

**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

(OLG Koblenz OLGR 2002, 176 = NJW-RR 2002, 797). Zur Begründung führt das OLG aus, die für einen gesetzlichen Unterhaltsanspruch geltende Regelung des § 1586 Abs. 1 BGB sei auf eine Leibrente (§§ 759 ff. BGB) weder unmittelbar noch vorliegend im Hinblick auf den vorbehalts- und zusatzlosen Wortlaut der Vereinbarung („bis zu ihrem Tod“) entsprechend anwendbar; der Ehemann habe auch nicht dargetan, dass die Nichtwiederverheiratung der Ehefrau bis zu ihrem Lebensende Geschäftsgrundlage des Leibrentenversprechens geworden sei.

• In **Familiensachen aus dem Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit beginnt die Rechtsmittelfrist für einen nicht verkündeten Beschluss** gemäß §§ 621a Abs. 1 S. 2, 329 Abs. 2 ZPO mit dessen Zustellung an den Rechtsmittelführer und nicht erst mit der letzten Zustellung an einen der Beteiligten (BGH FamRZ 2002, 952 in Abgrenzung zu BGH NJW 1994, 3359 f.).

• Zur **Prozesskostenhilfe** sei auf folgende Entscheidungen hingewiesen:

– Die **Rechtsverteidigung des Beklagten** im Unterhaltsprozess kann auch dann **mutwillig** (§ 114 ZPO) sein, wenn er **auf den Prozesskostenhilfe-Antrag des Klägers nicht reagiert** hat und Einwendungen – hier: erheblich geringeres Einkommen und Tilgung von Schulden – erst vorbringt, nachdem dem Kläger für dessen – hier: von erheblich höherem Einkommen ohne Schuldentilgung ausgehenden – Antrag Prozesskostenhilfe bewilligt und die Klage zugestellt worden ist. In diesem Fall kann dem Beklagten wegen seiner anfänglichen Untätigkeit Prozesskostenhilfe zur Rechtsverteidigung nur teilweise in dem Umfang bewilligt werden, wie sie für die Klage unter Berücksichtigung seines Vorbringens bereits im PKH-Verfahren bewilligt worden wäre (OLG Oldenburg – Beschl. v. 13. 5. 2002 – 12 WF 81/02).

– Wenn ein **Rechtsmittel** nur aufgrund **neuen Vorbringens, das der Rechtsmittelführer bereits in der Vorinstanz hätte geltend machen können**, (teilweise oder vollständig) Aussicht auf Erfolg haben kann, ist die Rechtsverfolgung in der zweiten Instanz unnötig kostspielig und daher **mutwillig** (§ 114 ZPO); bei sorgfältiger Prozessführung hätte die Rechtsmittelinstanz vermieden werden können (OLGR Frankfurt/M. 2002, 119 f. m. w. Nachw.). Da im Streitfall der Beklagte und Berufungskläger im ersten Rechtszug die (von ihm nunmehr benannten) weiteren Zeugen für Erwerbseinkünfte seiner Ehefrau nicht rechtzeitig benannt hatte, obwohl dies möglich gewesen wäre, hat das OLG seinen Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe für das Berufungsverfahren wegen Mutwilligkeit der Rechtsverfolgung zurückgewiesen.

– Umstritten bleibt die Frage einer **Neubewilligung von Prozesskostenhilfe**, wenn die bereits einmal mit Ratenzahlungsverpflichtung **bewilligte Prozesskostenhilfe wegen Nichtzahlung der Raten** nach § 124 Nr. 4 ZPO **aufgehoben** worden ist:

Das OLG Köln hat im Beschl. v. 19. 12. 2001 – 26 WF 223/01 – in Übereinstimmung mit einer verbreiteten Meinung (vgl. Nachw. bei *Zöller/Philippi*, ZPO, 23. Aufl., § 124 ZPO Rn. 26) unter Hinweis auf den sonst unterlaufenen Sanktionscharakter des § 124 Nr. 4 ZPO die Verweigerung einer erneuten Bewilligung von Prozesskostenhilfe durch das AG bestätigt, dabei aber auch darauf abgestellt, dass sich aus dem Beschwerdevorbringen nicht ergebe, dass die Nichtzahlung der Raten in der Vergangenheit auf einer Verschlechterung der persönlichen oder wirtschaftlichen Verhältnisse des Beschwerdeführers beruht habe. Dagegen schließt nach Auffassung des OLG Zweibrücken (Beschl. v. 8. 4. 2002 – 5 WF 15/02) eine Aufhebung der Prozesskostenhilfebewilligung wegen Nichtzahlung der Raten nur eine Neubewilligung von Prozesskostenhilfe mit Ratenzahlung aus, nicht aber – im Gegensatz zu OLG Düsseldorf FamRZ

1996, 617, 618 – eine neue Bewilligung von ratenfreier Prozesskostenhilfe im Falle einer nach Aufhebung der Prozesskostenhilfebewilligung eingetretenen – und nicht mutwillig herbeigeführten – Verschlechterung der persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse.

– Kontrovers wird inzwischen die Frage beurteilt, ob im Fall der **Beschwerde gegen eine einzelrichterliche Ablehnung von Prozesskostenhilfe mangels hinreichender Erfolgsaussicht** der Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung der originäre Einzelrichter des Beschwerdegerichts (§ 568 S. 1 ZPO) das Verfahren nach § 568 S. 2 Nr. 1 ZPO dem Beschwerdegericht in voller Besetzung zu übertragen hat, sofern die Beurteilung der Erfolgsaussicht nicht unzweifelhaft ist. Der Einzelrichter des 14. Zivilsenates – Familiensenat – des OLG Köln (NJW 2002, 1436 = FF 2002, 109 <LS>) hat die Frage bejaht, während der Einzelrichter des 2. Zivilsenates des OLG Celle (NJW 2002, 2329) sie verneint. Auf eine erfolgte oder unterlassene Übertragung kann nach § 568 S. 3 ZPO ein Rechtsmittel nicht gestützt werden.

Richter am Amtsgericht a. D. *Dieter Miesen*

## Buchbesprechung

*Scholz/Stein* (Hrsg.):

### **Praxishandbuch Familienrecht**

Grundwerk mit 5. Ergänzung, Stand Januar 2002, 1.600 Seiten, im Leinenordner, 86 EUR, Verlag C. H. Beck

Das Praxishandbuch Familienrecht ist kein gebundenes Werk, aber auch keine Loseblattsammlung wie etwa *Heiß/Born* aus demselben Verlag. Vielmehr besteht dieses Buch aus 26 gelochten und gehefteten Broschüren, die sich benutzerfreundlich lesen und einzeln herausnehmen lassen, wie eine handliche Fachzeitschrift.

Die mir vorliegende aktualisierte Fassung des Handbuchs enthält insbesondere ein neues Kapitel zum Namensrecht und eine gründliche Überarbeitung der Teile Sorge- und Umgangsrecht sowie nichteheliche Lebenspartnerschaft und Ehescheidung und im Anhang zu den unterhaltsrechtlichen Teilen ferner die neue Düsseldorfer und Berliner Tabelle.

Mit der 5. Ergänzungslieferung ist vor allem eine umfassende Überarbeitung des Teils zum Verfahrensrecht durch die Kölner Rechtsanwältin *Dr. Roessink* erfolgt. Dieser Teil O wird zuverlässig, umfassend und kompakt erfasst. Überzeugend sind in diesem Zusammenhang die Ausführungen zu der Abtrennung von Folgesachen, insbesondere im Zuge der Kindschaftsrechtsreform. Ferner wurde der Teil Kindesunterhalt durch eine Neubearbeitung ersetzt. Schließlich wurde der schwierige Teil des Versorgungsausgleichs von der aufsichtsführenden Richterin am AG Köln *Bergmann* zuverlässig auf den neuesten Stand gebracht.

Mit dieser Ergänzungslieferung, die allerdings erst im Juni 2002 ausgeliefert wurde, erfolgte eine inhaltliche Erweiterung des Handbuchs durch einen neuen Teil zum Thema Prozesskostenhilfe (Rechtsanwältin *Leuschner*, Hamburg), eine Problematik, die in einer zunehmenden Zahl von Verfahren von Bedeutung ist.

Herausgeber ist von Anfang an der über die Grenzen von Düsseldorf bekannte Vorsitzende eines Familiensenats des OLG Düsseldorf, *Harald Scholz*, zur Zeit der aktuelle Bearbeiter der Düsseldorfer Unterhaltstabelle. Er ist durch zahlreiche Artikel in der FamRZ und als Mitautor von *Wendtl/Staudigl* (5. Aufl., Verlag C. H. Beck) bekannt. Der zweite Herausgeber war bis zur 4. Ergänzungslieferung der Hamburger Fachanwalt für Sozialrecht *Rolf Stein*. Inzwischen sind die Fachanwälte für Familienrecht *Dr. Kleffmann* aus