

Umgangskontakt in einer unbefangenen Weise auszuüben. Wenn die Bekl somit in der geschilderten Weise die Kinder vorschickt, damit diese selbst ihrem Vater die Nichtdurchführung des Umgangskontaktes mitteilen, handelt die Bekl rechtswidrig und schuldhaft und vereitelt das Umgangsrecht des Vaters. Im Ergebnis hat sie damit nach § 823 Abs. 1 BGB für die vergeblich aufgewendeten Kosten des umgangsberechtigten Elternteiles einzustehen.

3. Die Höhe des Schadensersatzanspruches ergibt sich aus den nachgewiesenen Stornierungskosten für die Ferienwohnung bei der S GmbH in Höhe von 481,60 DM und den Fahrtkosten in Höhe von 442,00 DM. Dabei hat der Senat nach ständiger Rechtsprechung als Kilometerentschädigung einen Satz von 0,52 DM je Kilometer, also bei 850 Kilometern Anreise hin und zurück, einen Betrag von 442,00 DM zu Grunde gelegt. Den geltend gemachten Satz von 1,40 DM je Kilometer hält der Senat für überhöht. Es ergibt sich damit ein Gesamtschadensersatzanspruch von 923,60 DM (481,60 DM Stornierungskosten und 442,00 DM Fahrtkosten). Der darüber hinausgehende Schadensersatzanspruch des Kl ist zurückzuweisen.

Ausführungen zur Kostentragung, zur vorläufigen Vollstreckbarkeit und zur Nicht-Zulassung der Revision.

Mitgeteilt von Rechtsanwalt *Henrich J. Potthast*, Köln

Anm. der Red.: Die Frage eines Schadensersatzanspruches wegen Erschwerung des Umgangsrechts ist auch Gegenstand des beim BGH anhängigen Verfahrens – XII ZR 173/00 –; Verhandlungstermin: 19. 6. 2002.

Zu vorbeugenden Maßnahmen gegenüber einer faktischen Vereitelung des Umgangsrechts vgl. in diesem Heft (S. 92) den Beschluss des BVerfG – 1 BvR 2029/00 – vom 5. 2. 2002.

Übertragung des PKH-Beschwerde-Verfahrens durch den Einzelrichter auf den Familiensenat

§ 568 ZPO n. F.

OLG Köln, 14. Zivilsenat – Familiensenat –, Einzelrichter, Beschl. v. 14. 3. 2002 – 14 WF 20/02 –

Beschwerden gegen Prozesskostenhilfeentscheidungen eines Einzelrichters weisen regelmäßig dann „besondere Schwierigkeiten tatsächlicher oder rechtlicher Art“ auf, wenn sie die Erfolgsaussicht der Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung betreffen und über die Berufung in der Hauptsache das Beschwerdegericht in voller Besetzung entscheiden müsste. Auch aus verfassungsrechtlichen Gründen ist eine Entscheidung durch den Senat geboten, wenn sonst keine Chancengleichheit zwischen bedürftigen und nicht bedürftigen Parteien bestünde.

Anm. der Red.: Der Beschluss ist veröffentlicht in NJW 2002, 1436. Die Entscheidung des (als Einzelrichter zuständigen) Vors. Richters am OLG *Dr. Büttner* ist zu begrüßen und sollte – trotz § 568 S. 3 ZPO – allgemeine Praxis werden.

Rechtsprechung kompakt

1. Familienrecht

• Auf seine **durch eine Straffhaft bedingte Leistungsunfähigkeit** kann sich ein Unterhaltsschuldner nach Treu und Glauben nur dann nicht berufen, wenn die Straffhaft auf einem Fehlverhalten beruht, das sich gerade auf die Unter-

haltungspflicht gegenüber dem Unterhaltsgläubiger bezieht (BGH NJW 2002, 1799).

• Streitig ist die Frage der Klageveranlassung im Sinne von § 93 ZPO, wenn der Schuldner einem Titulierungsverlangen des Gläubigers über **freiwillig gezahlten Ehegattenunterhalt** (in den folgenden beiden Fällen: nahehelichen Unterhalt) nicht nachgekommen ist. Nach Meinung des OLG Stuttgart FamRZ 2001, 1381, 1382 f. (ebenso: *Luthin/Kamm*, Handbuch des Unterhaltsrechts, 9. Aufl., Rn. 7023; *Zöller/Herget*, Zivilprozessordnung, 23. Aufl., § 93 ZPO Rn. 6: Unterhaltssachen) hat die **Kosten der Titulierung** des freiwillig gezahlten Unterhalts der Gläubiger zu tragen; der Schuldner gebe daher keine Veranlassung zur Klage, wenn der Gläubiger die Übernahme der Kosten für die von ihm verlangte Titulierung nicht zugesagt habe. Dagegen obliegt es nach dem Beschl. des OLG Nürnberg – 10 WF 4230/01 – v. 25. 1. 2002 dem Schuldner, auf Aufforderung des Gläubigers den freiwillig gezahlten Unterhalt auf seine Kosten titulieren zu lassen. Lehne der Schuldner dies vorprozessual ab, gebe er Veranlassung zur Klage. Prozesskostenhilfe könne dann für eine Klage über den vollen Unterhalt (unstreitiger Sockel- und streitiger Spitzenbetrag) nicht wegen Mutwilligkeit der Rechtsverfolgung (§ 114 ZPO) versagt werden. Zur Durchführung der außergerichtlichen Titulierung weist das OLG Nürnberg darauf hin, dass der Unterhaltsschuldner für die Urkundstätigkeit des Notars Prozesskostenhilfe beantragen kann (§ 17 Abs. 2 BNotO).

• Ein Anspruch auf Trennungunterhalt wird durch eine bloße **Selbstanzeige des unterhaltsberechtigten Ehegatten beim Finanzamt** nicht gemäß §§ 1361 Abs. 3, 1579 Nr. 4 BGB verwirkt, wenn der Ehegatte nicht damit rechnen konnte oder musste, dass das Finanzamt ein Verfahren gegen den anderen Ehegatten einleiten würde (OLG Koblenz – 11 UF 630/00 – Ur. v. 20. 11. 2001). Vgl. auch OLG Köln NJWE-FER 1999, 107: Substanzlose Angaben in einer Anzeige gegen den anderen Ehegatten wegen Steuerhinterziehung.

• Zur **einstweiligen Anordnung in Unterhaltssachen** nach §§ 620 ff., 644 ZPO wird auf zwei Entscheidungen des BGH und des OLG Naumburg hingewiesen:

(1) Im Anschluss an die – zu Recht – ablehnende Anmerkung von *van Els*, FamRZ 2002, 617 f. zu den beiden Beschlüssen des AG Tempelhof-Kreuzberg FamRZ 2002, 616 und 616 f., wonach im einstweiligen Anordnungsverfahren nach § 644 S. 1 ZPO und § 620 Nr. 4 und Nr. 6 ZPO nur der notwendige Unterhalt zuzusprechen sein soll, sei noch vermerkt, dass der BGH FamRZ 2002, 536, 540 nach der Feststellung, dass im Wege der einstweiligen Verfügung nur der Mindestbedarf als Notunterhalt verlangt werden konnte, wie folgt judiziert hat: „... nach § 644 ZPO kann nunmehr im Unterhaltsprozess und weiterhin während eines Scheidungsverfahrens nach § 620 ZPO **Unterhalt** im Wege einstweiliger Anordnung und damit **ohne** die zeitlichen und betragsmäßigen **Beschränkungen der einstweiligen Verfügung** geltend gemacht werden ...“ (Hervorhebungen durch Verf.).

(2) Wenn das Gericht im Unterhaltsverfahren über eine einstweilige Anordnung (§ 644 S. 1 ZPO), die ohne mündliche Verhandlung ergangen ist, mündlich verhandelt hat (vgl. §§ 644 S. 2, 620b Abs. 2 ZPO) und in seiner Entscheidung neuen Sachvortrag berücksichtigt, der aufgrund gerichtlicher Auflagen nach der mündlichen Verhandlung erfolgt ist, ist der einzig zulässige **Rechtsbehelf** gegen diese Entscheidung der Antrag auf (neue) mündliche Verhandlung, da die Entscheidung nicht „aufgrund mündlicher Verhandlung“ ergangen ist. Eine außerordentliche, auf greifbare Gesetzeswidrigkeit gestützte Beschwerde – wie im Streitfall erhoben – ist unzulässig (OLG Naumburg – 8 WF 8/02 – Beschl. v. 11. 1. 2002).

• Das OLG Karlsruhe FamRZ 1999, 1000, 1001 (ihm folgend: *Zöller/Herget*, a.a.O., § 769 ZPO Rn. 6) hat als entscheidende Voraussetzung für die **einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung aus Unterhaltstiteln** die überwiegende, nicht nur hinreichende Erfolgsaussicht der Abänderungsklage angesehen und den Einstellungs-Beschluss des Amtsgerichts, in dem insoweit keine Feststellungen getroffen werden konnten, wegen greifbarer Gesetzwidrigkeit aufgehoben.

Einen auf diese Auffassung gestützten, eine einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung ablehnenden amtsgerichtlichen Beschluss hat das OLG Zweibrücken FPR 2002, 165 wegen Anwendung eines unzutreffenden Maßstabs aufgehoben und dazu – unter Bezugnahme auf umfangreiche Rechtsprechung und Literatur – ausgeführt: Die Erfolgsaussichten der Abänderungsklage seien bei der Entscheidung über die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung zwar zu berücksichtigen. Die einstweilige Einstellung sei dabei aber nur dann von vornherein ausgeschlossen, wenn die Erfolgsaussichten der Klage völlig fehlen, während es im Übrigen auf die gegenseitige Abwägung des beiderseitigen Schutzbedürfnisses ankomme, in die auch das etwa festzustellende Ausmaß der jeweiligen Erfolgsaussichten einzufließen habe. Bei Anwendung dieses Maßstabes wird die erhebliche Einschränkung der Möglichkeit einer einstweiligen Einstellung der Zwangsvollstreckung als Folge der Auffassung des OLG Karlsruhe, auf die das OLG Zweibrücken hinweist, in deutlichem Umfang abgeschwächt und der Zugang zur einstweiligen Einstellung graduell erleichtert.

• Zwei Entscheidungen des XII. Zivilsenates des BGH beschäftigen sich mit dem **Ausgleich zwischen Ehegatten**, wenn diese nach §§ 26, 26b EStG steuerlich zusammen veranlagt wurden und ein **Ehegatte** aufgrund ständiger Übung **die gegen beide Eheleute** als Gesamtschuldner (§ 44 Abs. 1 AO) **festgesetzte Einkommensteuer-Vorauszahlung geleistet hat**.

(1) Im Beschl. v. 13. 3. 2002 – XII ZR 10/00 – ging es um die Frage, ob Steuererstattungen im Innenverhältnis der zusammen veranlagten Eheleute dem Ehemann zustanden. Der BGH hat dies auf der Grundlage von § 426 Abs. 1 S. 1 2. Hs. BGB mit folgender Begründung bejaht: Aufgrund langjähriger Übung habe eine konkludente Vereinbarung der Eheleute des Inhalts bestanden, dass der Ehemann die gegen die Ehegatten festgesetzten Einkommensteuer-Vorauszahlungen allein begleicht, die Beträge, die über die bestehenden Steuerschulden hinaus gezahlt worden sind, aber auch an ihn zurückfließen.

(2) Im zweiten Fall hat der BGH NJW 2002, 1570 = FamRZ 2002, 739 (mit Anm. von *Wever*, S. 741) einen Ausgleichsanspruch des Ehemannes bezüglich der hälftigen Einkommensteuer-Vorauszahlung verneint, die das Finanzamt im Rahmen der erstmaligen getrennten Veranlagung der Eheleute nach § 26a EStG auf die Steuerschuld der Ehefrau angerechnet hatte. Im Verhältnis der Ehegatten zueinander habe im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft und der Gütertrennung zwar grundsätzlich jeder von ihnen für die Steuer, die auf seine Einkünfte entfällt, selbst aufzukommen mit der Folge, dass ein Ehegatte gegen den anderen Ehegatten einen Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen habe, wenn er die Einkommensteuer des anderen begleicht. Dieser Maßstab könne aber – so der BGH weiter – von einer anderweitigen Bestimmung im Sinne von § 426 Abs. 1 S. 1 2. Hs. BGB in der Weise überlagert werden, dass der die Vorauszahlungen leistende Ehemann im Innenverhältnis die Steuerverbindlichkeiten – bis zum Scheitern der Ehe – allein zu tragen habe. Dies sei vorliegend der Fall, da es während der bestehenden ehelichen Lebensgemeinschaft ständiger Übung der Eheleute entsprochen habe, dass die Einkommensteuer-Vorauszahlungen (von einer

Ausnahme abgesehen) von dem Ehemann geleistet wurden. Der Ehemann könne die Erstattung der von ihm entrichteten Leistung auch nicht wegen des Scheiterns der Ehe verlangen; eine – insoweit erforderliche – besondere Vereinbarung habe der Ehemann nicht dargelegt. Da der Ehemann die Vorauszahlung noch vor der Trennung und damit noch während der bestehenden ehelichen Lebensgemeinschaft vorgenommen habe, sei unerheblich, dass die Zahlung für einen Zeitraum geleistet wurde, in dem die Parteien (erstmalig) getrennt veranlagt wurden.

2. Erbrecht

• Die geschiedene Erblasserin hatte in einem handschriftlichen Testament ihren Sohn A zu ihrem alleinigen Erben eingesetzt. Im Anschluss an die Erbeinsetzung des A enthält das Testament folgende Ausführungen der Erblasserin: „Meine Tochter ... und mein Sohn B ... haben immer wieder zum Ausdruck gebracht, von mir nichts erben zu wollen.“ Nach Erteilung eines Erbscheins, der den Sohn A als Alleinerben auswies, erklärte der Sohn B die **Anfechtung** des Testaments **wegen** eines **Motivirrtums** seiner verstorbenen Mutter (§§ 2078 Abs. 2, 2080 Abs. 1 BGB) und beantragte die Einziehung des seinem Bruder A erteilten (und nach wirksamer Anfechtung unrichtigen) Erbscheins. Zur Begründung trug er vor, er und seine Schwester hätten gegenüber der Erblasserin zu keiner Zeit zum Ausdruck gebracht, von ihr nichts erben zu wollen; der im Testament angegebene Grund für den Ausschluss von der Erbfolge beruhe daher auf einem Irrtum.

Das BayObLG NJW-RR 2002, 727 hat die mit dem Ziel der Einziehung des Erbscheins eingelegte weitere Beschwerde des Sohnes B zurückgewiesen und zur Begründung ausgeführt: Das LG habe rechtsfehlerfrei entscheidend darauf abgestellt, dass Motiv für die Einsetzung des Sohnes A zum Alleinerben nicht ein Irrtum der Erblasserin hinsichtlich der Frage gewesen sei, ob ihr Sohn B und ihre Tochter ausdrücklich geäußert hätten, von ihr nichts erben zu wollen. Motiv sei vielmehr das Verhalten des Sohnes B (Streitigkeiten um den Nachlass des vorverstorbenen Vaters und jahrelange Kontaktlosigkeit) gewesen, aus dem die Erblasserin geschlossen habe, dass B mit ihr nichts mehr zu tun haben wolle. Aufgrund dieser Feststellungen fehle es – so das BayObLG – an dem von B behaupteten Irrtum für die von der Erblasserin getroffene Verfügung.

• Gegenstand des Beschl. des BayObLG – 1 ZBR 37/01 – vom 4. 2. 2002 war ein handschriftliches Testament der Erblasserin mit im Wesentlichen folgendem Wortlaut: „Im Falle meines Ablebens und meines Kindes A setze ich meine Schwester B als Alleinerbin meines Besitzes ein.“ Zum Zeitpunkt der Errichtung des Testaments lebte die Erblasserin von ihrem Ehemann getrennt, der Ehemann hatte vor der Trennung in einem Ehe- und Erbvertrag auf alle Erb- und Pflichtteilsansprüche verzichtet; ihr Sohn A war zu jenem Zeitpunkt acht Jahre alt. Nach dem Tod der Erblasserin ist dem Sohn A ein Erbschein erteilt worden, wonach die Erblasserin von ihm allein beerbt wurde; wenige Monate später ist A kinderlos verstorben.

Das BayObLG hat aufgrund der Äußerungen im Zusammenhang mit dem Wortlaut des Testaments und der übrigen Umstände keine hinreichend verlässliche Basis dafür gesehen, dass als Ergebnis der Auslegung des Testaments unter Abweichung von der gesetzlichen Allein- und Vollerbenstellung des Sohnes A die Anordnung einer **Nacherbschaft** zugunsten der Schwester B in einer jeden Zweifel ausschließenden Weise festgestellt werden könne. Dies aber führe zur Anwendung der Auslegungsregel des § 2102 Abs. 2 BGB, so dass die Schwester B als **Ersatzerbe** gelte; der Ersatzerbfall sei indessen nicht eingetreten.

RiAG a.D. *Dieter Miesen*