

damit einhergehende mittelbare Diskriminierung ist zumindest verfassungsrechtlich bedenklich. Es ist deshalb bedauerlich, dass die Beteiligten des vorliegenden Rechtsstreites nicht erwogen haben, die Verfassungsmäßigkeit des § 1615I BGB überprüfen zu lassen.

M.E. ist die Entscheidung des OLG nicht zutreffend. Die Defizite der derzeitigen Regelung hätten sich im Hinblick auf den Verfassungsauftrag in Art. 6 Abs. 5 GG auch durch eine großzügigere Auslegung der Billigkeitsklausel des § 1615I Abs. 2 BGB auffangen lassen.

*Trude-Maria Schick*, Rechtsanwältin und Fachanwältin für Familienrecht, Euskirchen

*Anm. der Red.:* Zu beachten sind drei Beschl. der 3. Kammer des Ersten Senats des **BVerfG** v. 4.2.2004, in denen jeweils Prozesskostenhilfe versagende Beschlüsse der Instanzgerichte aufgehoben worden sind: In zwei Entscheidungen zur Frage der Zahlung von Betreuungsunterhalt nach § 1615I Abs. 2 BGB für die Zeit nach der Vollendung des dritten Lebensjahres des nichtehelichen Kindes hat das BVerfG ausgeführt, die Verfassungsmäßigkeit der unterschiedlichen Ausgestaltung des Betreuungsunterhalts in den Vorschriften des § 1615I BGB und des § 1570 BGB erscheine „im Hinblick auf das aus Art. 6 Abs. 5 GG folgende(n) Gebot der Gleichbehandlung von unehelichen und ehelichen Kindern jedenfalls fraglich“ (1 BvR 1715/02; 1 BvR 1172/02). In der dritten Entscheidung hat das BVerfG zur Frage der Recht- und Verfassungsmäßigkeit der unterschiedlich hohen Selbstbehaltsätze bei Unterhaltsansprüchen nach § 1615I BGB und nach § 1570 BGB erklärt, im Hinblick auf Art. 6 Abs. 5 GG handele es sich um „eine weder einfach noch eindeutig zu entscheidende Frage“ (1 BvR 596/03).

Beim **BGH** sind zum Betreuungsunterhalt nach § 1615I Abs. 2 BGB die Revisionsverfahren – XII ZR 3/03 – und – XII ZR 26/03 – anhängig.

Alle vorstehenden Entscheidungen sind von Rechtsanwalt und Fachanwalt für Familienrecht *Eckhard Benkelberg*, Emmerich am Rhein, mitgeteilt worden.

## Rechtsprechung kompakt

### 1. Familienrecht

● Wegen seiner **gesteigerten Unterhaltspflicht** gegenüber einem minderjährigen Kind aus erster Ehe (§ 1603 Abs. 2 S. 1 BGB), zu dessen Gunsten Unterhalt in Höhe von 135 % des Regelbetrages tituliert ist, ist der Vater nicht berechtigt, nach einer neuen Eheschließung von seiner bisherigen Tätigkeit im Fernverkehr in den Nahverkehr mit geringerem Verdienst zu wechseln; unterhaltsrechtlich ist er an seinem im Fernverkehr erzielten Einkommen festzuhalten. Daran ändern die Belange der aus seiner neuen Ehe in den Jahren 1999 und 2002 hervorgegangenen Kinder sowie der Wunsch seiner neuen Ehefrau nach dem Arbeitsplatzwechsel und eine eventuelle Gefährdung des Bestandes der neuen Ehe nichts, da die neue Familie in Kenntnis der gegenüber dem Kind aus erster Ehe bestehenden Unterhaltspflicht und in Kenntnis der berufsbedingten Abwesenheit des Vaters während der Woche in Folge seiner Tätigkeit als Fernfahrer gegründet worden ist (OLG Nürnberg FPR 2004, 224).

● Der Grundsatz, dass **steuerliche Vorteile** allein der bestehenden Ehe des Unterhaltspflichtigen zugute kommen (BVerfG FF 2003, 243 (LS) = NJW 2003, 3466 = FamRZ 2003, 1821), gilt auch, soweit es um einen Unterhalts-

anspruch der Mutter eines nichtehelichen Kindes nach § 1615I Abs. 2 BGB geht (OLG Koblenz NJW 2004, 957).

● Nach dem Beschl. des OLG Hamm v. 9.1.2004 – 11 WF 195/03 – greift das Aufrechnungsverbot des § 394 S. 1 BGB i.V.m. § 850b Abs. 1 Nr. 2 ZPO nicht ein, wenn der im Wege des Bereicherungsanspruchs zur Verrechnung gestellte **überzahlte Unterhalt** darauf beruht, dass der Unterhaltsgläubiger eine rückwirkende – verschlechternde – Änderung der Steuerklasse des Unterhaltsschuldners geplant und veranlasst und damit die Grundlagen für die vom Schuldner geleisteten (nicht titulierten) Unterhaltszahlungen nachträglich verändert hat (hier: auf Antrag der Ehefrau Veranlagung des Ehemannes im Mai 2003 rückwirkend ab Januar 2003 nicht mehr nach Steuerklasse III, sondern nach Steuerklasse II). In diesem Fall war – so das OLG Hamm – dem Unterhaltsgläubiger von vornherein bewusst, dass die vom Schuldner zunächst (hier: ab Januar 2003) gezahlten Unterhaltsbeträge wegen der (noch) niedrigeren Steuerlast zu hoch waren; der Gläubiger musste sich daher auf spätere Kürzungen einstellen.

● **Zur Unterhaltsabänderung:**

●● Unabhängig von der Form des Unterhaltstitels – mithin auch (wie im Fall) beim Vorliegen eines Urteils – kann nach dem Beschl. des OLG Hamm v. 2.1.2004 – 10 WF 241/03 – jedenfalls in den Fällen, in denen das minderjährige Kind mit der Abänderungsklage lediglich Unterhalt in Höhe des Existenzminimums (bis 135 % des Regelbetrages) verlangt, auch eine **unter der 10 %-Schwelle liegende Erhöhung** eine „wesentliche Änderung“ i.S.v. § 323 Abs. 1 ZPO sein (hier: Erhöhung von 6,79 % auf Grund der Änderung der Bedarfssätze der Düsseldorfer Tabelle ab 1.7.2003).

●● Der Unterhaltsschuldner hat einen Anspruch auf Abänderung eines Unterhaltstitels (hier: Jugendamtsurkunden vom 5.7.2001), wenn sich die für ihn maßgebliche **Steuerklasse** im streitgegenständlichen Zeitraum zu seinen Ungunsten **geändert** hat (hier: bisher Steuerklasse III, ab 1.1.2002 Steuerklasse D); ob mit dieser Änderung bei Erreichung des Titels zu rechnen war, ist nach Treu und Glauben unerheblich (OLG Celle, Beschl. v. 17.3.2003 – 15 UF 201/02 – Auszug veröffentlicht in FamRZ 2003, 1959 in Anm. d. Red.).

So (im Ergebnis) auch im Falle eines *Vorprozesses*: BGH FamRZ 1983, 152, 153 – Zur Frage einer Präklusion vorhersehbarer Gründe bei einem *Vorprozess* allgemein: *Johannsen/Henrich/Brudermüller*, Eherecht, 4. Aufl., § 323 ZPO Rn 105 m.w.N., s. ferner (keine Präklusion) BGH FamRZ 1992, 162, OLG Bremen OLGR Bremen 2001, 286 = MDR 2001, 1314 und OLG Karlsruhe, Beschl. v. 15.10.2003 – 16 WF 119/03 – (Eintritt des Kindes in eine höhere Altersstufe).

●● Die durch die Eröffnung eines **Insolvenzverfahrens** eintretende **Einkommensminderung** kann zu einer Unterhaltsabänderung führen, wenn die Insolvenz durch den Unterhaltsschuldner nicht – was allerdings denkbar ist – unterhaltsbezogen mutwillig oder leichtfertig herbeigeführt worden ist (OLG Stuttgart FamRZ 2004, 297).

● **Zum Zugewinnausgleich:**

●● Das Endvermögen eines Ehegatten, der während eines rechtshängigen Scheidungsverfahrens, in dem die Ehe voraussichtlich geschieden worden wäre, verstorben ist, ist auch dann nach dem **Berechnungstichtag** des § 1384 BGB zu ermitteln, wenn der überlebende Ehegatte durch Testament als Erbe ausgeschlossen wurde und den güterrechtlichen Zugewinnausgleich verlangt (BGH FamRZ 2004, 527 mit Anmerkung von *Koch* = FPR 2004, 217).

●● **Vereinbarungen** der im gesetzlichen Güterstand lebenden Ehegatten **über einzelne Vermögensgegenstände** unterliegen der Beurkundungsvorschrift des § 1378 Abs. 3 S. 2 BGB – der nur Vereinbarungen „über den Ausgleich des Zugewinns“ erfasst – nur dann, wenn sie einen unmittel-

telbaren güterrechtlichen Bezug beinhalten. Dies ist etwa der Fall bei einer Vereinbarung über den Wert eines Vermögensgegenstandes zur Ermittlung des Endvermögens; nicht ausreichend ist dagegen allein der Umstand, dass der sich aus der Vereinbarung ergebende Anspruch – wie hier der Anspruch der Ehefrau auf Zahlung des hälftigen Rückkaufwertes von zwei auf den Ehemann abgeschlossenen Lebensversicherungen – als Rechnungsposten bei der Ermittlung des Zugewinns zu berücksichtigen sein kann.

Die auf eine Vereinbarung ohne unmittelbaren güterrechtlichen Bezug gestützte **Klage** ist daher auch keine Familiensache i.S.v. § 621 Abs. 1 Nr. 8 ZPO (OLG Köln, Beschl. v. 29.1.2004 – 14 W 1/04 – mitgeteilt von Richter am OLG *Walter Quack*, Köln).

• Für die Qualifikation eines Rechtsstreits als **Familien-sache oder allgemeine Zivilsache** kommt es allein auf die Klagebegründung, nicht aber auf die von der beklagten Partei vorgebrachte Verteidigung an. Eine allgemeine Zivilsache ist daher gegeben, wenn der Kläger gegen seine Ehefrau einen Ausgleichsanspruch nach § 426 BGB geltend macht und die Beklagte Einwendungen erhebt, die ihre Grundlage im Unterhaltsrecht haben (OLG Köln, Beschl. v. 29.1.2004 – 14 W 1/04 – mitgeteilt von Richter am OLG *Walter Quack*, Köln).

• Der Umstand, dass für eine **Ehesache beider Parteien ratenfreie Prozesskostenhilfe** bewilligt worden ist, hat nicht zur Folge, dass der **Streitwert** unabhängig von Einkommens- und Vermögensverhältnissen der Parteien in der Regel nur mit dem Mindestwert von 2.000 Euro (§ 12 Abs. 2 S. 4 GKG – ab 1.7.2004: § 48 Abs. 3 S. 2 GKG) zu bemessen ist; für die Festsetzung von Ratenzahlungen im Rahmen der Prozesskostenhilfe sind nämlich nach § 115 ZPO Gesichtspunkte maßgebend, auf die es für die Streitwertfestsetzung nach § 12 Abs. 2 S. 1 und S. 2 GKG (ab 1.7.2004: § 48 Abs. 2 und Abs. 3 S. 1 GKG) nicht ankommt (**bestr.** – so: OLG Zweibrücken NJW-RR 2004, 355 m. Nachw. zum Streitstand – a.A. zuletzt: OLG Hamm, Beschl. v. 4.2.2004 – 11 WF 214/03).

## 2. Erbrecht

• Ein **gemeinschaftliches Testament** kann (nur) von Ehegatten (§ 2265 BGB) und Lebenspartnern i.S.v. § 1 Abs. 1 S. 1 LPartG (§ 10 Abs. 4 S. 1 LPartG) errichtet werden.

Sind die an einem Testament, das nach seiner äußeren Form und dem aus seinem Inhalt erkennbaren Willen der Beteiligten als gemeinschaftliches Testament zu qualifizieren ist, beteiligten Personen (wie im Fall: zwei Freundinnen) keine Ehegatten (*Anm.*: und keine Lebenspartner), ist das Testament nach § 2265 BGB (*Anm.*: und nach § 10 Abs. 4 S. 1 LPartG) unwirksam. Das Testament kann aber gem. § 140 BGB in eine wirksame einzeltestamentarische Verfügung umgedeutet werden, soweit es den an ein Einzeltestamente nach § 2247 BGB zu stellenden Formerfordernissen vollständig genügt und wenn es keine wechselbezüglichen Verfügungen i.S.v. § 2270 BGB enthält (hier: Erbeinsetzung einer gemeinsamen Bekannten auf den Nachlass der Letztversterbenden durch die beiden kinderlosen Freundinnen) (LG Bonn NJW-RR 2004, 10 = FamRZ 2004, 405).

• Zum **Testamentsvollstrecker**:

•• Wenn der Erblasser im Testament das **Nachlassgericht** ersucht hat, einen Testamentsvollstrecker zu ernennen, „kann das Nachlassgericht die Ernennung vornehmen“ (§ 2200 Abs. 1 BGB). Aus dem Wortlaut des Gesetzes und der Intention des Gesetzgebers ergibt sich keine unbedingte Verpflichtung des Nachlassgerichts zur **Ernennung** eines Testamentsvollstreckers, die Ernennung ist vielmehr in das pflichtgemäße Ermessen des Nachlassgerichts gestellt. Das Nachlassgericht kann von einer Ernennung absehen, wenn die Anordnung bzw. – wie im Fall – die Fortdauer der Testamentsvollstreckung im Hinblick auf die Verhältnisse des Nachlasses und das Interesse der Nachlassbeteiligten nicht

bzw. nicht mehr zweckmäßig ist (BayObLG BayObLGZ 2003, Nr. 53 = juris Rechtsprechung KORE442242003).

•• Der Testamentsvollstrecker – sei er durch Testament des Erblassers (§ 2197 Abs. 1 BGB) oder auf Ersuchen des Erblassers im Testament durch das Nachlassgericht (§ 2200 Abs. 1 BGB) ernannt – leitet seine Rechtsstellung vom Erblasser und nicht vom Nachlassgericht ab. Bei Bestehen einer Testamentsvollstreckung beinhalten die gesetzlich vorgesehenen einzelnen Zuständigkeiten des Nachlassgerichts (vgl. etwa §§ 2216 Abs. 2 S. 2, 2224 und 2227 BGB) keine allgemeine Ermächtigung des Nachlassgerichts zum Eingreifen in die **Amtsführung** des Testamentsvollstreckers; das Nachlassgericht darf daher gegen den Testamentsvollstrecker wegen der Art und Weise seiner Amtsführung auch keine Zwangsmittel nach § 33 FGG verhängen.

Streitigkeiten zwischen Testamentsvollstrecker und Erben – etwa über die Art der Verwaltung oder Auseinandersetzung des Nachlasses – fallen in die Zuständigkeit nicht der freiwilligen, sondern der streitigen Gerichtsbarkeit (OLG Zweibrücken, Beschl. v. 31.10.2003 – 3 W 147/03 – mitgeteilt vom 3. *Zivilsenat des Pfälzischen Oberlandesgerichts Zweibrücken* und veröffentlicht in Rpfleger 2004, 105 und juris Rechtsprechung KORE424272004).

*Dieter Miesen*, Richter am Amtsgericht a.D.

## In den nächsten Ausgaben

*Brudermüller*: Lebenslange Unterhaltslast?

*Frieser*: Riesterreute und Erbrecht

*Groß*: Anmerkungen zum künftigen RVG

*Hohloch*: Schadensersatz bei Verletzung des Umgangsrechts?

*Höser*: Vollstreckung deutscher Unterhaltstitel im Ausland

*Kemper*: LPartG, Entscheidung des BVerfG

*Struck*: Partnerschaftliche Solidarität durch Privatautonomie statt durch Schlüsselgewalt

*Wölke*: Der Familienanwalt im common law

## Rezension

### AnwaltKommentar BGB

#### Gesamtausgabe

Gesamthrg. *Prof. Dr. Barbara Dauner-Lieb*, RA und FA für Steuerrecht *Dr. Thomas Heidel* und *Prof. Dr. Gerhard Ring*

5 Bände, ca. 10.000 Seiten, Vorzugspreis für DAV-Mitglieder ca. 748 EUR, ISBN 3-8240-0631-6, Normalpreis ca. 798 EUR, ISBN 3-8240-0642-1, Deutscher Anwaltverlag  
Erscheint bis ca. Oktober 2004

#### Band 5: Erbrecht

Bandhrsg. VorsRiLG *Dr. Ludwig Kroiß*, Notar *Dr. Jörg Mayer*, *Prof. Dr. Christoph Ann* LL.M.

1. Aufl. 2004, 1.704 Seiten, 178 EUR, ISBN 3-8240-0606-5, Deutscher Anwaltverlag

Die Ziele der Gesamtherausgeber (renommierte Vertreter der Wissenschaft und anwaltlichen Praxis) sind rasch zusammengefasst: Vor dem Hintergrund der Schuldrechtsreform soll ein neuer, fünfbandiger Kommentar das neu gestaltete BGB erschließen; reformiertes Recht sowie zum Teil nur scheinbar unverändertes altes Recht verlangten nach einer Neukommentierung, die sich den Gesetzesänderungen annehme. Adressaten