

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