

**Die Änderung der Rechtsprechung des BGH zur Anwendung der Differenz- statt der Anrechnungsmethode gemäß Urteil vom 13. 6. 2001 stellt allein bezüglich der Abänderung von Urteilen keinen zulässigen Abänderungsgrund im Sinne von § 323 Abs. 1 ZPO dar.**  
(Leitsatz der Redaktion)

*Entscheidungsgründe:* Berufung und Anschlussberufung haben keinen Erfolg.

Die Rechtsmittel der Parteien sind zwar zulässig, im Ergebnis aber nicht begründet.

1. Berufung des Kl: ...

2. Die Anschlussberufung der Bekl, mit der sie im Wege einer Abänderungswiderklage die Heraufsetzung des nachehelichen Unterhalts ab dem 1. 11. 2001 auf monatlich 1.631,81 DM einschließlich 233,45 DM als Altersvorsorgeunterhalt begehrt, ist ebenfalls nicht begründet. Die mit der Anschlussberufung verfolgte Abänderungswiderklage ist unzulässig. Denn die Bekl stützt ihr Abänderungsbegehren allein auf die Änderung der Rechtsprechung des BGH zur Anwendung der Differenzmethode statt der Anrechnungsmethode bei der Berechnung des nachehelichen Unterhalts (BGH in FamRZ 2001, S. 986 ff.\*).

Dabei handelt es sich nicht um einen zulässigen Abänderungsgrund im Sinne von § 323 Abs. 1 ZPO. Danach kann eine Abänderung des Urteils verlangt werden, wenn sich diejenigen Verhältnisse nachträglich geändert haben, die für die Verurteilung zur Entrichtung der Leistungen, für die Bestimmung der Höhe der Leistungen oder der Dauer ihrer Entrichtung maßgebend waren. Ob darunter nur Änderungen tatsächlicher Art, wie z. B. eine Änderung der Einkommensverhältnisse, oder auch die Änderung der bislang gefestigten obergerichtlichen Rechtsprechung, insbesondere der ständigen Rechtsprechung des BGH zur Berechnungsmethode fallen, ist in Rechtsprechung und Literatur sehr umstritten. Die wohl überwiegende Meinung sieht eine Rechtsprechungsänderung allein nicht als zulässigen Abänderungsgrund im Sinne von § 323 Abs. 1 ZPO an, da es sich nicht um eine Änderung der tatsächlichen Grundlagen des abzuändernden Urteils, sondern lediglich um eine mögliche Änderung der rechtlichen Beurteilung der in tatsächlicher Hinsicht unveränderten Verhältnisse handele (vgl. zum Streitstand BGH in FamRZ 2001, 1687 ff., 1689 mit zahlreichen weiteren Nachweisen\*\*); *Wendl/Staudigl-Thalmann*, Unterhaltsrecht, 5. Aufl., § 8 Rn. 158c; *Büttner*, NJW 2001, 3244 ff., 3246).

Teile der Literatur wollen dagegen – insbesondere im Lichte der wirklich grundlegenden Änderung der BGH-Rechtsprechung im Urteil vom 13. 6. 2001 (FamRZ 2001, 986 ff.\*) – auch bei Urteilen die Rechtsprechungsänderung als alleinigen Abänderungsgrund ausreichen lassen (*Gottwald* in FamRZ 2001, 1691f.; *Scholz* in FamRZ 2001, 1061 ff., 1064; *Luthin* in FamRZ 2001, 1065 jeweils m. w. N.).

Zur Begründung wird angeführt, dass die Änderung der Rechtsprechung des BGH derart gravierende Folgen aufwerfe, dass diese einer Gesetzesänderung oder einer Entscheidung des BVerfG praktisch gleichkomme.

In der BGH-Rechtsprechung ist diese Frage bislang offen gelassen (BGH FamRZ 1990, 1091, 1094 und 3020, 3022). Im zuletzt genannten Urteil wird lediglich eine Änderung der Rechtsprechung aufgrund eines Urteils des BVerfG als ausreichend angesehen, da dieser Rechtsprechung Gesetzesrang zukomme. Eine neuere BGH-Entscheidung zu diesem Problem nach Erlass des Urteils vom 13. 6. 2001 ist bislang bezüglich der Abänderung von Urteilen, anders als bei Vergleichen, – soweit ersichtlich – nicht ergangen. BGH FamRZ 2001, 1687 ff.\*\* hat diese Frage ausdrücklich offen gelassen.

Der Senat schließt sich der erstgenannten Ansicht an, da nicht jede Änderung der Rechtsprechung derart weit reichende Konsequenzen hat und anderenfalls zwischen einfachen und grundlegenden Änderungen der Rechtsprechung nicht ausreichend unterschieden werden kann. Der Schutz der Rechtskraft gegen leichtfertige Durchbrechung verdient insoweit den Vorrang. Auch ist die angewandte Berechnungsmethode letztlich lediglich als rechtliche Bewertung der gegebenen Tatsachen anzusehen und kann bei Urteilen – anders als bei Vergleichen – nicht selbst zur Tatsachengrundlage werden. Schließlich besteht auch ein qualitativer Unterschied zwischen einer bloßen Rechtsprechungsänderung und einer vom Gesetzgeber beabsichtigten Rechtsänderung, dem Rechnung zu tragen ist.

Andere Abänderungsgründe werden von der Bekl nicht vorgebracht.

Der Senat hat erwogen, wegen der Frage der Zulässigkeit der Abänderungswiderklage die Revision zuzulassen. Davon wurde jedoch abgesehen, da die Bekl bereits mitgeteilt hat, sie werde voraussichtlich nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung zum 31. 12. 2001 arbeitslos werden. Es wird deshalb ohnehin in Kürze eine Neuberechnung des nachehelichen Unterhalts wegen veränderten Einkommens erforderlich werden, zumal auch die Abfindung des Kl in absehbarer Zeit verbraucht sein wird. Deshalb kommt dieser Frage vorliegend keine grundsätzliche Bedeutung i. S. v. § 546 Abs. 1 Nr. 1 ZPO zu, da es nur um einen kurzen Übergangszeitraum von wenigen Monaten geht.

3. ...

*Anm. der Red.:* Das Urteil des OLG Hamm konnte noch nicht den Beschluss des BVerfG vom 5. 2. 2002 zur Gleichwertigkeit von Familien- und Erwerbsarbeit bei der Bemessung nachehelichen Unterhalts (FF 2002, 63 <LS> = FamRZ 2002, 527 = NJW 2002, 1185) berücksichtigen.

Das OLG Düsseldorf – 1 UF 2/02 – hat zwischenzeitlich mit Urteil vom 7. 5. 2002 entschieden, dass allein aufgrund der gemäß Urteil vom 13. 6. 2001 geänderten Rechtsprechung des BGH, jedenfalls aufgrund der Rechtsprechung des BVerfG gemäß Beschluss vom 5. 2. 2002 die Abänderungsklage (auch) bei Unterhalts-Urteilen *zulässig* ist. Die durch das OLG zugelassene Revision ist eingelegt worden (BGH XII ZR 120/02).

**Gerichtliche Umgangsregelung bei außergerichtlicher Vereinbarung der Eltern über das – nicht regelmäßig wahrgenommene – Umgangsrecht des Vaters**

---

§ 1684 BGB, § 33 FGG

OLG Köln, Beschl. v. 12. 12. 2001 - 26 WF 193/01 – (AG Eschweiler)

- 1. Das Kind hat einen eigenen Anspruch auf ein gerichtlich durchsetzbares Umgangsrecht mit dem gleichgültigen Elternteil.**
- 2. Dieser Anspruch kann von dem betreuenden Elternteil geltend gemacht werden.**
- 3. Wegen der Möglichkeit der Vollstreckung ist das Rechtsschutzbedürfnis für eine von dem betreuenden Elternteil beantragte (= angeregte) gerichtliche Umgangsregelung auch dann gegeben, wenn die Eltern sich außergerichtlich über ein praktikables Umgangs-**

\* = FF 2001, 135 = FuR 2001, 306 = NJW 2001, 2254 = MDR 2001, 991.

\*\* = FF 2001, 206.

**recht des Vaters geeinigt haben, der Umgang aber vom Vater nicht regelmäßig wahrgenommen wird.**  
(Leitsatz der Redaktion)

Mitgeteilt von RichterIn am Oberlandesgericht  
Renate v. Olshausen, Köln

*Anm. der Red.:* Die Entscheidung ist bereits veröffentlicht in FPR 2002, 269. Zum Erlass einer einstweiligen Anordnung bei Androhung von Zwangsgeld gegen einen zum Umgang mit seinem Kind nicht bereiten Vater vgl. BVerfG FF 2002, 64.

Zur Bedeutung der gerichtlichen Umgangsregelung für einen Anspruch des umgangsberechtigten Elternteils auf Schadensersatz bei Nichtgewährung des Umgangs s. BGH – XII ZR 173/00 – Urt. v. 19. 6. 2002 (in diesem Heft S. 139 ff.).

### Zur Wechselbezüglichkeit bei Wegfall eines in einem Ehegattentestament eingesetzten Schlusserben

§§ 2270 Abs. 2, 2069 BGB

BGH, Beschl. v. 16. 1. 2002 – IV ZB 20/01 –  
(BayObLG; LG Kempten, AG Lindau)

**Fällt der in einem Ehegattentestament eingesetzte Schlusserbe weg, ist § 2270 Abs. 2 BGB auf Ersatzerben nur anwendbar, wenn sich Anhaltspunkte für einen auf deren Einsetzung gerichteten Willen der testierenden Eheleute feststellen lassen, die Ersatzerbeinsetzung also nicht allein auf § 2069 BGB beruht (Abweichung von BGH, Urteil vom 22. 9. 1982 – IVa ZR 26/81 – NJW 1983, 277 unter a).**

*Anm. der Red.:* Die Entscheidung ist veröffentlicht (u. a.) in: BGHZ 149, 363, NJW 2002, 1126, MDR 2002, 456, ZERB 2002, 128, ZEV 2002, 150, FamRZ 2002, 747 und FuR 2002, 269.

## Rechtsprechung kompakt

• Das BVerfG hat mit Beschl. v. 25. 6. 2002 – 1 BvR 2144/01 – erneut (vgl. bereits BVerfG FamRZ 2001, 1685 – NJW-RR 2002, 73; s. auch FF 2002, 33, 34) ein obergerichtliches Unterhalts-Urteil wegen **Unterschreitung des Selbstbehalts** des Verpflichteten (Verletzung des Grundrechts aus Art. 2 Abs. 1 GG) – teilweise – aufgehoben; beim Trennungsunterhalt – der Streitgegenstand war – gebiete der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, die Vorschrift des § 1581 BGB entsprechend anzuwenden, da sich auch der Anspruch auf Trennungsunterhalt wie jeder Unterhaltsanspruch – unbeschadet der Zulässigkeit der Zurechnung fiktiven Einkommens – an der Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners auszurichten habe.

• In den alltäglichen Fällen, in denen der Unterhaltsschuldner weitere Verbindlichkeiten (in der Regel Kreditraten) zu tilgen hat, gewinnt die **Frage einer Auswirkung der Insolvenzordnung auf das Unterhaltsrecht** als neue Problematik Konturen:

Während das OLG Hamm FamRZ 2001, 441 die Möglichkeit eines Vorgehens nach §§ 258 ff. InsO nur in Betracht gezogen hat (kritisch dazu die Anmerkung von Born, a.a.O., S. 441, 442 f.), hat sich das AG Nordenham FamRZ 2002, 896, 897 (mit Anmerkung von Melchers, a.a.O., S. 897 f.) – in einem allerdings nicht rechtskräftigen Urteil (Berufung: OLG Oldenburg – 3 UF 41/02 – Verhandlungstermin: 14. 8.

2002) – bereits dafür ausgesprochen, dass dem Unterhaltsschuldner, der die Unterhaltsansprüche von Frau und Kindern nicht voll befriedigen kann, nach Ablauf des Trennungsjahres die Einleitung eines Insolvenzverfahrens zuzumuten ist, um seine sonstigen Verbindlichkeiten nachhaltig zu reduzieren.

Dagegen besteht nach Auffassung des OLG Stuttgart OLGR 2002, 146 = FamRZ 2002, 982 für einen Unterhaltsschuldner, der aus seinem Einkommen den „Mindestbedarf“ eines minderjährigen Kindes wegen langfristiger Tilgung von berücksichtigungsfähigen Haus-Kreditraten nicht in vollem Umfang decken kann, keine unterhaltsrechtliche Obliegenheit, einen Verbraucherinsolvenzantrag (vgl. §§ 304 ff. InsO) zu stellen, da die Einleitung und Eröffnung eines Verbraucherinsolvenzverfahrens den Gläubigern von Unterhaltsansprüchen eher Nachteile als Vorteile bringe (s. dazu auch: Luthin/Margraf, Handbuch des Unterhaltsrechts, 9. Aufl., Rn. 1327); der Unterhaltsschuldner könne deshalb nicht in Höhe des (vollen) „Mindestbedarfs“ als leistungsfähig behandelt werden, weil er einen Verbraucherinsolvenzantrag nicht gestellt hat bzw. nicht stellt. Zur Entscheidung des OLG Stuttgart kritisch: Melchers, Die Insolvenzordnung wird die Unterhaltsberechnung im Mangelfall revolutionieren!, Zeitschrift für Verbraucher-Insolvenz (ZVI) 2002, 143 ff.; s. auch die Beiträge von Melchers in FamRZ 2001, 1509 f. und FamRB 2002, 180 ff.

• Wenn der Elternteil, der (wegen des Obhutsprinzips; § 64 Abs. 2 S. 1 EStG) das **Kindergeld für ein** in seinem Haushalt lebendes **volljähriges** – auch ein privilegiertes volljähriges (zum Personenkreis s. § 1603 Abs. 2 S. 2 BGB) – **Kind** bezieht, wegen Leistungsunfähigkeit nicht barunterhaltspflichtig ist, ist das Kindergeld **zugunsten des anderen allein barunterhaltspflichtigen Elternteils** analog § 1612b Abs. 3 BGB in voller Höhe anzurechnen (OLGR Saarbrücken 2002, 174, 175 f. m. w. Nachw.; so auch z. B.: MünchKomm/Born, 4. Aufl., § 1612b BGB Rn. 53).

Diese – in der Rechtsprechung überwiegend vertretene – Auffassung ist aber nicht unbestritten: Das OLG Celle FamRZ 2001, 47, 48 und das OLG Hamm FamRZ 2001, 1727, 1728 und 1729 (ebenso z. B.: Palandt/Diederichsen, BGB, 61. Aufl., § 1612b BGB Rn. 6) sowie das OLG Nürnberg FamRZ 2000, 687, 688 (bei privilegiertem volljährigem Kind und Leistungsfähigkeit eines Elternteils nur aufgrund fiktiver Einkünfte – dagegen: MünchKomm/Born, a.a.O., § 1612b BGB Rn. 54) nehmen eine nur hälftige Anrechnung des Kindergeldes gemäß § 1612b Abs. 1 BGB an. Zum Streitstand im Einzelnen (m. w. Nachw.) vgl. Miesen in: Schnitzler, MAH Familienrecht 2002, § 8 Rn. 210 f.

• Allein die **Anerkennung des Unterhaltsschuldners als Schwerbehinderter mit einem Behinderungsgrad von 100 %** rechtfertigt nicht ohne weiteres den Schluss auf Vorliegen und Ausmaß einer etwaigen Erwerbsunfähigkeit. Ist ein förmliches Verfahren zur Feststellung seiner Erwerbsunfähigkeit nicht abgeschlossen, muss der Unterhaltsschuldner das vorliegende Krankheitsbild und die sich hieraus im Erwerbsleben konkret ergebenden Beeinträchtigungen substantiiert vortragen und unter Beweis stellen; unterlässt er dies, ist bei Einkommenslosigkeit nach Aufgabe der Erwerbstätigkeit die vormalige Erwerbssituation fiktiv fortzuschreiben (OLGR Saarbrücken 2002, 174, 175).

• Im Alltag leicht zu übersehen: Im Unterhaltsprozess kann ein angesichts vorliegender Einkommensunterlagen **offenkundig falscher Einkommensbetrag** nicht durch übereinstimmenden Parteivortrag unstrittig gestellt werden (OLG Celle – Beschl. v. 5. 6. 2002 – 19 WF 50/02).

• Vereinbaren Eheleute anlässlich der Scheidung neben einem wechselseitigen Verzicht auf ehelichen und nachehelichen Unterhalt zugunsten der Ehefrau die Zahlung einer **„Leibrente bis zu ihrem Tod“**, erlischt der Anspruch auf die Leibrente durch die **Wiederheirat** der Ehefrau nicht