

## Die Rechtsprechung zur Höhe des Unterhalts

Bearbeitet von  
Dr. Elmar Kalthoener, Dr. Helmut Büttner, Birgit Niepmann, Werner Schwamb

13., völlig überarbeitete Auflage 2016. Buch. XXIV, 530 S. Kartoniert

ISBN 978 3 406 68498 2

Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

Gewicht: 892 g

Recht > Zivilrecht > Familienrecht > Güterrecht, Versorgungsausgleich,  
Unterhaltsrecht

Zu Inhalts- und Sachverzeichnis

schnell und portofrei erhältlich bei

**beck-shop.de**  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

### k) Vertragliche Regelung und Titulierung

**Bei vertraglicher Regelung des Unterhalts** sind §§ 1613, 1585b Abs. 2 BGB nicht anwendbar, denn der Unterhaltsschuldner, der seine Verpflichtung kennt, bedarf des Schutzes vor unerwarteter Inanspruchnahme nicht.<sup>719</sup> Unter den Beteiligten ist durch Vertrag klargestellt, dass und in welcher Höhe Unterhalt zu zahlen ist, so dass es weder der Mahnung noch der Erörterung im Rechtsstreit bedarf, um den Schuldner auf seine Leistungspflicht hinzuweisen. Die Einschränkung des § 1585b Abs. 3 BGB (für mehr als ein Jahr vor Rechtshängigkeit liegende Zeit) gilt aber auch bei vertraglicher Regelung. Der Gläubiger muss um zeitnahe Verwirklichung besorgt sein, um nicht beim Schuldner übergroße Schuldenlast anwachsen zu lassen. **Wertsicherungsklauseln**, die auf einen vom Statistischen Bundesamt ermittelten Preisindex abstellen, sind hinreichend bestimmt und vollstreckbar.<sup>720</sup> 268

**Bei Titulierung des Unterhalts** ist eine Mahnung nicht erforderlich, auch nicht bei Titulierung durch einstweilige Anordnung oder Prozessvergleich.<sup>721</sup> Bei zwischenzeitlicher Versöhnung entfällt allerdings ein Titel auf Trennungsunterhalt (→ Rn. 262) und es bedarf einer neuen Titulierung des Trennungsunterhalts.<sup>722</sup>

**Für Schadensersatzansprüche bei Auskunftspflichtverletzung** (Verzug, falsche Auskunft) ist umstritten, ob die Beschränkungen der §§ 1585b Abs. 2, 1613 Abs. 1 BGB nicht gelten,<sup>723</sup> oder ob sich umgekehrt aus diesen Schutzgedanken ergibt, dass jedenfalls bei bloßer Nichterteilung der Auskunft der entgangene Unterhalt nicht als Schaden geltend gemacht werden kann.<sup>724</sup> Für die Fälle falscher Auskunftserteilung ist der Auffassung des BGH unzweifelhaft zu folgen. 269

Zweifelhaft ist es, wenn die Fehlvorstellung nur auf **ungefragter Information** beruht. Gemäß einer Entscheidung des BGH<sup>725</sup> besteht für den Berechtigten eine Wahrheitspflicht während und außerhalb des Prozesses. Die Gerechtigkeit dürfte jedoch fordern, dass Berechtigter und Verpflichteter bei der Wahrheitspflicht gleichbehandelt werden, so kann der Berechtigte eine aufgenommene Arbeit nicht offenbaren, während der Verpflichtete ein Einkommenssteigerung nicht anzeigt. Zwischen Urteilen und Vergleichen wird dabei nicht zu unterscheiden sein, denn die Wahrheitspflicht besteht unabhängig von der Form des vorangegangenen Aktes. Einer „Evidenz“ bedarf es entgegen der Rechtsprechung des BGH<sup>726</sup> nicht. Der Verstoß gegen die Wahrheitspflicht muss aber gem. § 238 Abs. 1 FamFG (bisher § 323 Abs. 1 ZPO) eine „wesentliche Veränderung“ ergeben, wenn sie mitgeteilt werden muss.

**Verzugszinsen** für Unterhaltsrückstände können gestaffelt nach Fälligkeitszeitpunkten verlangt werden. Im sachlich unveränderten § 288 Abs. 1 BGB idF ab 1.1.2002 ist unverändert für alle Geldschulden – also auch für Unterhaltsschulden – ein Verzugszinssatz von 5 % über dem Basiszinssatz der Europäischen Zentralbank angeordnet.<sup>727</sup> In § 247

<sup>719</sup> BGH FamRZ 1989, 150 = NJW 1989, 526; BGH FamRZ 1987, 472 = NJW 1987, 1549 (1551); OLG Schleswig OLGR 1996, 91; OLG Bremen FamRZ 1996, 886 (Ls.).

<sup>720</sup> BGH FamRZ 2004, 531 = NJW-RR 2004, 649; zur Verwirkung → Rn. 272.

<sup>721</sup> OLG Hamm OLGR 1995, 166; OLG München FamRZ 1995, 1293 (dort wird aber zu Unrecht nochmals eine Mahnung durch das inzwischen volljährig gewordene Kind verlangt, vgl. zutr. Kritik von Krause FamRZ 1996, 308).

<sup>722</sup> OLG Hamm NJW-RR 2011, 1015 = FamFR 2011, 202 = FamRZ 2011, 1234 (Ls.).

<sup>723</sup> So BGH FamRZ 1985, 155 (157) = NJW 1985, 486; vgl. auch OLG Karlsruhe NJW-RR 2004, 145.

<sup>724</sup> Insbesondere OLG Bamberg FamRZ 1990, 1235 (1238) = NJW-RR 1990, 903; OLG Frankfurt FamRZ 1985, 732; OLG Hamm FamRZ 1986, 1111.

<sup>725</sup> BGH FamRZ 2000, 153 = NJW 1999, 2804.

<sup>726</sup> BGH FamRZ 1986, 450 = NJW 1986, 1751.

<sup>727</sup> Schon ab 1.5.2000 gilt die Verzugszinserhöhung gem. § 288 Abs. 1 S. 1 BGB aF gem. dem Gesetz über die Beschleunigung fälliger Zahlungen vom 30.3.2000 – BGBl. 2000 I, S. 330.

BGB idF ab 1.1.2002 ist der Basiszinssatz näher definiert, der sich gem. § 247 Abs. 2 BGB jeweils zum 1.1. und 1.7. eines jeden Jahres ändern kann (die Änderung wird im Bundesanzeiger bekannt gegeben). Zum 1.1.2008 hatte der Basiszinssatz mit 3,32 % seinen bisherigen Höchststand erreicht. Seit 1.7.2009 (nicht geändert am 1.1.2010) beträgt er nur noch 0,12 %, so dass sich Verzugs- und Rechtshängigkeitszinsen von 5,12 % ergeben. Die früher vertretene Meinung,<sup>728</sup> Unterhaltsschulden seien nur bei Inanspruchnahme von Bankkrediten zu verzinsen, ist als überholt anzusehen, denn § 288 Abs. 1 BGB enthält die gesetzliche unwiderlegliche Vermutung eines Mindestschadens und Unterhaltsforderungen sind unzweifelhaft Geldforderungen.<sup>729</sup> Auf den konkreten Schadensnachweis kommt es nach dem Gesetz nicht an. Auch bei sonstigen Schulden sind die geschuldeten Beträge häufig nicht zur zinsbringenden Anlage bestimmt gewesen, ohne dass sich der Schuldner auf diesen Umstand berufen könnte. Auch gegenüber Zinsansprüchen gilt das Aufrechnungsverbot gem. §§ 394 BGB, 850b ZPO.<sup>730</sup>

## 5. Verjährung und Verwirkung von Unterhaltsforderungen

270 **Unterhaltsansprüche** – soweit sie nicht unter § 197 Abs. 1 Nr. 3–5 BGB (titulierte) fallen – **verjähren** nach dem **Wegfall von § 197 Abs. 1 Nr. 2 BGB zum 1.1.2010** nunmehr **unmittelbar gemäß § 195 BGB in drei Jahren** mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Tatsachen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen (§ 199 Abs. 1 BGB idF ab 1.1.2002).<sup>731</sup> Der dies bis 31.12.2009 ebenso regelnde § 197 Abs. 2 BGB hat aber noch Bedeutung für die bereits titulierten Ansprüche, siehe dazu → Rn. 271.

Wenn durch die vereinbarte Verpflichtung zu einer **einmaligen Abfindung** die für eine Unterhaltsschuld charakteristische Erbringung der Leistung in zeitlicher Wiederkehr und für bestimmte Zeitabschnitte entfällt und ihr damit die **Eigenschaft einer wiederkehrenden Leistung** iSv **§ 197 Abs. 2 BGB verloren** geht, gilt für einen darüber geschlossenen vollstreckbaren Vergleich gemäß § 197 Abs. 1 Nr. 4 BGB die 30-jährige Verjährungsfrist.<sup>732</sup>

**Verjährungshemmungen** gemäß §§ 203, 204 BGB idF ab 1.1.2002 und besonders auch § 207 BGB idF ab 1.1.2010 sind zu beachten.

Die Rechtshängigkeit eines Stufenantrags führt zur Hemmung der Verjährung des noch nicht bezifferten Leistungsanspruchs in jeder Höhe.<sup>733</sup> Nach § 204 Abs. 1 Nr. 14 BGB nF hemmt auch die Einreichung eines **VKH/PKH-Antrages** die Verjährung (vor 1.1.2002 aus § 203 BGB aF abgeleitet). Das gilt auch für verspätete Auslandszustellung, da solche Verzögerungen nicht dem Kläger anzulasten sind.<sup>734</sup>

Nach § 207 BGB ist die Verjährung für Ansprüche zwischen Ehegatten und damit auch auf Ehegattenunterhalt während des Bestehens der Ehe gehemmt, entsprechend auch Ansprüche zwischen Lebenspartnern.

Bei Ansprüchen zwischen **Kind und Eltern** und damit insbesondere auch auf Kindesunterhalt wird die Verjährung gemäß § 207 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB nF seit 1.1.2010 für

<sup>728</sup> OLG Celle FamRZ 1983, 525 mAnm Brüggenmann.

<sup>729</sup> Runge JAmT 2001, 323; so schon BGH NJW 1979, 540.

<sup>730</sup> OLG Hamm FamRZ 1988, 952.

<sup>731</sup> OLG Dresden FamRZ 2006, 1530 (Ls.); zu weiteren Einzelheiten wird auf Büttner FamRZ 2002, 361 ff. und Mansel NJW 2002, 89 ff. verwiesen.

<sup>732</sup> BGH FamRZ 2014, 1622 = NJW 2014, 2637, Tz. 13, 17.

<sup>733</sup> BGH FamRZ 1999, 571 = NJW 1999, 1101; FamRZ 1995, 797 = NJW-RR 1995, 770; OLG Celle NJW-RR 1995, 1411 (Auskunftsklage genügt nicht); OLG Brandenburg NJW-RR 2002, 362 (§ 204 BGB gilt nicht bei cessio legis).

<sup>734</sup> AG Köln FamRZ 2004, 468.

die Zeit bis zur Vollendung des 21. Lebensjahres des Kindes gehemmt (bis 31.12.2009 nur für die Zeit der Minderjährigkeit, deshalb ist insoweit noch die Übergangsvorschrift Art. 229 § 23 Abs. 3 EGBGB zu beachten, wonach sich die Hemmung der Verjährung für den Zeitraum vor 1.1.2010 nach der bis dahin geltenden Fassung des § 207 BGB richtet). Verwirkung ist allerdings dennoch möglich, siehe → Rn. 272–274.<sup>735</sup>

**Der Neubeginn der Verjährung** nach § 212 BGB ist an die Stelle der Unterbrechung der Verjährung nach § 208 BGB in der bis 31.12.2001 geltenden Fassung getreten und betrifft nur noch die Fälle des Anerkenntnisses<sup>736</sup> und der Vollstreckungsanträge bzw. -maßnahmen. Vollstreckungshandlungen sind alle die Vollstreckung fördernden Maßnahmen. Sie sind zum Neubeginn der Verjährung auch dann erforderlich, wenn die Vollstreckung im konkreten Fall aussichtslos ist.<sup>737</sup> Die Zustellung des Titels oder der Antrag auf Umschreibung des Titels reichen nicht aus.<sup>738</sup>

**Titulierte wiederkehrende Unterhaltsansprüche** verjährten nach § 218 BGB in der bis 31.12.2001 geltenden Fassung für die Zukunft in vier Jahren, für bis zur Rechtskraft aufgelaufene Ansprüche galt aber die 30-jährige Verjährungsfrist.<sup>739</sup> Nach § 197 Abs. 1 Nr. 3–5, Abs. 2 BGB nF gilt für die zukünftigen Ansprüche nach Rechtskraft (Nr. 3) bzw. sonstiger Titulierung (Nr. 4, 5) die dreijährige Regelverjährung, für die Ansprüche bis zur Rechtskraft bzw. Titulierung aber (weiterhin) die dreißigjährige Verjährung.

**Übergangsregelungen.** Bei Dauerschuldverhältnissen, die vor dem 1.1.2002 entstanden sind, gilt das damals geänderte Recht ab 1.1.2003.

**Verwirkung** rückständigen Unterhalts kommt vor Ablauf der Verjährungsfrist in Betracht, wenn besondere Zeit- und Umstandsmomente erfüllt sind.<sup>740</sup>

**Zeitmomente.** Eine generelle Aussage, dass an das Zeitmoment im Unterhaltsrecht keine strengen Anforderungen zu stellen seien, erscheint nicht richtig,<sup>741</sup> auch nach dem neuen Verjährungsrecht,<sup>742</sup> auch wenn das jetzt nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung feststehen dürfte. Bei einer vorangehenden Verjährungshemmung gilt nichts anderes.<sup>743</sup> Für sich genommen reicht das Zeitmoment nicht aus, denn bei bloßem Zeitablauf gelten ausschließlich die gesetzlichen Verjährungsfristen.<sup>744</sup> Zeit- und Umstandsmomente können sich wechselseitig beeinflussen, dh bei relativ kurzer Zeit müssen strengere Anforderungen an die Erfüllung der Umstandsmomente gestellt werden.<sup>745</sup>

**Umstandsmoment.** Es kommt darauf an, ob der Berechtigte dem Verpflichteten Anlass gegeben hat, darauf zu vertrauen, der Anspruch werde nicht mehr geltend

<sup>735</sup> OLG Frankfurt OLGR 2007, 320 = FamRB 2007, 293 (red. LS).

<sup>736</sup> Die Erteilung einer Auskunft ist noch kein Anerkenntnis: OLG Karlsruhe OLGR 2001, 198.

<sup>737</sup> OLG Dresden FamRZ 2006, 1530 (Ls.).

<sup>738</sup> OLG Brandenburg NJW-RR 2002, 362.

<sup>739</sup> BGH NJW 1990, 2754.

<sup>740</sup> BGH (XII.) FamRZ 2007, 453 mAnm Büttner; BGH (XII.) FamRZ 2002, 1698; BGH (VII.) NJW 2003, 824 = FamRZ 2003, 449 mAnm Büttner; OLG Stuttgart FamRZ 2006, 1757; OLG Hamm OLGR 2007, 411.

<sup>741</sup> So BGH FamRZ 2007, 453 mAnm Büttner = NJW 2007, 1273; BGH FamRZ 2002, 1698 mAnm Klinkhammer = NJW 2003, 128 und FamRZ 2004, 531; OLG Jena FPR 2003, 137; OLG Brandenburg NJW-RR 2002, 362; OLG Hamm OLGR 2004, 20; NJW-RR 2007, 726 und OLG Schleswig NJWE-FER 2000, 27 (schon ab 1 Jahr); OLG Hamm NJW-RR 1998, 510 (fünf Jahre); OLG Frankfurt FamRZ 1999, 1163 (sieben Jahre).

<sup>742</sup> So auch BGH (VII.) NJW 2003, 824 = FamRZ 2003, 449 mAnm Büttner. Näher Büttner FamRZ 2002, 361 (365).

<sup>743</sup> BGH FamRZ 2004, 531 (Umstandsmoment nicht erfüllt); OLG Brandenburg FamRZ 2004, 558; anders OLG Schleswig FamRZ 2001, 1707 m. krit. Anm. Bastrup.

<sup>744</sup> So auch BGH (VII.) FamRZ 2003, 449 mAnm Büttner = NJW 2003, 824; anders aber BGH FamRZ 2007, 453 mAnm Büttner und BGH FamRZ 2002, 1698 mAnm Klinkhammer; OLG Brandenburg FamRZ 2002, 960 und OLG München FamRZ 2002, 1039.

<sup>745</sup> OLG Brandenburg Kuj 2006, 258.

gemacht. Durch das Verhalten des Berechtigten muss beim Verpflichteten ein schützenswertes Vertrauen geschaffen worden sein, dieser werde den Unterhalt nicht in Anspruch nehmen.<sup>746</sup> Grundsätzlich kann das Umstandsmoment daher nicht als erfüllt angesehen werden, solange der Anspruch noch nicht geltend gemacht werden konnte, zB gegen den Vater gem. § 1613 Abs. 2 Nr. 2a BGB.<sup>747</sup>

Dagegen kann der nun bis zur Vollendung des 21. Lebensjahres des Kindes in der Verjährung gehemmte Anspruch gegen die Eltern verwirkt sein, wenn sowohl Zeit- als auch Umstandsmoment erfüllt sind.<sup>748</sup>

- 273 Rechtshängigen und titulierten Forderungen** kann nur ausnahmsweise der Verwirkungseinwand entgegengehalten werden. Es überzeugt nicht, mit dem Argument, ein titulierter Anspruch könne leicht durchgesetzt werden, geringere Anforderungen als bei nicht titulierten Ansprüchen zu stellen.<sup>749</sup> Entscheidend ist, dass der Verpflichtete nicht darauf vertrauen darf, trotz der Titulierung seine Verpflichtung nicht erfüllen zu müssen. Das Gesetz geht von der freiwilligen sofortigen Erfüllung aus und gibt dem Berechtigten nur die Zwangsvollstreckungsmöglichkeit, wenn das nicht geschieht. Aus nicht erfolgter Zwangsvollstreckung kann daher ein Vertrauensschutz nicht hergeleitet werden, sonst stünde der rechtsuntreue Schuldner besser als derjenige, der titulierte Forderungen freiwillig erfüllt. Der Berechtigte muss daher über die unterlassene Zwangsvollstreckung hinaus durch sein Verhalten in dem Verpflichteten das schützenswerte Vertrauen begründet haben, er werde die Forderung trotz Rechtshängigkeit oder Titulierung nicht geltend machen.<sup>750</sup>

Jedoch ist eine **Verwirkung ab Rechtshängigkeit nach § 242 BGB** zu prüfen, wenn der Schuldner mit so hohen Forderungen aus der Vergangenheit belastet wird, dass es ihm unmöglich wird, diese Schulden zu tilgen und daneben seinen laufenden Verpflichtungen nachzukommen.<sup>751</sup>

- 274 Umfang der Verwirkung.** Es kommt darauf an, bis zu welchem Zeitpunkt die Zeit- und Umstandsmomente erfüllt sind. Unrichtig erscheint die Auffassung, die Verwirkung, einmal eingetreten, erfasse auch zukünftige Ansprüche bis zu einer erneuten Inverzugsetzung oder Mahnung.<sup>752</sup>

Ein Jahr vor der Bezifferung gilt das nicht, denn § 1585b Abs. 3 BGB schützt insoweit.<sup>753</sup>

<sup>746</sup> BGH (VII.) NJW 2003, 824 = FamRZ 2003, 449 mAnm Büttner; so auch BGH (XII) FamRZ 2004, 531 (nicht bei 13.000 DM Nettoeinkommen monatlich); zB durch die Erklärung, eine Adoption sei beabsichtigt: OLG Hamm FamRZ 1998, 1189; OLG Hamm OLGR 2004, 20 (bloße Nichtweiterverfolgung?).

<sup>747</sup> OLG Brandenburg FuR 2001, 521: Keine Verwirkung vor rechtskräftiger Feststellung der Vaterschaft.

<sup>748</sup> OLG Frankfurt OLGR 2007, 320. = FamRB 2007, 293 (red. LS); vgl. auch BGH FamRZ 1999, 1422.

<sup>749</sup> So aber BGH FamRZ 1999, 1422; KG FamRZ 2006, 1292 (Ls.); OLG Hamm NJW-RR 2007, 726; OLG Brandenburg JAmt 2001, 376 (377); OLG München OLG Report 2002, 68 (Zeitmoment bei Titulierung 1 Jahr nach Rechtsgedanken der §§ 1585b Abs. 3, 1613 Abs. 2 BGB); wie hier OLG Stuttgart FamRZ 1999, 859 und FamRZ 2006, 1757; OLG Hamburg OLGR 2001, 348.

<sup>750</sup> BGH FamRZ 2002, 1698 und 1999, 1422 = NJWE-FER 1999, 269 (Vertrauenstatbestand ergibt sich aber aus dem mitgeteilten Sachverhalt nicht hinreichend); OLG Hamm FamRZ 1999, 1665 bejahte stillschweigende Abänderung, da über zwei Jahre geringerer Unterhalt als titulierte entgegengenommen; OLG Hamm FamRZ 2002, 230 und OLG Hamburg FamRZ 2002, 327 mit Recht einschränkend.

<sup>751</sup> OLG Stuttgart FamRZ 2006, 1757 unter Hinweis auf BGH FamRZ 1999, 843 (847).

<sup>752</sup> So aber OLG Düsseldorf OLGR 1998, 205.

<sup>753</sup> BGH FamRZ 2007, 453 mAnm Büttner; anders aber OLG Celle FF 2007, 152 mAnm Büttner.

## 6. Rückforderung überzahlten Unterhalts<sup>754</sup>

### a) Freiwillige Mehrleistungen

(1) **Beim Familien- und Trennungsunterhalt** können sie nur nach Maßgabe der §§ 1360b, 1361 Abs. 4 S. 4 BGB zurückgefordert werden;<sup>755</sup> der Leistende muss beweisen, dass er beabsichtigte, Ersatz zu verlangen. 275

(2) **Beim nachehelichen Unterhalt** können sie nach §§ 812 ff. BGB zurückgefordert werden, soweit dem nicht § 814 BGB entgegensteht, insbesondere wenn der Berechtigte auf die Einrede der Entreicherung verzichtet hat.<sup>756</sup> Bei überhöhter Zahlung auf Zahlungsaufforderung der öffentlichen Hand nach cessio legis kann der Rückforderungsanspruch trotz § 814 BGB wegen des Vertrauens auf die Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns begründet sein.<sup>757</sup>

(3) **Beim Verwandtenunterhalt** ist eine Rückforderung wie beim nachehelichen Unterhalt möglich, da eine entsprechende Anwendung des § 1360b BGB nicht vorgesehen ist. Die Rückforderung des Kindergeldes von einem Elternteil ist nicht möglich, das volljährige Kind muss sich vielmehr an die Familienkasse halten.<sup>758</sup>

### b) Zahlungen unter Vorbehalt

Eine Zahlung unter Vorbehalt schließt nur die Anwendung der §§ 212 Nr. 1 nF, 814 BGB aus. § 820 BGB ist dagegen für Unterhaltsforderungen unanwendbar, da der Empfänger sie zur Deckung des laufenden Lebensbedarfs benötigt. Eine verschärfte Bereicherungshaftung des Empfängers kann daher nicht durch die Erklärung, nur unter Vorbehalt zu zahlen, erreicht werden.<sup>759</sup> 276

### c) Unfreiwillige Mehrleistungen in Unkenntnis der Nichtschuld

(1) **Bei titulierten Unterhaltsforderungen** ist zunächst zu beachten, dass dem **Rückforderungsantrag** nicht vor einer Abänderung des Titels entsprochen werden kann.<sup>760</sup> Diese Abänderung ist bei Prozessvergleichen und notariellen Urkunden schon immer auch rückwirkend möglich<sup>761</sup> (jetzt § 239 FamFG). Bei Urteilen kann der Unterhalt dagegen nach dem für alle noch vor dem 1.9.2009 eingereichten Abänderungsklagen maßgeblichen § 323 Abs. 3 ZPO nur für die Zeit ab Rechtshängigkeit herabgesetzt werden. In den seit 1.9.2009 eingeleiteten Abänderungsverfahren nach § 238 FamFG kann jetzt unter den Voraussetzungen des § 238 Abs. 3 S. 3 FamFG auch für die Zeit bis ein Jahr vor Rechtshängigkeit (§ 238 Abs. 3 S. 4 FamFG) eine Herabsetzung erfolgen. 277

Der deshalb nötige Abänderungsantrag gemäß § 238 FamFG/§ 239 FamFG muss allerdings nach **§ 241 FamFG** nun nicht mehr sogleich mit dem Rückforderungsantrag verbunden werden, um die verschärfte Haftung nach § 818 Abs. 4 BGB herbeizuführen.

<sup>754</sup> Vgl. *Büte* FuR 2006, 93 und DIJuF-Rechtsgutachten JAmt 2007, 301.

<sup>755</sup> Dazu eingehend OLG Karlsruhe FamRZ 1990, 744; OLG Koblenz FamRZ 1999, 162 (zum Ausgleichsanspruch).

<sup>756</sup> OLG Brandenburg FamRZ 2007, 42 (auch zur überzahlten Steuererstattung); AG Hamburg FamRZ 2007, 1017; OLG Hamm FamRZ 1996, 1406.

<sup>757</sup> KG FamRZ 2002, 1357.

<sup>758</sup> OLG Naumburg NJW-RR 2006, 1154.

<sup>759</sup> BGH FamRZ 1998, 951 (953) = NJW 1998, 2433 und BGH NJW-RR 2000, 740 (741).

<sup>760</sup> BGH FamRZ 1991, 1175 = NJW-RR 1991, 1154 (abgesehen von Vergleichen im Einstweiligen Anordnungsverfahren, wenn nur summarisch-vorläufige Regelung); OLG Celle NJW-RR 1992, 1412 anders noch OLG Köln NJW 1988, 1185.

<sup>761</sup> Ständige Rechtsprechung seit BGH – GS – FamRZ 1983, 22 = NJW 1983, 228. Zur Rückforderung des auf Einstweilige Anordnung Geleisteten vgl. *Kohler* FamRZ 1988, 1005.

Zum in den Übergangsfällen noch maßgeblichen vorherigen Recht hat der BGH dagegen ausdrücklich daran festgehalten, dass eine verschärfte Haftung des Bereicherungsschuldners nach §§ 818 Abs. 4, 819 BGB, die einer Einrede des Wegfalls der Bereicherung entgegenstehen könnte, nicht bereits mit Rechtshängigkeit einer Abänderungsklage oder einer Klage auf Feststellung der entfallenen Unterhaltspflicht eintritt, sondern konkret an die Rechtshängigkeit der Klage auf Herausgabe des Erlangten (§ 812 BGB) oder auf Leistung von Wertersatz (§ 818 Abs. 2 BGB) anknüpft.<sup>762</sup>

- 278 **Bei Zahlungen auf Grund eines Urteils** konnte unter der bisherigen Geltung von § 323 Abs. 3 ZPO für die vor Zustellung der Abänderungsklage geleisteten Zahlungen ein Rückforderungsanspruch nur gemäß § 826 BGB bestehen,<sup>763</sup> da das Urteil in Rechtskraft erwächst und damit Rechtsgrund ist. § 826 BGB setzt ein evident unredliches Verhalten sowie Unerträglichkeit der Ausnutzung des Urteils voraus.<sup>764</sup>

- 279 **Bei Zahlungen auf Grund einstweiliger Anordnung** nach den bisherigen §§ 620 Nr. 4 und 6 sowie 644 ZPO bzw. (nicht endgültigen) Vergleichen, die nur zum Abschluss dieser EA-Verfahren geschlossen worden sind, kann unmittelbar die Rückzahlung – in einem Hauptverfahren der Gegenseite sogar in Form eines bezifferten Eventualwiderantrags – betrieben werden,<sup>765</sup> ohne dass es insoweit der Abänderung bedarf, denn diese Anordnungen stellen keinen Rechtsgrund iSv § 812 BGB dar.<sup>766</sup> Daran hat sich mit der Einführung der §§ 246, 49 ff. FamFG nichts geändert.<sup>767</sup>

Andererseits gilt § 241 FamFG insoweit nicht entsprechend, so dass dem Gläubiger die Einrede des Wegfalls der Bereicherung nicht durch § 818 Abs. 4 ZPO verwehrt ist, wenn vom Zahlenden zunächst nur die Abänderung begehrt wird.<sup>768</sup> Grund für die fehlende Erstreckung von § 241 FamFG auf die einstweiligen Anordnungen war ua die beabsichtigte Stärkung dieses Rechtsinstituts, das deshalb nicht (durch analoge Anwendung von § 241 FamFG) verwässert werden sollte.<sup>769</sup>

- 280 **(2) Bei nicht titulierten Unterhaltsforderungen** kann eine Rückforderung gem. §§ 812 ff. BGB geltend gemacht werden.

- 281 **(3) Dem Bereicherungsanspruch** gemäß § 812 Abs. 1 S. 2 1. Alt. BGB kann der – dafür beweispflichtige – Bereicherte den Einwand des Bereicherungswegfalls (§ 818 Abs. 3 BGB) entgegenhalten, wenn ihm kein Vermögensvorteil verblieben ist. Das gilt insbesondere, wenn der Empfänger die zu Unrecht geleisteten Beträge für den laufenden Bedarf verbraucht hat oder damit Schulden getilgt hat, die er auch sonst getilgt hätte.<sup>770</sup> Dafür spricht bei unteren und mittleren Einkommen eine tatsächliche Vermutung,<sup>771</sup> auch wenn der Stamm des Vermögens angegriffen werden könnte. Das gilt nicht für Vorsor-

<sup>762</sup> BGH FamRZ 2008, 1911 = NJW 2008, 3213 Tz. 71.

<sup>763</sup> Vgl. dazu insbesondere BGH FamRZ 1988, 270 = NJW 1988, 1965; FamRZ 1986, 794 = NJW 1986, 2047; OLG Braunschweig FamRZ 1999, 1058.

<sup>764</sup> OLG Braunschweig FamRZ 1999, 1058; OLG Köln NJW-RR 1999, 1673.

<sup>765</sup> OLG Köln NJW-RR 2003, 1228.

<sup>766</sup> BGH FamRZ 1991, 1175 = NJW-RR 1991, 1154.

<sup>767</sup> Keidel/Giers FamFG § 246 Rn. 11.

<sup>768</sup> OLG Karlsruhe NJW 2014, 1744; Götz NJW 2010, 897 (900); Bumiller/Harders/Schwamb FamFG, 11. Aufl. 2015, § 241 Rn. 3; Keidel/Giers FamFG § 246 Rn. 11; aA Johannsen/Henrich/Büte, 6. Aufl., FamFG § 54 Rn. 15; Zöller/Lorenz FamFG § 241, Rn. 4.

<sup>769</sup> OLG Karlsruhe NJW 2014, 1744; Götz NJW 2010, 897 (900); Bumiller/Harders/Schwamb FamFG § 241 Rn. 3; Dose, Einstw. Rechtsschutz in Familiensachen, Rn. 529 m. Hinweis auf BT-Drs. 16/6308, 199.

<sup>770</sup> BGH FamRZ 1992, 1152 = NJW 1992, 2415; OLG Hamm FamRZ 1996, 1406; zur Bereicherungshaftung bei Rückforderung von Ehegattenunterhalt vgl. weiter Mertens FamRZ 1994, 601 ff. und M. Schwab FamRZ 1994, 1567 ff.

<sup>771</sup> BGH FamRZ 2000, 751 = NJW 2000, 740 (741).

geaufwendungen, soweit hier der Vorteil verbleibt.<sup>772</sup> Durch ein deklaratorisches An-  
erkenntnis wird der Bereicherungseinwand ausgeschlossen.<sup>773</sup>

**Eine verschärfte Haftung** nach §§ 818 Abs. 4, 819 BGB kann eingreifen, die gemäß 282  
§ 241 FamFG bereits mit der Rechtshängigkeit eines Abänderungsantrags nach  
§§ 238–240 FamFG ausgelöst wird, siehe dazu → Rn. 277 auch zur Abgrenzung zur  
bisherigen Rechtslage. Für Kenntnis des Mangels des rechtlichen Grundes gem. § 819  
Abs. 1 BGB genügt nicht, dass der Berechtigte die dafür maßgebenden Tatsachen kennt,  
sondern er muss den Mangel des rechtlichen Grundes selbst positiv kennen.<sup>774</sup>

§ 820 BGB ist auf Unterhaltsvereinbarungen nicht anwendbar.<sup>775</sup>

**Schadensersatz bei Vollstreckung aus gem. § 116 FamFG für sofort wirksam er- 283**  
**klärtem Beschluss.** Für die Zwangsvollstreckung aus Unterhaltstiteln finden gemäß § 120  
Abs. 1 FamFG grundsätzlich die §§ 704–915h ZPO Anwendung, jedoch mit Ausnahme  
der §§ 708 ff. ZPO über die vorläufige Vollstreckbarkeit, an deren Stelle § 120 Abs. 2 S. 1  
FamFG iVm § 116 Abs. 2, 3 FamFG tritt. Auf die hiernach gemäß § 116 Abs. 3 S. 3  
FamFG in der Regel für sofort wirksam erklärten <sup>776</sup> Endentscheidungen über Unterhalt  
ist nach § 120 Abs. 1 FamFG die Vorschrift **§ 717 Abs. 2 ZPO** für den **Schadensersatz**  
bei Vollstreckung aus vorläufig vollstreckbaren Urteilen entsprechend anwendbar.<sup>777</sup> Der  
Schuldner muss dann darlegen, dass er konkret zur Abwendung der drohenden Zwangs-  
vollstreckung aus einer für sofort wirksam erklärten Endentscheidung geleistet hat.<sup>778</sup>

Die Entreichungseinrede kann hier nicht erhoben werden, da es sich um einen ver-  
schuldens-unabhängigen Schadensersatzanspruch außerhalb des Bereicherungsrechts han-  
delt. Auf gerichtliche Vergleiche und einstweilige Anordnungen ist § 717 Abs. 2 ZPO  
nicht anwendbar.<sup>779</sup>

Jedoch ist **§ 717 Abs. 3 S. 2 ZPO** über die Herausgabe des Geleisteten bei **Aufhebung**  
**einer zweitinstanzlichen Entscheidung** entsprechend anwendbar, führt allerdings regel-  
mäßig zur Zurückverweisung wegen neuen oder ungeklärten Tatsachenvortrags.<sup>780</sup>

Nur noch zur Vermeidung eines **nicht zu ersetzenden Nachteils infolge der Vollstre- 283a**  
**ckung** kann der Schuldner vor Eintritt der Rechtskraft einer für sofort wirksam erklärten  
Entscheidung, der ja bereits eine Ermessensprüfung vorausgegangen sein muss, nach  
§ 120 Abs. 2 S. 2 FamFG eine Einstellung oder Beschränkung der Zwangsvollstreckung  
erlangen.<sup>781</sup> Der Verpflichtete muss den nicht zu ersetzenden Nachteil gemäß § 120  
Abs. 2 S. 2 FamFG iVm § 294 ZPO glaubhaft machen. Das gilt gemäß § 120 Abs. 2 S. 3  
FamFG ausdrücklich auch in den Fällen des § 707 Abs. 1 ZPO, dh bei Anträgen auf  
Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, Wiederaufnahme des Verfahrens bzw. bei der  
Anhörungsrüge oder bei Fortsetzung des Verfahrens nach einem Vorbehaltsbeschluss,  
ferner in den Fällen des § 719 ZPO, dh wenn Einspruch gegen einen für sofort wirksam  
erklärten Versäumnisbeschluss eingelegt wird oder im Fall der Beschwerde (dazu aber  
Rn. 283b) gegen eine für sofort wirksam erklärte streitige Endentscheidung. Für die

<sup>772</sup> OLG Düsseldorf FamRZ 1999, 1059.

<sup>773</sup> OLG Düsseldorf FamRZ 1999, 1059.

<sup>774</sup> OLG Schleswig OLGR 199, 185.

<sup>775</sup> BGH FamRZ 1998, 951 = NJW 1998, 2433.

<sup>776</sup> Falls über die sofortige Wirksamkeit gar nicht entschieden wurde, kommt Nachholung gemäß  
§ 120 Abs. 1 FamFG iVm § 718 ZPO in Betracht: OLG München NJW-RR 2014, 194; KG FamRZ  
2014, 1934; verneinend OLG Brandenburg FamRZ 2016, 161; OLG Karlsruhe NJOZ 2013, 1925  
mAnm Heiß FamFR 2013, 460.

<sup>777</sup> FA-FamR/Gerhardt, 10. Aufl., Kap. 6 Rn. 1066; Keidel/Weber, FamFG § 120 Rn. 16.

<sup>778</sup> BGH NJW 2000, 740 (741); OLG Zweibrücken FamRZ 1998, 834; OLG Schleswig SchlHA  
1998, 185.

<sup>779</sup> BGH NJW 2000, 740 (741); OLG Schleswig SchlHA 1998, 185 mwN

<sup>780</sup> BGH FamRZ 2013, 109 = NJW 2013, 161, Tz. 59.

<sup>781</sup> OLG Frankfurt FamRZ 2016, 76; OLG Hamm FamRZ 2012, 730; FamRZ 2011, 589.

Annahme eines nicht zu ersetzenden Nachteils reicht bei der Verpflichtung zu laufendem Unterhalt die Aussichtslosigkeit der etwaigen Rückforderung zu viel gezahlten Unterhalts allein nicht aus.<sup>782</sup> Dagegen ist bei Unterhaltsrückständen die Aussichtslosigkeit der Rückforderung ausschlaggebend.<sup>783</sup>

- 283b** Ob ein Antrag auf **Vollstreckungsschutz** nach § 120 Abs. 2 FamFG in der **Rechtsmittelinstanz** noch in Betracht kommt, sofern er zumutbar mit denselben Gründen bereits in der Vorinstanz hätte gestellt werden können, ist streitig, wird aber vom BGH jedenfalls für die Rechtsbeschwerdeinstanz unter Hinweis auf die unverändert anzuwendenden Grundsätze des nach vorheriger Rechtslage geltenden § 712 ZPO verneint.<sup>784</sup> Da Sinn und Zweck des § 116 Abs. 3 S. 3 ZPO gerade die Stärkung der Unterhaltsgläubiger ist, kann die generelle Verlagerung der Entscheidungen über den Vollstreckungsschutz an den Beginn der zweiten Instanz ebenso wenig befürwortet werden.<sup>785</sup> Die Gegenauffassung<sup>786</sup> widerspricht dieser Einschränkung für die zweite Tatsacheninstanz, kann sich dafür aber nicht auf den BGH stützen, der nämlich nur auf die unstreitig bestehende Möglichkeit eines beim OLG zu stellenden Vollstreckungsschutzantrags gegenüber der dort anstehenden eigenen Entscheidung abstellt und nicht etwa auf die Einstellung der Zwangsvollstreckung gegenüber der erstinstanzlichen Entscheidung.<sup>787</sup> Da es in gleicher Weise um die antragsabhängige Prüfung eines glaubhaft zu machenden nicht zu ersetzenden Nachteils geht, überzeugt die Gegenauffassung auch mit ihrer Differenzierung zwischen Tatsachen- und Rechtsbeschwerdeinstanz nicht.<sup>788</sup> Die Berücksichtigung neuer Gründe wird allerdings in der Tatsacheninstanz häufiger in Betracht kommen;<sup>789</sup> insoweit ist § 120 Abs. 2 Satz 3 FamFG mit dem Verweis auf §§ 707, 719 ZPO also weder generell ausgeschlossen, noch läuft er leer (→ Rn. 283a zu den weiteren Anwendungsfällen).

#### d) Aufrechnung, Abtretung und Zurückbehaltungsrecht

- 284** **Aufrechnung bei Überzahlungen.** Über diesen Weg ist ein weitergehender Ausgleich grundsätzlich nicht erreichbar, denn es gilt das Aufrechnungsverbot gem. §§ 394 BGB, 850b Abs. 1 Nr. 2 BGB.<sup>790</sup> Es muss vorher ein Antrag beim Rechtspfleger des Vollstre-

<sup>782</sup> OLG Brandenburg FamRZ 2014, 866 = NZFam 2014, 558 (mAnm *Griesche*); weitergehend OLG Koblenz FamRZ 2005, 468; aa OLG Düsseldorf FamRZ 2014, 870, OLG Frankfurt (2. FamS) FamRZ 2010, 1370.

<sup>783</sup> OLG Brandenburg FamRZ 2014, 866 = NZFam 2014, 558 (mAnm *Griesche*); ebenso wie bei sonstigen Ansprüchen, vgl. BGH NJW-RR 2007, 1138.

<sup>784</sup> BGH FamRZ 2013, 1299 mwN.

<sup>785</sup> OLG Frankfurt (6. FamS) FamRZ 2016, 76; FamRZ 2015, 1223; (3. FamS) FamRZ 2012, 576 = NJW-RR 2011, 1303; OLG Hamm FamRZ 2011, 1678; Bumiller/Harders/*Schwamb* FamFG, 11. Aufl. 2015, § 120 Rn. 6.

<sup>786</sup> OLG Frankfurt (4. FamS) FamRZ 2016, 162 (Ls.) = MDR 2015, 1078; OLG Düsseldorf FamRZ 2014, 870; OLG Brandenburg FamRZ 2014, 866 = NZFam 2014, 558 (mAnm *Griesche*); OLG Bremen FamRZ 2011, 322; Keidel/*Weber* FamFG § 120 Rn. 14.

<sup>787</sup> BGH aaO; zu dieser Unterscheidung auch BGH NJW-RR 2014, 969; Bumiller/Harders/*Schwamb* FamFG, 11. Auflage 2015, § 120 Rn. 6; missverständlich insoweit OLG Brandenburg FamRZ 2014, 866 = NZFam 2014, 558 (mAnm *Griesche*).

<sup>788</sup> Ausführlich dazu OLG Frankfurt FamRZ 2016, 76; FamRZ 2012, 576.

<sup>789</sup> Vgl. OLG Frankfurt FamRZ 2016, 76; FamRZ 2015, 1223, dazu differenzierend Spieker NzFam 2015, 241.

<sup>790</sup> BGH FamRZ 2003, 1086 = NJW-RR 2003, 1155 (im Fall einer formalen hälftigen Auszahlung aufgrund des früheren § 6 VAHRG nach bereits geleistetem Unterhalt); OLG Bremen FamRZ 2002, 1189; zustimmend DIJuF-Rechtsgutachten JAmt 2007, 301 (305); **anders** OLG Naumburg FamRZ 1999, 437 und OLG Hamm FamRZ 1999, 436; dagegen mit Recht *Vollkommer* FamRZ 1999, 1423 und *Ludwig* FamRZ 1999, 1659; anders nach OLG Hamm NJW-RR 2004, 437, wenn Unterhaltsgläubiger selbst Grundlagen für Überzahlung geschaffen hat (durch nachträgliche Änderung der Steuerklasse).