

Für die Bestimmung des Verfahrenswertes ist das Nettoeinkommen ohne Berücksichtigung von Kinderfreibeträgen und von Vermögen maßgebend.

Dem Wortlaut und der Gesetzesbegründung (BR-Drucks. 343/08) ist nicht eindeutig zu entnehmen, ob zwischen den Bewertungsvorschriften des § 43 Abs. 2 FamGKG und des § 50 Abs. 1 FamGKG Gleichklang hergestellt und die Bewertung vereinfacht werden soll (BR-Drucks. 343/08 v. 23.5.2008, S. 261 ff.), mit der Konsequenz, dass das Einkommen um die Kinderfreibeträge bereinigt und Vermögenswerte addiert werden. Andererseits bezieht sich die Folgesache Versorgungsausgleich im Wesentlichen auf Rentenrechte, die – insbesondere über die Sozialabgaben – gerade aus dem Einkommen stammen (vgl. BR-Drucks. 343/08 v. 23.5.2008, S. 261 ff.). Beiden Gesichtspunkten kann dadurch Rechnung getragen werden, dass bei § 50 Abs. 1 FamGKG das **Einkommen ohne Zu- und Abschläge** zugrunde gelegt wird. Damit entsprechen sich zwar nicht die Werte nach § 43 FamGKG und § 50 Abs. 1 FamGKG; die Berechnung der Abweichung verursacht jedoch keinen großen Aufwand, da das nach § 43 FamGKG ohnehin zugrunde liegende Einkommen lediglich um die Zu- und Abschläge zu bereinigen ist (vgl. zum Ganzen *Keske*, Handbuch des Fachanwalts für Familienrecht, 7. Aufl., Kap. 17 Rz. 107; *OLG Stuttgart*, Beschluss v. 3.5.2010, NJW 2010, 2221).

Der Verfahrenswert ist mit 10 % des dreifachen Nettoeinkommens der Parteien je Anrecht anzusetzen. Der Ansatz mit 20 % ist nur dann vorzunehmen, wenn der Versorgungsausgleich nach §§ 20 bis 27 VersAusglG durchgeführt, nicht aber, wenn wie hier ein Ausgleich auf der Grundlage von § 1 bis § 19 VersAusglG erfolgt (vgl. *OLG Nürnberg*, Beschluss v. 6.5.2010 – 7 WF 598/10 –, FamRZ 2011, 132).

(Mitgeteilt vom 2. ZS – FamS – des OLG Bamberg)

#### Nr. 1101 OLG Karlsruhe – FamGKG § 51; ZPO § 117

(18. FamS in Freiburg, Beschluss v. 3.2.2011 – 18 WF 7/11)

**Der Verfahrenswert berechnet sich auch bei nur teilweise bewilligter Verfahrenskostenhilfe nach dem gesamten rechtshängig gewordenen Verfahrensgegenstand.**

(Leitsatz der Redaktion)

#### Gründe:

##### I.

Mit Urteil des Familiengerichts vom 5.11.2009 war der Antragsteller verurteilt worden, an die Antragsgegnerin ab deren Geburt monatlich Unterhalt in Höhe von 100 % des jeweiligen Mindestunterhalts abzüglich des hälftigen Kindergeldes für ein zweites Kind zu zahlen.

In zwei, jeweils am 2.9.2010 beim Familiengericht eingegangenen Schriftsätzen beantragte der Antragsteller zum einen, ihm Verfahrenskostenhilfe [VKH] zu bewilligen, zum anderen, die Unterhaltspflichtung aus dem Urteil vom 5.11.2009 rückwirkend zum 19.2.2009 auf null herabzusetzen, hilfsweise den Unterhalt ab Rechtshängigkeit auf null herabzusetzen. Die Antragschrift wurde der Antragsgegnerin formlos zur Stellungnahme zum VKH-Antrag übermittelt.

Mit Beschluss v. 20.1.2010 bewilligte das Familiengericht dem Antragsteller VKH, soweit eine Abänderung des Urteils vom 5.11.2009 für die Zeit ab November 2010 begehrt wurde. Im Übrigen wies es den Antrag des Antragstellers auf Bewilligung von VKH zurück. Den Beschluss über die teilweise Bewilligung von VKH stellte das Familiengericht sodann zusammen mit der ursprünglichen Antragschrift zu.

Im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 14.12.2010 stellte die Antragstellervertreterin nach Scheitern eines Einigungsversuchs den

Antrag aus der Antragschrift vom 27.9.2010, soweit eine Abänderung des Unterhaltstitels ab Rechtshängigkeit des Antrags geltend gemacht wurde. Das Familiengericht setzte daraufhin mit dem angefochtenen Beschluss den Verfahrenswert auf 2.388 € fest.

Gegen die Höhe des festgesetzten Verfahrenswertes wendet der Antragsgegnervertreter mit seiner Beschwerde ein, der im Schriftsatz vom 27.9.2010 gestellte Antrag auf Abänderung des Urteils rückwirkend zum 19.2.2009 sei nicht unter der Bedingung der Bewilligung von VKH gestellt worden. Die im Zeitraum vom 19.2.2009 bis September 2010 fällig gewordenen Unterhaltsbeiträge seien daher dem Verfahrenswert hinzuzurechnen.

Das Familiengericht hat der Beschwerde mit Beschluss vom 11.1.2011 nicht abgeholfen.

##### II.

Die Beschwerde des Antragsgegnervertreterers ist begründet.

Maßgeblich für die Wertfestsetzung ist der vom Antragsteller aufgrund eines bestimmten Sachverhalts beehrte **prozessuale Anspruch**. Wird die Titulierung von Unterhalt oder die Abänderung eines bestehenden Unterhaltstitels angestrebt, bestimmt sich der Wert des Verfahrens gemäß § 51 FamGKG nach dem in den ersten zwölf Monaten nach Einreichung des Antrags geforderten Betrag (Abs. 1) zuzüglich der bei Einreichung des Antrags bereits fälligen Beträge (Abs. 2). Der Einreichung des Hauptsacheantrags steht nach § 51 Abs. 2 Satz 2 FamGKG die Einreichung eines Antrages auf Bewilligung von VKH gleich, wenn der Hauptsacheantrag alsbald nach Mitteilung der Entscheidung über den VKH-Antrag oder über eine alsbald eingelegte Beschwerde eingereicht wird.

Vorliegend wurde der Hauptsacheantrag zusammen mit dem VKH-Antrag eingereicht. In diesem Fall ist es Aufgabe des Antragstellers, deutlich und unmissverständlich **klarzustellen**, ob der Sachantrag unbedingt, oder nur für den Fall der Bewilligung von VKH eingereicht werden soll

(*BGH*, FamRZ 1996, 1142; *OLG Köln*, FamRZ 1997, 375; *Johannsen/Henrich*, Familienrecht, 5. Aufl. 2010, § 117 ZPO Rz. 27; *Musielak*, ZPO, 7. Aufl. 2009, § 117 Rz. 5).

Keinem der beiden eingereichten Schriftsätze lässt sich eine Einschränkung dahingehend entnehmen, dass der Zahlungsantrag nur unter dem Vorbehalt oder nur im Umfang der Bewilligung von VKH gestellt werden sollte. Die Schriftsätze enthalten weder eine entsprechende Bedingung, noch ist die Antragschrift ausdrücklich oder in sonstiger Weise – etwa durch fehlende Unterschrift – als Entwurf gekennzeichnet. Damit liegt ein **unbedingter Antrag zur Hauptsache** vor. Der Gegenstand des mit Einreichung des Schriftsatzes vom 27.9.2010 anhängig gewordenen Verfahrens (*BGH*, a. a. O.), ist folglich durch den darin enthaltenen Antrag auf Zahlung von Unterhalt bestimmt.

In diesem Umfang ist der Antrag auch rechtshängig geworden. Die zunächst nur formlos erfolgte Übermittlung des Antrags zur Stellungnahme zum VKH-Antrag hat zwar noch keine Rechtshängigkeit herbeigeführt (*Zöller/Getiner*, ZPO, 28. Aufl., § 117 Rz. 8, m. w. N.). Diese ist jedoch eingetreten, nachdem das Familiengericht der Antragsgegnerin den Beschluss über die teilweise Bewilligung von VKH nebst der Antragschrift vom 27.9.2010 förmlich zugestellt hat.

Die lediglich teilweise Bewilligung von VKH hat den rechtshängig gewordenen Verfahrensgegenstand **nicht** auf diejenigen Ansprüche **beschränkt**, für deren Geltendmachung VKH bewilligt wurde. Der Umfang der Rechtsverfolgung unterliegt der Dispositionsbefugnis des Antragstellers. Im Falle einer teilweisen Bewilligung von VKH kann er entscheiden, ob er einen dem Umfang der Bewilligung entsprechenden neuen Antrag ein-

reicht, oder aber seinen bisherigen Antrag aufrechterhält. Im zuletzt genannten Fall kann das Verfahren regelmäßig erst weiterbetrieben werden, wenn der Antragsteller – ggf. auf entsprechenden gerichtlichen Hinweis – den erforderlichen Kostenvorschuss für den von der VKH nicht erfassten Teil seines Antrags einzahlt. Wird – wie vorliegend – die unbedingte Antragschrift dem Gegner trotz der lediglich teilweise bewilligten VKH in ihrer ursprünglichen Form zugestellt, wird das Verfahren im Umfang des darin enthaltenen Antrages rechtshängig gemäß §§ 113 FamFG, 253 ZPO. Der Gegenstandswert ist dann – auch hinsichtlich der Anwaltsgebühren – auf Grundlage des zugestellten Antrags zu bestimmen.

Für seine hiervon abweichende Auffassung kann sich das Familiengericht nicht auf die Entscheidung des *Senats* vom 4.8.2009 (18 WF 99/09) stützen, denn diesem Verfahren lag ein anderer Sachverhalt zugrunde. Die Klägerin hatte einen von der Bewilligung von Prozesskostenhilfe abhängigen Klagantrag eingereicht, diesen – aufgrund einer im Prozesskostenhilfeprüfungsverfahren erfolgten teilweisen freiwilligen Titulierung des Unterhalts – neu formuliert und dabei auf den nicht titulierten Spitzenbetrag beschränkt. Der neu formulierte Antrag wurde sodann nach Bewilligung von Prozesskostenhilfe der Gegenseite zugestellt.

Ob nach teilweiser Bewilligung von VKH Rechtshängigkeit nur in einem der Bewilligung entsprechendem Umfang eintritt, wenn das Familiengericht die Zustellung mit dem Zusatz versteht, dass diese nur im Umfang der Bewilligung von VKH erfolge, bedarf keiner abschließenden Erörterung

(bejahend *OLG Karlsruhe*, NJW-RR 1989, 512; a. A. *OLG München*, MDR 1988, 972; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, ZPO, 69. Aufl. 2011, § 117 Rz. 11).

Zumindest im Falle eines unbedingten, mit Einreichung anhängig gewordenen Hauptsacheantrags, kann ein derartiger Zusatz im Hinblick auf die im Unterhaltsverfahren geltende Parteimaxime den Umfang der Rechtshängigkeit nicht bestimmen.

Vorliegend ist damit – ausgehend von der am 28.9.2010 eingegangenen Antragschrift – der Unterhaltszeitraum von 19.2.2009 bis einschließlich September 2011 für die Bemessung des Verfahrenswertes maßgeblich. Dabei ist gemäß § 51 Abs. 1 Satz 2 FamGKG der Zahlbetrag des zum Zeitpunkt der Einreichung des Antrags geltenden Mindestunterhalts zugrunde zu legen. Dieser belief sich im September 2010 in der ersten Altersgruppe auf monatlich 225 €, sodass sich hinsichtlich des laufenden Unterhalts ein Wert von 2.700 € (225 € × 12) ergibt. Hinzu kommen die im Jahr 2010 bereits fälligen Unterhaltsbeträge von 9 × 225 € = 2.025 €. Die rückständigen Unterhaltsbeiträge für den Zeitraum von März 2009 bis einschließlich Dezember 2009 belaufen sich auf insgesamt 1.990 € (199 € × 10). Ferner ist der anteilige Unterhalt für die Zeit vom 19.2.2009 bis 28.2.2009 mit einem Betrag von rund 71 € ( $\frac{10}{28}$  von 199 €) hinzuzurechnen. Insgesamt ergibt sich damit ein Verfahrenswert von 6.786 €.

(Mitgeteilt von RA O. Kloth, Teningen)

## 6. Erbrecht

Nr. 1102 OLG Hamm – BGB § 1949; FamFG § 352

(15-ZS, Beschluss v. 17.2.2011 – I-15-W 167/10)

1. Wer eine Erbschaft „aus allen Berufungsgründen“ ausschlägt, kann seine Erklärung nicht wegen eines Irrtums über den Inhalt eines Testamentes anfechten.

2. Erweist sich ein Feststellungsbeschluss nach § 352 FamFG als unrichtig, so ist er nicht nur aufzuheben, sondern zugleich neu über den gestellten Erbscheinsantrag zu entscheiden.

(Leitsätze der Redaktion)

### Gründe:

Die Beschwerde des Beteiligten zu 3 gegen den nach § 352 Abs. 1 und 2 FamFG ergangenen Feststellungsbeschluss des Amtsgerichts ist begründet und führt zur Abänderung. Der von den Beteiligten zu 1 und 2 in der notariellen Urkunde vom 6.11.2009 beantragte Erbschein kann nicht erteilt werden, da er die Erbfolge falsch wiedergeben würde.

Dass sich die Erbfolge nach dem Gesetz richtet, ist unstreitig. Das Ehegattentestament vom 2.12.1999 enthält lediglich eine Alleinerbeinsetzung des überlebenden Ehegatten; da der Ehemann der Erblasserin vorverstorben ist, ist dieses Testament bezogen auf den vorliegenden Erbfall gegenstandslos. Das handschriftliche Testament vom 31.1.2008 ist entgegen § 2247 Abs. 1 BGB nicht unterschrieben und somit nach § 125 S. 1 BGB nichtig. Das Schriftstück vom 8.2.2009 enthält nur eine Vollmacht und keine letztwilligen Verfügungen.

Dementsprechend ist die Erblasserin ursprünglich aufgrund gesetzlicher Erbfolge gemäß § 1924 BGB zu gleichen Teilen von ihren Kindern C2 (Beteiligter zu 1), C3 (Beteiligte zu 2) und C4 beerbt worden.

C4 hat jedoch durch die an das Nachlassgericht gerichtete, öffentlich beglaubigte Erklärung vom 21./22.7.2009 die Erbschaft wirksam ausgeschlagen mit der Folge, dass er seine Erbenstellung rückwirkend verloren hat (§ 1953 Abs. 1 BGB) und sein Erbteil rückwirkend zu gleichen Teilen seinen Kindern als Nächstberufenen angefallen ist (§§ 1953 Abs. 2, 1924 Abs. 3 und 4 BGB).

Die Ausschlagungserklärung war formgerecht (§ 1945 Abs. 1 BGB). Sie ist am 8.8.2009 bei dem nach dem damals geltenden § 73 Abs. 1 FGG örtlich zuständigen Amtsgericht eingegangen. Da seit dem Eintritt des Erbfalls (8.7.2009) noch keine sechs Wochen verstrichen waren, erfolgte die Ausschlagung auf jeden Fall fristgerecht (§ 1944 BGB).

Die Ausschlagung ist weder nach § 1949 BGB unwirksam bzw. gegenstandslos, noch greift die unter dem 28.10.2009 erklärte Anfechtung der Ausschlagung durch.

C4 hat geltend gemacht, er sei bei der Anfechtung irrtümlich davon ausgegangen, dass das privatschriftliche Testament vom 31.1.2008, in dem seine Geschwister – die Beteiligten zu 1 und 2 – als Erben eingesetzt wurden, gültig sei, sodass er die Ausschlagungserklärung in Unkenntnis der (wahren) Rechtslage abgegeben habe. Ob diese Darstellung zutreffend ist, bedarf keiner abschließenden Entscheidung. Auffällig ist in diesem Zusammenhang allerdings, dass der Beteiligte zu 1 bereits in seinem früheren Erbscheinsantrag vom 23.7.2009 – also zeitnah zu der Ausschlagungserklärung des C4 – das Testament vom 31.1.2008 als formunwirksam bezeichnet und gleichwohl eine Ausschlagungserklärung seines Bruders „aus jedem Berufsgrunde“ angekündigt hat. Auch fällt auf, dass die Anfechtung erklärt wurde, nachdem die Rechtspflegerin des Amtsgerichts den Beteiligten zu 1 sinngemäß darauf hingewiesen hatte, dass anstelle des C4 nunmehr dessen Kinder zum Zuge kommen würden.

Aber auch wenn man davon ausgeht, dass C4 bei der Ausschlagung fälschlich von der Wirksamkeit des privatschriftlichen Testaments vom 31.1.2008 ausgegangen ist, ist dieser Irrtum im Ergebnis unbeachtlich. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Fehlvorstellung des C4 als Irrtum über den Berufsgrund im Sinne des § 1949 BGB (Unkenntnis seiner Stellung als gesetzlicher Miterbe) oder als im Rahmen der Anfechtung (§§ 1954, 1955 BGB) zu berücksichtigender Inhaltsirrtum im Sinne des § 119 Abs. 1, 1. Alt. BGB einzustufen ist. Es ist jedenfalls nicht feststellbar, dass dieser Irrtum für die Ausschlagung kausal geworden ist. Hierfür tragen die Beteiligten zu 1 und 2 die materielle Feststellungslast, weil sie mit ihrem Erbscheinsantrag Rechte aus der Unwirksamkeit der Ausschlagungserklärung des C4 herleiten.