

## Richter- und Anwaltschaft im Dialog:

## Aktuelle Rechtsprechung zum Familienrecht

Im Rahmen der gemeinsam mit dem Kammergericht durchgeführten Fortbildungsreihe „Richter- und Anwaltschaft im Dialog“ lud der Berliner Anwaltsverein Kolleginnen und Kollegen zu dem Thema „Aktuelle Rechtsprechung zum Familienrecht“ mit der Referentin Frau Richterin am Kammergericht Heike Hennemann ins DAV-Haus ein. Aufgrund der zum 1. Januar 2008 in Kraft getretenen Unterhaltsreform war die Nachfrage zu der Veranstaltung entsprechend groß. Dankenswerterweise erklärte sich Ri'inKG Hennemann bereit, sowohl am 20. November 2008 als auch am 9. Dezember 2008 zu dem Thema zu referieren. Zu den beiden bereits im Vorfeld ausgebuchten Veranstaltungen konnten auch eine Vielzahl von Richterinnen und Richtern der hiesigen Familiengerichte begrüßt werden.



Ri'inKG  
Heike Hennemann

Zu Beginn der Veranstaltung stellte Ri'inKG Hennemann klar, dass sie nicht für sämtliche der 5 Senate des Kammergerichts sprechen könne, vielmehr bezögen sich die referierten Rechtsauffassungen nur auf den 13. Senat, bei dem sie seit nunmehr sechs Jahren als Beisitzerin tätig sei. Denjenigen Teilnehmern, die Neuigkeiten über die Anwendung des reformierten Unterhaltsrecht zu erfahren erhofften, konnte Frau Ri'inKG Hennemann berichten, dass die „Welle“ der zu klärenden Rechtsfragen nun beim KG angekommen sei und die Auseinandersetzung mit der Unterhaltsreform erst jetzt richtig beginne. Von daher kann man auf die Folgeveranstaltung in 2009 gespannt sein. Aus dem gleichen Grund könne sie auch noch nicht eine inhaltliche Überarbeitung der unterhaltsrechtlichen Leitlinien der Fa-

miliensenate des Kammergerichts ankündigen, da bisher keine ausreichenden Erfahrungen im Umgang mit dem neuen Unterhaltsrecht vorlägen. Eine gewisse Unsicherheit in der praktischen Anwendung des neuen Unterhaltsrechts bleibe daher bestehen.

**Prozesskostenhilfe**

Inhaltlich wurden zu Beginn der Veranstaltung Entscheidungen zu den Voraussetzungen der Bewilligung von Prozesskostenhilfe vorgestellt. Zu der Frage der Beurteilung der Bedürftigkeit eines arbeitslosen Unterhaltsschuldners, der seine Rechtsverteidigung gegen Unterhaltsansprüche auf Leistungsunfähigkeit stütze, entschied das Familiengericht in erster Instanz, dass der bloße Verweis des Antragstellers auf seine Arbeitsbemühungen unzureichend sei und eine Bedürftigkeit im Sinne der Prozesskostenhilfe nicht belege. Das KG urteilte hingegen, dass die Bedürftigkeit nicht unter Hinweis auf ein fiktives Einsetzen der Arbeitskraft verweigert werden kann, es sei denn es liegt ein Missbrauch vor, was kaum nachzuweisen sein dürfte.

Ferner äußerte sich das KG zu der Verpflichtung, vorhandenes Vermögen zur Finanzierung der Prozesskosten zu verwerten. Der 13. Senat entschied, dass es einer Mutter von zwei Kindern nicht zuzumuten sei, ihren im Wert weit oberhalb des Schonvermögens liegenden PKW zu veräußern, um die Prozesskosten aufbringen zu können, sofern sie nachweislich bei der Kinderbetreuung auf den PKW angewiesen sei. Eine Veräußerung sei unzumutbar, weil die Mutter den alten Pkw nur mit erheblichem Wertverlust verkaufen könnte und mit der zwingend notwendigen Neuanschaffung eines PKW zusätzlich finanziell belastet worden wäre (Bs. v. 25.01.2008 – 13 WF 164/07).

Zu der Problematik der Bewertung einer Kapitallebensversicherung erläuterte

Ri'inKG Hennemann, dass diese Form der Kapitalanlage zur zusätzlichen Altersvorsorge grundsätzlich relevantes Vermögen darstelle, sofern der Rückkaufswert das Schonvermögen nach § 90 Abs. 2 Nr. 9 SGB XII i. V. mit § 115 Abs. 3 S. 2 ZPO übersteige. Der Einsatz der Lebensversicherung begründe aber dann eine besondere Härte, wenn durch die Verwertung die Aufrechterhaltung einer angemessenen Alterssicherung wesentlich erschwert würde. Im vorgestellten Fall war es jedoch einer abhängig Beschäftigten zumutbar, eine Lebensversicherung zur Finanzierung der Verfahrungskosten einzusetzen, da ihre Altersvorsorge neben der gesetzlichen Rente durch eine Riesterreente sowie durch eine weitere Lebensversicherung ausreichend abgesichert war (Bs. v. 25.01.2008 – 13 WF 164/07).

**Elterliche Sorge und Umgangsrecht**

Im Anschluss folgten Entscheidungen zum Sorge- und Umgangsrecht. Von Bedeutung war unter anderem ein Beschluss des 13. Senats zu der Frage des Umgangausschlusses. In dem Verfahren weigerte sich ein neunjähriges Kind fortwährend Umgang mit seinem Vater zu pflegen. Das KG berücksichtigte letztlich trotz des geringen Alters den Willen des Kindes, da es in allen Instanzen mehrfach glaubhaft und nachdrücklich seinen Unwillen äußerte und der berufene Sachverständige im Gutachten die Berücksichtigung des Kindeswillens empfahl. Richterin Hennemann erläuterte in diesem Zusammenhang, dass ein Umgangausschluss ohne Begutachtung nur in besonderen Ausnahmefällen in Betracht komme (Bs. v. 03.07.07 – 13 UF 88/06). Ergänzend wurde die Problematik der Zwangsgeldfestsetzung bei Umgangsverweigerung erläutert. Grundsätzlich sei vor der Festsetzung eines Zwangsgeldes zur Durchsetzung des Umgangs der Betroffene persönlich anzuhören.

Anschließend berichtete sie von einer

Entscheidung zur Übertragung des alleinigen Aufenthaltsbestimmungsrechts. In dieser außergewöhnlichen Konstellation organisierten die Eltern die Betreuung ihrer Drillinge nach der Trennung einvernehmlich und kooperativ in Form des *Nestmodells*. Letztlich scheiterte das Paar jedoch an dem steten Wechsel ihrer eigenen Lebenswelten, so dass sie das Nestmodell abbrachen und die Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechts jeweils auf sich beantragten. Beide Anträge lehnte das Familiengericht erstinstanzlich ab. Es argumentierte damit, dass die Eltern, die die Angelegenheiten der Kinder in der Vergangenheit hätten regeln können, dies auch zukünftig schaffen müssten. Beide Eltern legten gegen diese Entscheidung des Amtsgerichts Beschwerde ein. Das Kammergericht entschied, dass hier trotz der Herausforderung, die die alleinige Betreuung von Drillingen bei gleichzeitiger Berufstätigkeit darstellt, die Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechts auf einen Elternteil erfolgen müsse, da die Eltern sich aktuell gerade nicht mehr über den Aufenthalt der Kinder einigen könnten. Schlussendlich folgte der Senat dem Kontinuitätsprinzip und übertrug das Recht dem Vater, der finanziell in der Lage war, die Wohnung der Kinder alleine zu halten (*Bs. v. 19.06.07 – 13 UF 26/07*).

Anschließend folgte eine Entscheidung über die Rückführung zweier Kinder aus der Pflegefamilie in die Herkunftsfamilie (*Bs. v. 28.08.2007 – 13 UF 28/07, FamRZ 2008, 813*). In diesem Fall waren die Kinder aus der Familie herausgenommen worden, da die Eltern aufgrund der manisch-depressiven Erkrankung der Kindsmutter mit der Betreuung der Kinder überfordert waren. Es kam in der Folge zusätzlich zu einer Entziehung der Personensorge, da der Kindsmutter aufgrund der Erkrankung gutachterlich Erziehungsunfähigkeit bescheinigt wurde. Im Laufe der Zeit verbesserte sich der Gesundheitszustand der Mutter, so dass nach Wiederherstellung ihrer Erziehungsfähigkeit der Umgang mit ihren Kindern zur Vorbereitung der Rückführung erweitert wurde. Diese Annäherung an ihre Herkunftsfamilie löste bei den Kindern einen starken Loyalitätskonflikt zwischen ihren leiblichen Eltern und den Pflegeeltern aus. Das Familiengericht versuchte diesen Konflikt zu lösen, in dem es den Umgang mit den leiblichen Eltern stark reduzierte. Auf die Beschwerde der Eltern betonte das KG den Schutz der Familie aus Art. 6 GG. Eine Entziehung des Sorgerechts sei in diesem Fall unverhältnismäßig gewesen, da eine Verbleibensanordnung und notfalls eine Entziehung des Aufenthaltsbestimmungsrechts als mildere Maßnahme ausreichend gewesen wären, es übertrug die Sorge zurück auf die Eltern und ordnete gleichzeitig den Verbleib der Kinder in der Pflegefamilie und begleiteten Umgang mit den leiblichen Eltern an.

#### Versorgungsausgleich

Zum Versorgungsausgleich wies Frau Ri'in KG Hennemann darauf hin, dass der Versorgungsausgleich derzeit auszusetzen sei, wenn einer der Ehegatten in der Ehezeit Rentenanwartschaften bei der Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder (VBL) erworben habe. Denn im Hinblick auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 14.11.2007, in der er die Übergangs-



Vorher zum Anwalt

### und als Anwalt vor Abschluss einer Versicherung

bei uns nachfragen. Wir sind eine freie Wirtschaftsvereinigung von Kollegen für Kollegen, hauptsächlich der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte, aber auch schon Rechtsreferendare und Assessoren, auch der Notare und Patentanwälte. Der Verein besteht seit über 40 Jahren und hat derzeit über 5.500 Mitglieder bundesweit.

Durch Gruppenversicherungsverträge bieten wir unter anderem kostengünstigen Versicherungsschutz für die

- Krankenversicherung
- Krankentagegeldversicherung
- Krankenhaustagegeldversicherung
- Unfallversicherung
- Lebensversicherung
- Altersrentenversicherung
- Sterbegeldversicherung
- Vermögensschadenhaftpflichtversicherung, die Pflichtversicherung nach § 51 BRAO.

Unsere Gruppenversicherungspartner sind aus der ERGO-Gruppe die DKV und die Victoria und ferner der Gerling Konzern und die Gerling G & A Versicherung.

Wir gewähren Hinterbliebenen unserer Mitglieder eine Sterbefallbeihilfe von derzeit Euro 1.500,- und unterhalten einen eigenen Hilfsfonds. Wir erteilen Ratschläge in Fragen der Sozialhilfe und zur Vorsorge für den Todesfall. Der Jahresbeitrag beträgt Euro 30,-. Ab Beitritt zu unserem Verein besteht für das erste Jahr Beitragsfreiheit.

#### Selbsthilfe der Rechtsanwälte e.V.

Barer Str. 3/1, 80333 München

Telefon: (089) 59 34 37

Telefax: (089) 59 34 38

E-Mail: [Info@selbsthilfe-ra.de](mailto:Info@selbsthilfe-ra.de)

Internet: [www.selbsthilfe-ra.de](http://www.selbsthilfe-ra.de)

## BAVintern

regelung für die Berechnung der Startgutschriften für die rentenfernen Jahrgänge für verfassungswidrig erklärt habe, stehe die Auskunft der VBL unter dem Vorbehalt der Neuregelung.

### Unterhaltsrecht

Diesen Ausführungen folgten Entscheidungen zum Unterhaltsrecht. Ri'inKG Hennemann erläuterte zunächst die Problematik der Präklusion im Rahmen von Änderungsklagen. In dem vorgetragenen Fall wehrte sich im Zeitpunkt der erstinstanzlichen Entscheidung der Unterhaltsschuldner als selbstständiger Gastronom gegen ein anhängiges Räumungsverfahren seiner Gaststätte, welches er letztlich verlor. Die Geschäftsaufgabe veranlasste ihn, Leistungen nach dem SGB II zu beantragen. 2 1/2 Jahre nach der Unterhaltsentscheidung begehrte er nun die Abänderung des Unterhaltstitels. Obwohl bereits im Zeitpunkt der erstinstanzlichen Entscheidung das Räumungsverfahrens anhängig war und das Amtsgericht daher von einem fiktiven Einkommen des Klägers ausgegangen war, lehnte das KG den Einwand der Präklusion ab, da der Unterhaltsschuldner glaubhaft nachweisen konnte, dass er in diesem Zeitpunkt überzeugt war, seine drohende Geschäftsaufgabe abwenden zu können, und sich ein Kläger zumindest nach 2 1/2 Jahren nicht mehr an einer fiktiven Einkommensanrechnung festhalten lassen muss (Bs. v. 24.07.2008 – 13 WF 78/08).

Dieser Entscheidung folgte ein Verfahren zum Volljährigenunterhalt. Ein Kindsvater verweigerte die Zahlung des Unterhalts gegenüber seinem studierenden Sohn mit dem Verweis, er möge BAföG beantragen. Die Rechtsansicht des Sohnes, er sei nicht zur Antragstellung verpflichtet, lehnte das KG ab und rechnete den entsprechenden BAföG-Satz als fiktives Einkommen an (Bs. v. 17.09.2008 – 13 WF 89/08). Diese Entscheidung führte im Auditorium wegen der im Gesetz verankerten *cessio legis* auf das BAföG-Amt zu einer regen Diskussion.

Im Anschluss stellte die Referentin eine Entscheidung zur Frage der Zielstrebigkeit des Studienverlaufs vor. Ein Stu-

dent der Zahnmedizin (Regelstudienzeit 11 Semester) forderte Unterhalt von seinem Vater, nachdem er zuvor verschiedene Studienwechsel vollzogen hatte und seine Vorklinik erst im 10. Semester endgültig bestand hatte. Der Vater verweigerte die Zahlung des Unterhalts mit dem Argument der fehlenden Zielstrebigkeit seines Sohnes beim Studium. Der Sohn hingegen begründete seine lange Studiendauer mit dem verschulerten Studiensystem, das feste Prüfungszyklen vorsah. Diesen Einwand lehnte das KG ab, da der Sohn in diesem Fall auf mögliche Nachholungsprüfungen zugunsten eines komplett neuen Prüfungszyklus verzichtet hatte. Dies wäre unter Umständen anders zu sehen gewesen, wenn der Sohn sich bereits am Ende des Studiums befunden hätte, hier hätten aber zudem weitere Studienschwierigkeiten bestanden, so dass es an einem vernünftigen Studienkonzept gefehlt habe (13 WF 55/08).

In einem weiteren Verfahren ging es erneut um eine Abänderung bestehender Titel. Die volljährige Tochter absolvierte im Jahre 2000 ihr Abitur. Sie brach den Kontakt zu ihrem Vater ab, so dass dieser ihre Zukunftspläne nicht kannte. Im Mai 2004 vollstreckte sie Unterhalt aus einem bestehenden Titel. Hiergegen verteidigte sich der Kindsvater mit dem Einwand der Verwirkung wegen Kontaktabbruchs und mit seiner Leistungsunfähigkeit, da er einen Kredit zur Finanzierung einer Eigentumswohnung mit einer Tilgungsrate über 4 % abzahlen müsse. Den Einwand der Verwirkung lehnte das KG ab, da ein persönliches Fehlverhalten nicht erkennbar sei. Hingegen erkannte es die Leistungsunfähigkeit des Kindsvaters an, da der Vater wegen des Kontaktabbruchs durch die Tochter im Zeitpunkt der Kreditaufnahme keine Kenntnis von seiner fortbestehenden Unterhaltsverpflichtung gehabt habe und aufgrund seines Alters eine Tilgungsrate von über 4 % angemessen erscheine (Urt. v. 27.04.2007 – 13 UF 109/06).

Es folgten Ausführungen zu der Angemessenheit der Kürzung des Geschäftsführergehalts eines Gesellschafters. Mit Verweis auf die Rechtsprechung des

BGH erläuterte Ri'inKG Hennemann, dass weder die Reduzierung des Geschäftsführergehalts eines Alleingesellschafters noch die Umsatzentwicklung ein Indiz für die Angemessenheit einer Kürzung der Einkommensbezüge sei. Für die Bewertung der Bilanzen sei zudem nicht zwingend ein Sachverständigengutachten erforderlich. Im vorliegenden Fall habe das KG aus eigener Sachkunde heraus beurteilen können, ob die Kürzung der Bezüge angemessen gewesen sei (Urt. v. 10.10.2008 – 13 UF 80/07).

Zu der Frage der Erwerbsobliegenheit hatte das Kammergericht über das Unterhaltsbegehren einer Ehefrau zu urteilen, die nach der Trennung im Alter von 50 Jahren als Selbstständige mit sehr geringen Einkünften Trennungsunterhalt forderte. Während das Amtsgericht davon ausging, sie müsse aufgrund der Erwerbsobliegenheit ihre Selbstständigkeit aufgeben und ihr erstinstanzlich ein fiktives Einkommen für eine Tätigkeit in ihrem erlernten Beruf als Küchenhilfe anrechnete, gestand ihr das Kammergericht im ersten Trennungsjahr eine Phase der Umorientierung aus ihrer Selbstständigkeit zu (Bs. v. 09.10.2008 – 13 WF 128/08).

Ferner urteilte das Kammergericht über die Erwerbsobliegenheit einer Ehefrau, die nach der Trennung die beiden gemeinsamen Kinder, von denen eines die 2. Klasse der Grundschule und das andere die 1. Klasse des Gymnasiums besuchte, allein betreute und einer Teilzeit-tätigkeit nachging. Hier lehnte das KG eine Verpflichtung der Ehefrau, vollschichtig zu arbeiten, ab. Addiere man den zeitlichen Betreuungsaufwand für die Kinder zu den wöchentlichen Arbeitsstunden hinzu, komme man auf eine 60-Stunden-Woche. Dies erachtete das KG auch im Hinblick darauf, dass eine Nebentätigkeit nur bis zu 48 Stunden einschließlich Fahrtwegen angerechnet werde, als unzumutbar (Bs. v. 18.08.2008 – 13 WF 111/08 in *juris* veröffentlicht).

Zum Abschluss erörterte Ri'inKG Hennemann die Problematik der Befristung eines Aufstockungsunterhalts. Die Ehe-

frau war Schneiderin und vor der Ehe recht erfolgreich in ihrem Beruf. Nach der Eheschließung im Jahre 1963 übernahm sie die Betreuung der beiden Kinder. Im Jahre 1981 kam es dann zur Scheidung. Sie forderte nun Aufstockungsunterhalt und berief sich darauf, dass sie ohne die Ehe die Möglichkeit gehabt hätte, als Modedesignerin zu arbeiten. Hier sah das KG eine Befristung als angemessen an, da es der Ehefrau nicht ausreichend gelungen war, die ehebedingten Nachteile nachzuweisen. Dazu hätte sie zumindest

durch Zeugnisse, Bewerbungen an Modeschulen oder ähnliches belegen müssen, dass tatsächlich eine reelle Fortbildungsmöglichkeit bestanden habe (*Urt. v. 08.06.2007 – 13 UF 118/06, FamRZ 2008, 415*).

Mein Fazit: Eine gelungene und höchst informative Veranstaltung aus der Fortbildungsreihe „Richter und Anwaltschaft im Dialog“, die dank des verständlichen Vortragsstils der Referentin von großem Nutzen für die Teilnehmer war.

*RA Jens Christian Göke, LL.M., Berlin*

Richter und Anwaltschaft im Dialog:

## Rechtsprechung des Kammergerichts zum Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht

Der Dialog von Richtern und Anwaltschaft lohnt sich; in diesem Fall primär für die Kolleginnen und Kollegen, die die Chance hatten, an der Veranstaltung



zum Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht am 11. Dezember 2008 in den Schulungsräumen des DAV teilzunehmen. Als Referenten konnte der BAV Herr Dr. Gangolf Hess, Richter am 5. Zivilsenat des Kammergerichts, gewinnen, der im Verlauf von zwei Stunden einen ebenso interessanten wie kurzweiligen Überblick über die aktuelle Rechtsprechung des Kammergerichts zu diesem Themenfeld gegeben hat. Für alle, denen eine Teilnahme nicht möglich war, hier eine kurze Nachlese:

### **Wettbewerbsrecht: Stumme Verkäufer**

Nach der Rechtsprechung des Kammergerichtes soll es auch weiterhin möglich sein, Zeitungen in stummen Verkäufern, so genannten Mediaboxen,

am Markt anzubieten<sup>1</sup>. Deren Besonderheit liegt darin, dass der Interessent die entnommene Zeitung zwar bezahlen soll, es aber keine mechanische Kontrolle dafür gibt, dass er dies auch tut.

Der dadurch gebotene Anreiz, ohne Bezahlung eine Zeitung mitzunehmen, könne zwar grundsätzlich eine unangemessene unsachliche Einflussnahme im Sinne von § 4 Nr. 1 UWG darstellen, nicht aber, wenn auf andere Art ein ausreichender Überwachungsdruck sichergestellt sei. Der Hinweis, dass der Diebstahl von Zeitungen verfolgt wird, gepaart mit dem Einsatz von Kontrolleuren ist nach Auffassung des Kammergerichts hierfür ausreichend.

Im Hinblick auf die weitergehende Frage, ob die Verwendung solcher Mediaboxen als unlautere allgemeine Marktbehinderung gemäß § 3 UWG anzusehen ist, setzte sich das Kammergericht mit der Rechtsprechung des BGH zu „stummen Verkäufern“<sup>2</sup> auseinander, gelangte aber zu dem Schluss, dass dieser Tatbestand eine konkrete und nicht nur abstrakte Gefährdung entweder des Bestands der Presse oder die Verdrängung einzelner Wettbewerber voraussetze. Allerdings ließ das Kam-

mergericht die Revision zu. Der BGH hat in dieser Sache bislang noch nicht entschieden.<sup>3</sup> Die betroffenen Verlage werden die weitere Entwicklung also im Auge behalten müssen.

### **Informationspflichten im Fernabsatz**

Gleich in einer Reihe von Entscheidungen setzte sich das Kammergericht in den beiden vergangenen Jahren mit den Anbieterpflichten im Fernabsatzrecht und deren lauterkeitsrechtlicher Bedeutung auseinander. Die Entscheidungen zeigen nicht nur, dass die Bedeutung des Fernabsatzes weiter wächst, sondern vor allem, dass die Gefahr, wegen solcher Pflichtverstöße von Mitbewerbern abgemahnt zu werden, nicht zu unterschätzen ist. Betroffen sein dürften vor allem kleinere Anbieter, die sich im Vorfeld ihres Markteintritts nicht qualifiziert rechtlich beraten lassen.

Fehlerquelle Nr. 1: die Informationspflichten im Fernabsatz. Es ist nachvollziehbar, dass Widerrufsbelehrungen im Fernabsatz nicht so verkürzt werden dürfen, dass der Verbraucher an der Ausübung seiner gesetzlichen Rechte tatsächlich gehindert werden könnte. Weniger offensichtlich ist es, dass auch das Hinzufügen vermeintlich „unschuldiger“ Informatio-



**RiKG Gangolf Hess**

nen einen abmahnfähigen Verstoß gegen § 312c Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. Art. 240 EGBGB, § 1 Nr. 10 BGB-InfoV darstellen kann. So geschehen in folgendem Fall: Die beanstandete Widerrufsbelehrung enthält nicht nur die postalische Anschrift und gegebenenfalls Telefaxnummer oder E-Mail-Adresse des Anbieters, sondern auch eine Telefonnummer. Dies verstöße, so das Kammergericht, gegen das Deutlichkeitsgebot des § 355 Abs. 2 BGB. Der Verbraucher könne nämlich den unzutreffenden Eindruck gewinnen, dass er sein Widerrufsrecht auch (fern-)mündlich ausüben könne, mit der Folge, dass er sein Widerrufsrecht verliert.<sup>4</sup>