

Auch aus Kostengründen ist die Einbeziehung in den Verbund – zumindest für den Mandanten, weniger für die Anwaltschaft – günstiger, denn die anfallenden Rechtsanwaltsgebühren sind im Verbund nicht so hoch wie im einzelnen Klageverfahren.

Der Beschl. des OLG Nürnberg ist daher begrüßenswert.

Stefanie Haizmann, Rechtsanwältin und Fachanwältin für Familienrecht, Regensburg

Rechtsprechung kompakt

— *Gabriele Göhler-Schlicht*, Vorsitzende Richterin am OLG Köln

A. Familienrecht

Ehegattenunterhalt

1. Grundsätzlich kann es dem Unterhaltspflichtigen nicht vorgeworfen werden, dass er **sich selbständig macht** und aus dieser Tätigkeit nicht von Anfang an ein ausreichendes Einkommen erzielt, um seiner Unterhaltspflicht nachzukommen. Bei der Berufswahl sind der Gesichtspunkt der Verpflichtung zur Eigenbedarfsdeckung und das Recht zur freien Berufswahl gegeneinander abzuwägen. Steht aber fest, dass das Einkommen aus der gewählten Tätigkeit nachhaltig nicht ausreichen wird, muss das Recht der freien Berufswahl zurücktreten. In diesem Fall ist der Unterhaltsschuldner gehalten, im Rahmen seiner Möglichkeiten eine nachhaltig bedarfsdeckende Tätigkeit auszuüben. Er muss angemessen untersuchen, ob die gewählte Tätigkeit für die Zukunft Gewinne erwarten lässt, ob also das Risiko, sich selbständig zu machen, kalkulierbar ist. Kommt er mit nachvollziehbarer Begründung zu diesem Schluss, so ist ihm eine gewisse Orientierungsphase zuzubilligen (OLG Köln FamRZ 2005, 215 [LSe]).

2. Auf das Arbeitseinkommen sind nur solche **Abfindungen** anzurechnen, die u.a. im Rahmen einer Einzelmaßnahme des Arbeitgebers anlässlich der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gezahlt worden sind, soweit sie dem Ausgleich für den Verlust des Arbeitsplatzes dienen und somit den sozialen Besitzstand wahren sollen. Findet der Unterhaltsschuldner sofort nach Beendigung der bisherigen Arbeit oder jedenfalls zu einem Zeitpunkt, in dem der prognostizierte Zeitraum, auf den die Abfindung aufgeteilt ist, noch nicht abgelaufen ist, eine neue Arbeitsstelle, ist der nicht verbrauchte Teil unterhaltsrechtlich wie sonstiges Vermögen zu behandeln (OLG Köln FamRZ 2005, 211 [LSe]).

3. **Kosten für Umgangskontakte** mit den Kindern kann der Unterhaltspflichtige nur dann von seinem Einkommen abziehen, wenn diese höher sind als das nicht auf den Kindesunterhalt anzurechnende Kindergeld. Soweit das Kindergeld auf den Kindesunterhalt gem. § 1612b Abs. 5 BGB ange-

rechnet wird, steht es ihm hingegen zur Deckung der Umgangskosten zur Verfügung (OLG Frankfurt/M. FPR 2004, 398 – nicht rechtskräftig).

4. Die Behandlung **überobligatorischer Einkünfte** ist unverändert streitig und zweifelhaft. Der BGH hat sich insoweit wohl für die **Abzugsmethode** ausgesprochen (BGH FamRZ 2003, 518 m. Anm. *Büttner* = FPR 2003, 241 m. Anm. *Graba*, unter Hinweis auf BGH FamRZ 2002, 23 = NJW 2002, 217). Wenn man mit dem BGH die Abzugsmethode bei überobligatorischer Arbeit anwendet, muss dem Berechtigten aber mehr als aus zumutbarer Arbeit verbleiben (OLG Köln FamRZ 2004, 377). Das ist zum Beispiel dadurch zu erreichen, dass nur $\frac{1}{3}$ oder $\frac{1}{4}$ der Einkünfte entsprechend § 1577 Abs. 2 BGB angerechnet wird (so auch OLG Karlsruhe NJW 2004, 859; OLG Hamm FamRZ 2004, 1108, 376 m. krit. Anm. *Kofler*, FamRZ 2004, 808).

5. Hingegen hat der BGH die Frage, ob **fiktives Einkommen** eines während der Ehe ertraglos erwerbstätigen Ehegatten nach der **Differenz- oder Anrechnungsmethode** zu behandeln ist, in zwei jüngeren Entscheidungen vom 6.10.2004 offen gelassen, aber eine Tendenz zur Differenzmethode anklingen lassen. Es handelte sich um fiktive Mieteinnahmen, die – hätte die Ehefrau sie erzielt – auch bereits zu Ehezeiten eingenommen worden wären (FamRZ 2005, 23 und 25).

6. Ein **Ehevertrag**, in dem ein Zahnarzt und eine Rechtsanwaltsgehilfin – beide Mitte 40 – Gütertrennung, Ausschluss des Versorgungsausgleichs und des nachehelichen Unterhalts vereinbart, jedoch eine Unterhaltsabfindung und die Übernahme von Beiträgen zur gesetzlichen Rentenversicherung vorgesehen haben, hält einer Inhalts- und Ausübungskontrolle stand, weil die Parteien bei Abschluss des Vertrages in einem Alter waren, in dem mit Kindern nicht mehr zu rechnen gewesen war und auch normalerweise ein wesentlicher Teil der Altersversorgung bereits aufgebaut ist (BGH, Urt. v. 12.1.2005 – XII ZR 238/03, Pressemitteilung 6/2005 v. 14.1.2005). Das **OLG Düsseldorf** hat einen Ehevertrag zwischen einem Multimillionär und einer Ärztin, der das Ende der Unterhaltsverpflichtung auf den Tag der Vollendung des

18. Lebensjahrs des jüngsten gemeinsamen Kindes festschreibt und der Frau einen steuerfreien Betrag von 1 Mio. DM verspricht, als nicht sittenwidrig angesehen (FamRZ 2005, 216 m. Anm. *Bergschneider*). Das **OLG München** hat einen erst nach der Scheidung vereinbarten Verzicht auf nachehelichen Unterhalt der Inhalts- und Ausübungskontrolle unterworfen. Letztere führte dazu, dass sich der Unterhaltspflichtige während der Zeit der Kinderbetreuung nicht auf den Verzicht berufen darf (FamRZ 2005, 215). Vgl. zur Wirksamkeitskontrolle ferner **OLG Düsseldorf** FamRZ 2005, 282.

Anspruch der Mutter eines nicht ehelichen Kindes aus § 1615 I BGB

1. Die im Gesetz vorgesehene **Befristung** des Anspruchs aus § 1615 I BGB auf **drei Jahre** ist Gegenstand zweier Vorlagen an das BVerfG. Das **OLG Hamm** (FamRZ 2004, 1893 = FF 2004, 301) und das **KG Berlin** (FamRZ 2004, 1895) halten die Vorschrift für **verfassungswidrig** und haben diese Frage dem **BVerfG** zur Entscheidung vorgelegt. Das **OLG Düsseldorf** hält die dreijährige Befristung für **verfassungsgemäß**, hat wegen dieser Frage allerdings in seiner Entscheidung vom 25.6.2004 die **Revision** zugelassen (FamRZ 2005, 234; vgl. auch **OLG Karlsruhe** NJW 2004, 523 = FuR 2004, 358).

2. Zur Frage der **Bemessung des Selbstbehalts** bei Ansprüchen aus § 1615 I BGB vgl. **BGH** FamRZ 2005, 354 m. Anm. *Schilling* und *Graba* sowie Anm. *Bömelburg*, in diesem Heft, S. 104 ferner, auch zur Haftung mehrerer Väter für Unterhalt aus Anlass der Geburt **BGH** NJW 2005, 502 = FamRZ 2005, 357 m. Anm. *Schilling* und *Graba*).

Kindesunterhalt

1. Der **Sicherstellung des Minderjährigenunterhalts** ist im Familienrecht absolute Priorität einzuräumen. Deshalb sind auch bei einem 57-jährigen Unterhaltsschuldner **gesteigerte Anforderungen** an einen neuen Arbeitsplatz zu stellen. Jeder ernsthafte Zweifel daran, dass bei angemessenen Bemühungen eine Beschäftigungschance von vornherein auszuschließen ist, geht zulasten des Unterhaltspflichtigen (**OLG Hamm** FamRZ 2005, 297).

2. Der Unterhaltsschuldner ist verpflichtet, zur Sicherung der Unterhaltsansprüche seiner minderjährigen Kinder ein Verfahren der **Privatinsolvenz** einzuleiten (**BGH**, Ur. v. 23.2.2005 – XII ZR 114/03).

3. Kosten einer **Klassenfahrt** können **Sonderbedarf** i.S.d. § 1613 Abs. 2 BGB sein, wenn sie zwar vorhersehbar sind, eine Rücklagenbildung aus den laufenden Unterhaltszahlungen aber nicht möglich ist (**OLG Hamm** FamRZ 2005, 302 [LS]).

4. Das **studierende Kind** ist im Verhältnis zum unterhaltspflichtigen Elternteil gehalten, sein Studium mit **Fleiß und Zielstrebigkeit** zu betreiben. Es verliert seinen Anspruch auf weitere finanzielle Unterstützung, wenn es – inzwischen im neunten Fachsemester Sozialarbeit/Sozialpädagogik – nicht

im Einzelnen darlegt und belegt, welche Veranstaltungen es besucht, welche Fachprüfungen es ablegt und an welchen praktischen Ausbildungsabschnitten es teilgenommen hat (**OLG Hamm** FamRZ 2005, 60).

5. Die **mangelnde Leistungsbereitschaft** des Kindes während der Minderjährigkeit führt nicht ohne weiteres zum Verlust des Anspruchs auf Ausbildungsunterhalt. Vorübergehendes **leichteres Versagen** des Kindes hat der Unterhaltspflichtige hinzunehmen. Während des Besuchs einer **Vollzeit-Abendrealschule** (sechs Schulstunden an jedem Wochentag) muss das Kind seinen Unterhaltsbedarf nicht durch Aufnahme einer Erwerbstätigkeit selbst decken (**OLG Koblenz** FamRZ 2005, 300).

6. Im Einzelfall kann nach Auffassung des **OLG Köln** ein Anspruch auf **Ausbildungsunterhalt** auch noch bestehen, wenn der Unterhaltsberechtigte **nach Schulabbruch** bis zur Aufnahme seiner Ausbildung **mehr als 2 1/2 Jahre weitgehend tatenlos hat verstreichen lassen**. Das **OLG** hat maßgebend auf die **Persönlichkeitsstruktur des 24-jährigen** Klägers abgestellt, der noch unreif, wenig gefestigt und gesundheitlich labil erscheine und besondere wirtschaftliche und seelische Belastungen bei enger Mutterbindung erfahren habe; es hat den Vater zur Zahlung des Ausbildungsunterhaltes für verpflichtet gehalten, obwohl der Sohn diesen nicht über den Schulabbruch unterrichtet hatte (FamRZ 2005, 301).

Elternunterhalt (§ 1601 BGB)

Bei der Ermittlung der Leistungsfähigkeit im Rahmen des Elternunterhalts ist eine dem jeweiligen Unterhaltsschuldner angemessene **individuelle Schonvermögensgrenze** zu ermitteln (hier: in Höhe von 80.000 EUR bei Nichtvorhandensein von Grundvermögen, davon Lebensversicherung und angemessener Betrag für Anschaffung eines Pkw). Auf die sozialhilferechtlichen Schonvermögensgrenzen ist hierbei nicht abzustellen (**OLG München** FamRZ 2005, 299; die zugelassene Revision ist eingelegt – XII ZR 98/04)

Versorgungsausgleich

Auch wenn die Beiträge für eine private Rentenversicherung aus einem zu Beginn der Ehezeit bereits vorhandenen und ausschließlich zu diesem Zwecke einbezahlten Kapital eines Ehegatten bestritten werden (hier: Mittel der Ehefrau, die z.T. aus einer Erbschaft stammten), muss diese Tatsache bei der Berechnung des Ehezeitanteils dieses Ehegatten aus der Rentenversicherung unberücksichtigt bleiben (**OLG Nürnberg**, Beschl. v. 6.10.2004 – 7 UF 2528/04).

Sorge- und Umgangsrecht

1. Die Gefahr, dass bei einem Mädchen gambischer Staatsangehörigkeit während eines Aufenthalts in Gambia eine Beschneidung vorgenommen wird, rechtfertigt es, der Mutter

das Aufenthaltsbestimmungsrecht gem. § 1666 Abs. 1 BGB insoweit zu entziehen, als es um die Entscheidung geht, ob das Kind nach Gambia verbracht wird. Ob diese Maßnahme allein ausreichend ist, um einen effektiven Schutz des Kindes zu gewährleisten, hat der Tatrichter im Rahmen seines Auswahlermessens zu entscheiden (BGH FamRZ 2005, 344).

2. Das Kind hat gem. § 1684 Abs. 1 BGB ein **subjektives Recht auf Umgang** mit dem nicht mit ihm zusammenlebenden Elternteil; dieser ist verpflichtet, den Umgang wahrzunehmen, und kann hierzu durch Zwangsgeldandrohung angehalten werden (OLG Brandenburg FamRZ 2005, 293; vgl. auch OLG Köln FamRZ 2005, 295; OLG Karlsruhe FamRZ 2005, 295; zur Regelung des Umgangs bei Weigerung des Kindes siehe AG Frankfurt/M. FamRZ 2005, 295).

Vaterschaftsfeststellung

Heimlich veranlasste DNA-Vaterschaftsanalysen sind **rechtswidrig** und gegen den Willen des Kindes oder seines gesetzlichen Vertreters **nicht verwertbar** (BGH FamRZ 2005, 340 = NJW 2005, 497; FamRZ 2005, 342).

Personenstandsrecht

Einer **Ersetzung** der Einwilligung in die **Einbenennung** bedarf es **nicht**, wenn der andere Elternteil **verstorben** ist (h.M.; vgl. BayObLG FamRB 2005, 44 [*Wiegelmann*] = FamRZ 2005, 388).

Prozesskostenhilfe

1. Bei der **Stufenklage** erstreckt sich die bewilligte Prozesskostenhilfe auf alle anhängig gemachten Ansprüche, es sei denn, der Anspruchsteller fordert mehr, als die Auskunft ergibt (überwiegende Meinung; vgl. OLG Zweibrücken FamRZ 2005, 46 = FamRB 2005, 43 [*Kogel*]).

2. Für eine **Berufung**, die den **nach Anrechnung des Kindergeldes identischen Zahlbetrag** lediglich auf der Grundlage eines höheren Tabellensatzes (hier: 128% statt 114% des Regelbetrages) erstrebt, kann Prozesskostenhilfe nicht bewilligt werden, da es mangels Erreichens der Berufungssumme an hinreichender Erfolgsaussicht fehlt und die Rechtsverfolgung mutwillig erscheint (OLG Celle, Beschl. v. 7.2.2005 – 10 UF 21/05).

3. Im Rahmen einer bewilligten Prozesskostenhilfe ist bei der **Beordnung eines nicht bei dem Prozessgericht zugelassenen Rechtsanwalts** stets zu prüfen, ob besondere Umstände für die Beordnung eines zusätzlichen Verkehrsanwalts i.S.v. § 121 Abs. 4 ZPO vorliegen. Nur wenn dieses nicht der Fall ist, darf der auswärtige Rechtsanwalt „zu den Bedingungen eines ortsansässigen Rechtsanwalts“ i.S.v. § 126 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 BRAGO beigeordnet werden. Der Partei ist auf Antrag zusätzlich ein unterbevollmächtigter Rechtsanwalt zur Wahrnehmung des Verhandlungstermins beizuordnen, wenn in

besonders gelagerten Einzelfällen Reisekosten nach § 126 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 BRAGO geschuldet sind und diese die Kosten des unterbevollmächtigten Rechtsanwalts annähernd erreichen (BGH FuR 2005, 87).

Verfahrensrecht

1. Die **Rücknahme des Scheidungsantrags** bedarf nicht der Zustimmung des nicht anwaltlich vertretenen Antragsgegners, auch nachdem dieser persönlich angehört worden ist (OLG Stuttgart FamRZ 2005, 286).

2. Ein Vorbringen kann nicht gem. **§ 531 Abs. 2 Nr. 1 ZPO** als verspätet zurückgewiesen werden, wenn es einen Gesichtspunkt betrifft, der vom Gericht des ersten Rechtzuges für unerheblich gehalten worden ist und dessen Zurückhaltung durch das erstinstanzliche Verfahren veranlasst worden ist (BGH, Urte. v. 23.9.2004, FamRZ 2005, 195). Es kann auch nach **§ 531 Abs. 2 S. 2 ZPO** nicht zurückgewiesen werden, wenn das erstinstanzliche Gericht auf Grund eines unvollständigen gerichtlichen Hinweises den Eindruck erweckt hat, weiteres Vorbringen sei nicht erforderlich (BGH, Urte. v. 14.10.2004, FamRZ 2005, 195).

3. **Neuer, unstreitiger Tatsachenvortrag** ist in der Berufungsinstanz zu berücksichtigen. Das gilt selbst dann, wenn dadurch eine Beweisaufnahme erforderlich wird (BGH FamRZ 2005, 268 = BGHReport 2005, 318 m. Anm. *Schultz*).

B. Erbrecht

1. Ein Miterbe kann **nicht** mit einer **Zugewinnausgleichsforderung des Erblassers** gegen einen nur gegen ihn persönlich gerichteten Kostenerstattungsanspruch **aufrechnen**. Er hat auch kein Leistungsverweigerungsrecht analog § 770 Abs. 2 BGB, § 129 Abs. 3 HGB. Ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB steht ihm mangels Konnexität der Forderungen und auch nach Treu und Glauben nicht zu (BGH FamRZ 2005, 204).

2. Mit der Frage der **Auslegung eines gemeinschaftlichen Ehegattentestaments**, in dem sich Ehegatten gegenseitig zu befreiten Vorerben und die gemeinsamen Kinder zu Nacherben berufen, ohne eine ausdrückliche Regelung für die Erbfolge nach dem Letztversterbenden zu treffen, sowie der Frage der Wechselbezüglichkeit einer solchen Ersatzerbenberufung befasst sich der lesenswerte Beschluss des OLG Hamm v. 25.11.2004 – 15 W 384/04.