Auch erhält das Kind, das ein Statusverfahren mit dem berechtigten Ziele betreibt, den Kindesvater zum Unterhalt heranzuziehen, betreibt, doch zumindest die staatlichen Leistungen wie Unterhaltsvorschuss oder auch andere Sozialleistungen, so dass sein Bedarf

während eines (auch lang andauernden) Unterhaltsverfahrens gedeckt ist.

Das vorrangige Ziel des speziellen Verfahrens nach § 237 FamFG, nämlich schnell einen ersten Vollstreckungstitel über Kindesunterhalt zu erhalten, um den Unterhaltsbedarf zu decken, verliert vor diesem Hintergrund auch an Bedeutung.

Und letztlich geht es nicht nur um das finanzielle Interesse des Kindes, sondern auch des Vaters, der von dem Antrag des Kindes überrascht wird und nach geltendem Recht keine Chance hat, der Kostentragungspflicht zu entgehen.

Eine wichtige Änderung brachte jedoch die Einführung der neuen Vorschrift im Zuge der Reform des Verfahrensrechts für die Kostenverteilung in Unterhaltssachen, § 243 FamFG. Nunmehr können respektive sollen die Besonderheiten des Einzelfalles bei der Kostenentscheidung des Gerichts stärker als bisher berücksichtigt werden.

Die Ermessensgesichtspunkte, die das Gericht bei seiner Kostenentscheidung zu beachten hat, sind in den Ziffern 1 bis 4 geregelt. Der angesprochene Fall des außergerichtlich nicht zur Auskunftserteilung aufgeforderten Vaters findet sich hier zwar nicht. Allerdings ist die Aufzählung **nicht abschließend**, so dass die Hoffnung besteht, dass im Rahmen der § 237 FamFG-Verfahren eine Billigkeitsentscheidung im Sinne der außergerichtlich nicht zur Auskunftserteilung aufgeforderten Väter getroffen werden wird!

Letztlich werden die Anwälte auf die Kostenentscheidung nach Billigkeit zugunsten dieser Väter hinzuweisen haben. Ist der Vater im Verfahren nach § 237 FamFG jedoch nicht anwaltlich vertreten – wie das meistens der Fall ist – und werden ihm die Kosten auferlegt, ohne dass er ein Rechtsmittel einlegen wird, dann wird er allenfalls in das Verfahren nach § 240 FamFG gehen, und das Problem der Kosten aus dem Verfahren nach § 237 FamFG bleibt unverändert fortbestehen.

Sollte das nicht doch Anlass für den Gesetzgeber sein, die Billigkeitsregeln für die Kostenentscheidung in diese Richtung zu präzisieren?

²⁰ seit BGHZ 31, 329 ff.

²¹ Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfau/Schmahl, GG, Art. 103, Rn. 3

²² Maunz/Dürig/Schmidt-Aßmann, GG, Art. 103, Rn.86