

(bestehenden) Mitbesitz der Ehegatten an der Ehwohnung zur Begründung von Abwehrensprüchen gegen Dritte auszugehen, da anderenfalls auch der unliebsamen Schwiegermutter der Zutritt zur Wohnung versagt werden könnte – der Bezug der Besitzausübung zur Ehestörung soll daher die possessorische Rechtsausübung begrenzen!<sup>5</sup>

4. Diese Skizzen der Grundlagen des Schutzes des „räumlich-gegenständlichen Bereichs“ der Ehe zeigen, dass dieses Rechtsinstitut als Ehestörungsklage grundlegend missverstanden wird. Es geht darum, in einer Lage, in der eine petitorisch aus der Ehe begründete gegen den anderen Ehegatten auf die Art der Ausübung seines Besitzes gerichtete Klage wegen § 888 Abs. 2 ZPO nicht vollstreckbar wäre, gleichwohl Dritte in bestimmten eingrenzenden Fällen am Zutritt zur Ehwohnung hindern zu können. Daraus lassen sich – schlaglichtartig – folgende Konsequenzen ziehen:

a) Eine Klage auf Schutz des räumlich-gegenständlichen Bereichs der Ehe gegen den anderen Ehepartner wird zwar durch die Judikatur zugelassen, ist aber wegen ihres possessorischen Charakters einerseits und wegen § 888 Abs. 2 ZPO andererseits verfehlt.<sup>6</sup> Sie ist gegen den Dritten zu richten; wird sie gegen den anderen Ehegatten erhoben, ist sie mangels Rechtsschutzbedürfnis als unzulässig abzuweisen. Denn ein stattgebendes Urteil wäre der Sache nach ein positives Herstellungsurteil (§ 606 ZPO), dessen Nichtbeachtung durch den oder die Beklagte(n) im Zerrüttungsscheidungsrecht keine weiteren Folgen nach sich ziehen würde.<sup>7</sup>

b) Die freiwillige Aufgabe des Besitzes an der Ehwohnung hebt die materielle Begründetheit einer Klage auf Schutz des räumlich-gegenständlichen Bereichs der Ehe auf.

Es ist im Übrigen völlig irrelevant, ob ein Ehegatte den Besitz an der Ehwohnung mit oder ohne Willen, die Ehe aufzugeben, aufgibt.<sup>8</sup> Der Besitz (die Herrschaft) an den Räumen der Ehwohnung vermittelt das Herrschaftsrecht, um das es geht. – Ob der in der Ehwohnung verbliebene Ehepartner während des Getrenntlebens neue Bindungen (welcher Art auch immer) eingeht, berührt die Rechte des anderen Ehegatten weder dann, wenn er in einer anderen Wohnung im gleichen Hause wohnt oder die Ehwohnung wie im vorliegenden Fall Miteigentum der beiden Ehegatten ist.

In diesem Fall könnte der Ausziehende nämlich keine Rechte aus dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis gegen den anderen Ehegatten geltend machen; umso weniger kann er ihm eine Nutzung der Wohnung verbieten, die auch einem Mieter gestattet werden müsste.<sup>9</sup>

c) Im Falle des Getrenntlebens der Ehegatten<sup>10</sup> in der Ehwohnung besteht deren (possessorisch begründetes) Hausrecht fort, allerdings nach Maßgabe einer Regelungsanordnung gem. § 620 Nr. 7 ZPO, sofern das Familiengericht um vorläufigen Rechtsschutz angerufen wird. Bei einer solchen Entscheidung hat das Familiengericht freilich nicht nach moralischen Kriterien eines Schutzes der Ehe als Lebensgemeinschaft zu entscheiden. Vielmehr hat es Gedanken des Friedenschutzes (der Verhinderung von Gewaltausübung) zu berücksichtigen.

Prof. Dr. Stefan Smid, Kiel

<sup>5</sup> Vgl. LG Essen, Urt. v. 9.1.1961, MDR 1961, 415 (dort ging es um ehgemeinschaftliche volljährige Kinder).

<sup>6</sup> Smid (Fn 1), 65 ff.

<sup>7</sup> Vgl. eindrucksvoll Pawlowski, Die „bürgerliche Ehe“ als Organisation, 1983, passim.

<sup>8</sup> Hierzu krit. Smid, FamRZ 1989, 114 ff.; dagegen ohne Vorstellung von Ursprung und Funktionsweise des Rechtsinstituts des räumlich-gegenständlichen Bereichs der Ehe Riegel, NJW 1989, 2798, und gegen ihn wiederum Smid, NJW 1990, 1344 ff.

<sup>9</sup> Im vorliegenden Fall § 903 BGB zu bemühen wäre absurd.

<sup>10</sup> Smid (Fn 1), 123 ff.

## Maßnahmen zur Durchsetzung des elterlichen Umgangs- und Auskunftsrechts

§§ 1666, 1684, 1686 BGB; § 33 FGG

OLG Frankfurt/M., Beschl. v. 3.9.2002 – 1 UF 103/00 – (AG Frankfurt-Höchst)

**1.a. Bei nicht nachvollziehbarer und dauerhafter Weigerung eines Elternteils, den Umgang des anderen Elternteils mit den gemeinsamen Kindern zu ermöglichen, kann eine gerichtliche Umgangsregelung mit der Verpflichtung verbunden werden, die Kinder zur Durchführung des Umgangs herauszugeben. Um die Verpflichtung zur Herausgabe durchzusetzen, kommt Zwangshaft und die Anwendung von Gewalt gegen den sich weigernden Elternteil in Betracht (§ 33 Abs. 2 FGG).**

**b. Zusätzlich kann in einem solchen Fall dem betreuenden Elternteil die elterliche Sorge insoweit entzogen werden, als es um den Umgang mit dem anderen Elternteil geht. Insoweit kann Ergänzungspflegschaft angeordnet werden mit der Folge, dass die Kinder an den Pfleger herauszugeben sind.**

**2. Ergänzungspflegschaft kann auch angeordnet werden, wenn nicht zu erwarten ist, dass Eltern ihre Auskunftsspflicht gem. § 1686 BGB erfüllen.**

*Anm. der Red.:* Die für eine Durchsetzung insbesondere des Umgangsrechts wichtige Entscheidung ist veröffentlicht in NJW 2002, 3785 und FamRZ 2002, 1585.

## Anrechnung des Kindergelds bei privilegierten volljährigen Kindern

§§ 1603 Abs. 2 S. 2, 1612b Abs. 5 BGB

OLG Nürnberg, Beschl. v. 28.10.2002 – 11 UF 2182/02 – (AG Tirschenreuth)

**Die Anrechnungsvorschrift des § 1612b Abs. 5 BGB ist auf privilegierte volljährige Kinder (§ 1603 Abs. 2 S. 2 BGB) nicht entsprechend anwendbar.**

*(Leitsatz der Redaktion)*

*Gründe:* 1. Das AG – Familiengericht – Tirschenreuth hat mit Anerkenntnis- und Endurt. v. 11.6.2002 den Bekl verpflichtet, an den Kl Kindesunterhalt in Höhe von monatlich 153,75 EUR zu bezahlen. Der Kl ist volljährig, unverheiratet und wohnt als Schüler ohne Einkommen bei seiner Mutter. Bei seiner Unterhaltsberechnung hat das AG die Hälfte des Kindergeldes, das die Mutter erhält, abgezogen. Der Kl beabsichtigt, gegen das Urt. Berufung einzulegen und beantragt dafür Prozesskostenhilfe. Er ist der Auffassung, dass die Hälfte des Kindergeldes nicht vom errechneten Unterhaltsbetrag abgezogen werden dürfe. Die Anrechnungsvorschrift des § 1612b Abs. 5 BGB gelte auch für volljährige unterhaltsberechtigende Kinder, wie sie in § 1603 Abs. 2 S. 2 BGB beschrieben sind. Der Kl erfülle die Voraussetzungen dieser Vorschrift.

2. Der Prozesskostenhilfeantrag des Kl ist zurückzuweisen, weil die in Aussicht genommene Berufung keine Aussichten auf Erfolg hat (§ 114 ZPO). Das AG – Familiengericht – Tirschenreuth hat zu Recht die Hälfte des Kindergeldes bei der Unterhaltsberechnung berücksichtigt.

Die Anrechnungsvorschrift des § 1612b Abs. 5 BGB, nach der die Anrechnung von Kindergeld unterbleibt, soweit der Unterhaltspflichtige außerstande ist, Unterhalt in Höhe von 135 Prozent des Regelbetrags nach der RegelbetragVO zu

leisten, gilt nur für minderjährige Kinder. Gleichwohl wird teilweise in Rechtsprechung und Literatur die entsprechende Anwendung des § 1612b Abs. 5 BGB auf sogenannte volljährige privilegierte Kinder befürwortet (§ 1603 Abs. 2 S. 2 BGB). Im Wesentlichen wird das damit begründet, dass das volljährige Kind im Falle der Kindergeldanrechnung weniger Unterhalt erhält, als es vor seinem 18. Geburtstag bekommen hat. Das sei nicht sachgerecht und nicht vereinbar mit dem Ziel des Gesetzgebers, dem Kind das volle Kindergeld zukommen zu lassen, solange sein Existenzminimum nicht gewährleistet sei. Durch die Volljährigkeit des Kindes habe sich an dem eigentlichen Lebenssachverhalt nichts geändert. Eine Verringerung des Unterhalts durch die Anrechnung der Hälfte des Kindergeldes behandle gleiche Sachverhalte ohne Grund rechtlich ungleich (vgl. OLG Hamm FamRZ 2001, 1727; OLG Bremen MDR 2002, 950; OLG Koblenz FamRZ 2002, 965 und *Kalthoener/Büttner/Niepmann*, Die Rechtsprechung zur Höhe des Unterhalts, 8. Aufl., Rn 545; *Graba*, NJW 2001, 249 (254, 255) und *Wohlgemuth*, FamRZ 2001, 742).

Dem steht der Gesetzeswortlaut entgegen, der den Wegfall der Kindergeldanrechnung nur für die Kinder vorsieht, deren Unterhalt sich nach der RegelbetragVO richtet. Das sind nur die minderjährigen Kinder, nicht die volljährigen, auch nicht die privilegierten Volljährigen (§ 1612a BGB). Die Vorschrift wurde auch erst zum 1.1.2001 neu in das Gesetz eingefügt (Gesetz zur Ächtung der Gewalt in der Familie und zur Änderung des Kindesunterhaltsrechts v. 2.11.2000, BGBl I 1479) zusammen mit Änderungen der §§ 1603 und 1609 BGB. Die zuletzt genannten Vorschriften haben den volljährigen unverheirateten Schüler, der zu Hause wohnt, bis zum 21. Lebensjahr in einigen Punkten den minderjährigen Kindern gleichgestellt und dadurch den tatsächlichen Gegebenheiten Rechnung getragen. Das wurde aber nicht durchgängig zum Prinzip erhoben. Mit der Volljährigkeit fällt z.B. auch bei dem privilegierten volljährigen Kind der Betreuungsunterhalt weg. Der betreuende Elternteil wird ebenfalls barunterhaltspflichtig (BGH FamRZ 2002, 815), obwohl sich an den tatsächlichen Lebensumständen des Kindes und der Eltern durch die Volljährigkeit nichts geändert hat. Der Volljährige, auch der privilegierte, braucht nicht mehr den umfassenden Schutz eines minderjährigen Kindes, weil er zur Sicherung seines Existenzminimums notfalls auch selbst – wenn auch nur im beschränkten Umfang – einen Beitrag leisten kann. Damit kann auch der eigentliche Zweck des Kindergeldes, nämlich die staatliche Entlastung der unterhaltspflichtigen Eltern, wirksam werden, der zum Schutz der minderjährigen Kinder durch den § 1612b Abs. 5 BGB in den Hintergrund getreten ist (vgl. OLG Celle, Az. 21 WF 136/01, Beschl. v. 13.9.2001; *Scholz*, FamRZ 2000, 1541 (1546) und abschwächend FamRZ 2001, 1048; *Vossenkämper*, FamRZ 2000, 1547 (1551); *Pieper*, FuR 2001, 8 (11) und *Gutdeutsch*, § 2, VI im Nachtrag zur 5. Aufl. von „Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis“). Es besteht deshalb keine gesetzliche Regelungslücke, die durch entsprechende Anwendung des § 1612b Abs. 5 BGB geschlossen werden muss.

### **Aufhebung eines Erbvertrags durch ein Ehegattentestament – Auslegung einer Verfügungsklausel im Ehegattentestament**

§§ 2258, 2270, 2271 BGB

**BayObLG**, Beschl. v. 18.3.2002 – 1 Z BR 46/01 – (LG Kempten, AG Kaufbeuren)

#### **1. Zur Aufhebung eines Erbvertrags durch nachfolgendes Ehegattentestament, das dem Erbvertrag zwar nicht in**

**allen Punkten sachlich widerspricht, aber als umfassende und abschließende Regelung auszulegen ist.**

#### **2. Zur Auslegung der in einem Ehegattentestament enthaltenen Klausel, dass der Überlebende „über das gesamte Vermögen frei verfügen“ kann, wenn die Ehegatten in einem vorausgegangenem Erbvertrag bestimmt hatten, dass der Überlebende „diese Verfügung abändern und über den Nachlass frei verfügen“ kann.**

*Anm. der Red.:* Die Entscheidung ist veröffentlicht u. a. in NJW-RR 2002, 1160, in BayObLGR 2002, 311 und Bay-ObLGZ 2002, 66.

## **Rechtsprechung kompakt**

### **1. Familienrecht**

● Die in den Jahren 1994 und 1995 geltende Regelung des § 3 Abs. 3 S. 1 BKGG – nach der nur miteinander verheiratete und zusammenlebende Eltern bestimmen durften, wem von ihnen das Kindergeld zu gewähren war – war **mit Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbar**. Falls der Gesetzgeber die verfassungswidrige Regelung nicht spätestens bis zum 1.1.2004 durch eine Neuregelung ersetzt, ist stattdessen auf noch nicht abgeschlossene Verfahren das bis zum 31.12.1993 geltende Recht anzuwenden (BVerfG FamRZ 2003, 151).

● Für die Geltendmachung von **Unterhalt für die Vergan-genheit** im Falle der **Aufforderung zur Auskunftserteilung** (§ 1613 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB) muss für den Unterhaltspflichtigen erkennbar sein, dass der Unterhaltsberechtigte die Auskunft zum Zwecke der Bezifferung bzw. im Fall bereits bezifferten Unterhalts zum Zwecke der Erhöhung eigener Unterhaltsansprüche verlangt (OLG Frankfurt FuR 2002, 534).

● Der **Scheinvater** hat gegen das minderjährige Kind, für das er Unterhalt gezahlt hat, nach §§ 1607 Abs. 3 S. 2, 412, 402 BGB einen **Anspruch auf Auskunft**, ob sein leiblicher Vater die Vaterschaft anerkannt hat oder ob diese gerichtlich festgestellt worden ist und – gegebenenfalls – wer der leibliche Vater ist (OLG Köln FuR 2002, 539).

● Die Regelstudienzeit mit der Förderungshöchstdauer nach dem BAföG ist lediglich ein Anhaltspunkt für die übliche **Studiendauer**; sie begrenzt den Unterhaltsanspruch eines studierenden Kindes nicht, da die Vorschriften der staatlichen Ausbildungsförderung nicht den privatrechtlichen Unterhaltsanspruch regeln (OLG Koblenz, Urt. v. 4.11.2002 – 13 UF 242/02). Das OLG hat unter Berücksichtigung der Umstände des Falles (Verzögerung des Hauptstudiums wegen weiterer Leistungsnachweise auf Grund eines Wechsels des Studienortes und wegen häufiger Erkrankung der Tochter mit zumindest einer Beeinträchtigung der Leistungsfähigkeit) die Unterhaltspflicht des Vaters bis zum 17. Fachsemester einschließlich Examenzeit bestätigt bei einer Regelstudiendauer von 8 Semestern ohne Examenzeit.

● Der auf Trennungsunterhalt in Anspruch genommene Ehemann kann den – von ihm darzulegenden und zu beweisenden – Einwand der **Verwirkung** mit der – streitigen – Behauptung, ein während der Ehe geborenes **Kind** stamme tatsächlich nicht von ihm und sei ihm **von seiner Ehefrau unterschoben** worden (§§ 1361 Abs. 3, 1579 Nr. 6 BGB), wegen der aus § 1599 Abs. 1 BGB zu entnehmenden Sperrwirkung nur erheben, wenn seine fehlende Vaterschaft rechtskräftig festgestellt ist. Die Klärung der Vaterschaft kann nicht im Unterhaltsprozess als Vorfrage zum Gegenstand einer Beweiserhebung gemacht werden; sie ist vielmehr dem dafür nach dem Gesetz allein vorgesehenen Statusprozess vorbehalten (OLG Köln FamRZ Heft 3/2003, S. II: LSe).