

• Auch bei gesteigerter Unterhaltspflicht gegenüber einem minderjährigen Kind (§ 1603 Abs. 2 S. 1 BGB) ist bei der Frage, ob dem erwerbstätigen Unterhaltspflichtigen fiktive höhere als die effektiv erzielten Einkünfte zugerechnet werden können, unter dem objektiven Gesichtspunkt der **realen Beschäftigungschance** die derzeitige Arbeitsmarktlage in Deutschland zu berücksichtigen (über 4 Millionen Arbeitslose, Vermittelbarkeit von Arbeitssuchenden ohne besondere Qualifikation nur in Tätigkeiten mit geringer Entlohnung und kaum in Vollzeitbeschäftigung). Die Zurechnung fiktiver Einkünfte aus einer zusätzlichen **Nebenerwerbstätigkeit** kommt nicht in Betracht, wenn der Unterhaltspflichtige werktäglich acht Stunden arbeitet (vgl. § 3 S. 1 ArbZG) und die Realisierung einer regelmäßigen Nebenbeschäftigung am Wochenende nicht erkennbar ist (KG FamRZ 2003, 1208).

Zur Obliegenheit des Unterhaltsschuldners zu einer Nebenerwerbstätigkeit s. auch BVerfG FF 2003, 132 = FamRZ 2003, 661 und dazu *Büttner*, FF 2003, 192 (in diesem Heft), sowie *Christl*, FamRZ 2003, 1235.

• Ein verheirateter Schuldner, dem nach § 1360a Abs. 4 S. 1 BGB gegen seinen finanziell leistungsfähigen Ehegatten ein **Kostenvorschussanspruch für ein Insolvenzverfahren** mit dem Ziel der Restschuldbefreiung zusteht, kann grundsätzlich nicht Stundung der Kosten des Insolvenzverfahrens gemäß § 4a InsO verlangen.

Zum Kostenvorschussanspruch gilt: Da der Begriff des „Rechtsstreits“ in § 1360a Abs. 4 S. 1 BGB weit auszulegen ist, kommt der Anspruch auch für ein mit dem Ziel der Restschuldbefreiung eingeleitetes Insolvenzverfahren in Betracht. Eine „persönliche Angelegenheit“ im Sinne der Vorschrift ist aber nicht gegeben, wenn die Insolvenz des Ehegatten im Wesentlichen auf vorehelichen Schulden oder solchen Verbindlichkeiten beruht, die weder zum Aufbau oder zur Erhaltung einer wirtschaftlichen Existenz der Eheleute eingegangen wurden noch aus sonstigen Gründen mit der gemeinsamen Lebensführung in Zusammenhang stehen; in diesen Fällen entsteht somit keine Vorschusspflicht des Ehepartners (BGH NJW 2003, 2910; s. auch AG Koblenz FamRZ 2003, 1486).

• Leistungen, die dem Unterhaltsberechtigten nach dem am 1.1.2003 in Kraft getretenen **Grundsicherungsgesetz** (GSiG) zustehen, sind **beim Ehegattenunterhalt** – anders als in der Regel beim Verwandtenunterhalt (vgl. § 2 Abs. 1 S. 3 GSiG) – nicht auf seinen Unterhaltsbedarf anrechenbar; dies gilt auch dann, wenn die Leistungen gesetzeswidrig (vgl. § 2 Abs. 1 S. 1 GSiG) vorbehaltlos ohne Rücksicht auf den bestehenden Ehegattenunterhaltsanspruch bewilligt worden sind (OLG Zweibrücken, NJW-RR 2003, 1299, unter Hinweis auf Ziffer 2.9 der Unterhaltsrechtlichen Leitlinien der Familiensenate in Süddeutschland – SüdL – Stand: 1.7.2003).

• (1) Wenn der Unterhaltsschuldner **nach Scheidung** der Ehe in dem ehemals als Ehemwohnung genutzten und nunmehr ihm allein gehörenden Haus nur gelegentlich am Wochenende wohnt und das Gebäude im Übrigen seinem Sohn zur unentgeltlichen Nutzung überlässt, ist der Bemessung des nachehelichen Unterhaltsanspruchs bei der **Wohnwertberechnung** regelmäßig der objektive Mietwert des Hauses zugrunde zu legen; im Hinblick auf die Obliegenheit, vorhandenes Vermögen möglichst ertragreich anzulegen, ist der Unterhaltsschuldner gehalten, entweder das Haus an einen Dritten zu vermieten oder von seinem Sohn den objektiven Mietwert zu verlangen (OLG Hamm OLGReport Hamm 2003, 224; s. dazu auch *Kühner*, FamRB 2003, 285).

(2) Nach der Feststellung von *Büttner/Niepmann* (NJW 2003, 2492, 2499) hat der Hinweis des BGH (FF 2001, 135, 140 = FamRZ 2001, 986, 991) auf die Möglichkeit ei-

ner Entlastung des Unterhaltspflichtigen durch die Regelungen der §§ 1573 Abs. 5, 1578 Abs. 1 S. 2 BGB in den Fällen des Übergangs von der Anrechnungs- zur Differenzmethode „noch keine große Resonanz gefunden.“

Deshalb hier zwei neuere Entscheidungen zur **zeitlichen Begrenzung von** – in beiden Fällen – Ansprüchen auf **Aufstockungsunterhalt** (§ 1573 Abs. 2 BGB) gemäß § 1573 Abs. 5 BGB: Das OLG Frankfurt/M. (OLGReport Frankfurt 2003, 364) hat eine Befristung des Unterhaltsanspruchs der im Jahre 1959 geborenen Ehefrau auf 5 Jahre ab Wegfall der Kindesbetreuung (das Kind war im Alter von 8 Jahren zum Vater gewechselt) für angemessen gehalten (Ehedauer und Zeit der Kindesbetreuung durch die Ehefrau von insgesamt 9 Jahren und 2 Monaten, keine entscheidende Verflechtung der Lebensverhältnisse der Eheleute mit sich daraus ergebenden Einschnitten im beruflichen Fortkommen der Ehefrau). Bei Dauer einer kinderlosen Ehe von ca. 7 Jahren und 8 Monaten hat das OLG Hamm (NJW-RR 2003, 1084) den Unterhaltsanspruch einer 44 Jahre alten Ehefrau auf rund drei Jahre ab Rechtskraft der Scheidung begrenzt (zwar wirtschaftliche Verflechtung, aber keine schwerwiegenden beruflichen Nachteile durch die ausschließliche Haushaltstätigkeit der Ehefrau; keine Hinderungsgründe für die Ausübung einer vollschichtigen Erwerbstätigkeit).

• Der laufende Unterhalt ist monatlich im Voraus zu zahlen (§§ 1361 Abs. 4 S. 2, 1585 Abs. 1 S. 1 und S. 2, 1612 Abs. 1 S. 1 und Abs. 3 S. 1 BGB). Ist der Unterhaltsgläubiger – wie heute üblich – mit der **Überweisung** des Unterhalts auf sein Konto einverstanden, ist die Unterhaltsleistung **rechtzeitig**, wenn am Ende des Vormonats der Überweisungsvertrag zwischen dem überweisenden Unterhaltsschuldner und dessen Kreditinstitut zustande kommt (vgl. § 676a BGB); auf den Zeitpunkt der Gutschrift auf dem Konto des begünstigten Unterhaltsgläubigers kommt es nicht an (OLG Karlsruhe NJW 2003, 2922; Palandt/*Heinrichs*, BGB, 62. Aufl., § 270 BGB Rn 7; s. auch Palandt/*Brudermüller*, a.a.O., § 1585 BGB Rn 1; Kalthoener/*Büttner/Niepmann*, Die Rechtsprechung zur Höhe des Unterhalts, 8. Aufl., Rn 192). Zur Entscheidung s. auch *Klingberg*, FamRB 2003, 314.

In **Unterhaltsvereinbarungen** kann (und sollte) geregelt werden, dass das Geld bis zu einem bestimmten Datum (zur Ausführungsfrist einer Überweisung s. § 676a Abs. 2 BGB) auf dem Konto des Gläubigers gutgeschrieben sein muss (OLG Köln FamRZ 1990, 1243). Aus einer Vereinbarung, nach der der Unterhalt bis zu einem bestimmten Zeitpunkt „zu zahlen“ ist, ergibt sich nicht, dass das Geld bis zu diesem Zeitpunkt auf dem Konto des Gläubigers eingegangen sein muss (OLG Köln a.a.O.; Kalthoener/*Büttner/Niepmann*, a.a.O. – A.A.: AG Überlingen FamRZ 1985, 1143; Palandt/*Diederichsen*, a.a.O., § 1612 BGB Rn 4).

• Zum **Sorge- und Umgangsrecht** wird auf folgende Entscheidungen hingewiesen:

(1) Eine gerichtliche Anordnung, die einen **Elternteil** zwingt, sich im Rahmen eines sorge- bzw. umgangsrechtlichen Verfahrens **psychologisch untersuchen** zu lassen und zu diesem Zweck bei einem Sachverständigen zu erscheinen, kann sich auf keine sie legitimierende Gesetzesnorm stützen. Dies gilt auch dann, wenn der Umgang des Elternteils mit dem Kind im Beisein eines Sachverständigen angeordnet worden ist und dieser „Umgang“ zugleich auch der weiteren Sachverhaltsermittlung als Grundlage einer Begutachtung des Elternteils dienen soll (BVerfG FPR 2003, 569 = FuR 2003, 408; zur einstweiligen Anordnung des BVerfG s. FF 2002, 64 = FamRZ 2002, 534). Das BVerfG hat offen gelassen, ob die in § 1684 Abs. 1 BGB statuierte Umgangsverpflichtung die zwangsweise Durchführung des Umgangs gegen den Willen des betroffenen Elternteils legitimieren kann.

Die Gerichte sind nicht befugt, die Eltern zur Anbahnung eines Umgangs zu verpflichten, sich einer fachkundigen

psychologisch-pädagogischen Beratung und Behandlung zu unterziehen (OLG Karlsruhe FPR 2003, 570).

(2) Darüber, wie sich das über einen längeren Zeitraum (hier: drei Jahre) von den Eltern praktizierte sog. **Wechselmodell** (s. dazu etwa: Schwab/Motzer, Handbuch des Scheidungsrechts, 4. Aufl., Teil III Rn 42f.; *Rakete-Dombek* in: Schnitzler, MAH Familienrecht, § 15 Rn 43, und in: FF 2002, 16ff.) auf die Kinder auswirkt, liegen keine gesicherten Erkenntnisse vor. Unter Berücksichtigung – auch – dieses Umstandes kann – bei mangelndem Vorrang eines Elternteils aufgrund der übrigen Kriterien – das Aufenthaltsbestimmungsrecht nach § 1671 Abs. 2 Nr. 2 BGB unter dem Gesichtspunkt des Förderungsprinzips auf denjenigen Elternteil übertragen werden, der eher die Gewähr dafür bietet, dass das bisher praktizierte Wechselmodell beendet wird (OLG Brandenburg, Beschl. v. 11.4.2002 – 10 UF 13/02 –, mitgeteilt von Richter am Oberlandesgericht *Jens Gutjahr*, Brandenburg).

(3) Auch dies noch einmal: Herrchen hat mangels einer Rechtsgrundlage kein **Umgangsrecht mit dem Hund**: Keine Regelung einer Nutzung im Wechsel der getrennt lebenden Eheleute in § 1361a BGB und in der HausratsVO, keine Anwendung von §§ 1684, 1685 BGB (OLG Bamberg, Beschl. v. 10.6.2003 – 7 UF 103/03 – m.w.N.).

• Zur **Aufhebung** der Bewilligung von **Prozesskostenhilfe**:

(1) Das Gericht kann die Bewilligung von Prozesskostenhilfe nur unter den in § 124 Nr. 1 bis Nr. 4 ZPO geregelten Voraussetzungen aufheben. Die bloße **Veränderung der Sachlage** nach Durchführung einer Beweisaufnahme (hier: Abstammungsgutachten im Vaterschaftsanfechtungsverfahren der Kindesmutter gegen ihren Ehemann mit dem Ergebnis, dass dessen Vaterschaft „praktisch erwiesen“ sei) erlaubt die Entziehung der zuvor bewilligten Prozesskostenhilfe weder unter dem Gesichtspunkt nunmehr fehlender Erfolgsaussicht noch wegen Mutwilligkeit der weiteren Rechtsverfolgung (OLG Köln FamRZ 2003, 1397).

(2) Wenn ein Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe für eine Klage auf Kindesunterhalt bei Gericht eingereicht ist, ist der Rechtsanwalt verpflichtet, dem Gericht unverzüglich Mitteilung zu machen, wenn er zwischenzeitlich erfährt, dass bereits eine Jugendamtsurkunde vorliegt. Unterläßt er dies und bewilligt das Gericht Prozesskostenhilfe für die Klage, unterliegt die Bewilligung der Aufhebung nach § 124 Nr. 1 ZPO; das **Anwaltsverschulden** wird dem Kläger nach § 85 Abs. 2 ZPO zugerechnet (OLG Köln, Beschl. v. 4.6.2003 – 26 WF 121/03).

(3) Wichtig für die anwaltliche Beratung, insbesondere am Ende eines Verfahrens: Bis zum Ablauf von 4 Jahren nach der Beendigung des Hauptsacheverfahrens (vgl. § 120 Abs. 4 S. 3 ZPO, s. dazu neuestens OLG Dresden NJW-RR 2003, 1222) bzw. bis zur Tilgung von 48 Monatsraten (vgl. § 115 Abs. 1 S. 4 ZPO; zum Ganzen s. Zöller/*Philippi*, ZPO, 23. Aufl., § 120 ZPO Rn 26) hat die Partei, der Prozesskostenhilfe bewilligt worden ist, auf Verlangen des Gerichts eine **Erklärung** darüber abzugeben, ob eine **Änderung der persönlichen oder wirtschaftlichen Verhältnisse** eingetreten ist (§ 120 Abs. 4 S. 2 ZPO); gibt die Partei diese Erklärung nicht ab, unterliegt die Bewilligung der Prozesskostenhilfe nach § 124 Nr. 2 – Alt. 2 ZPO der Aufhebung.

Streitig ist, ob die Erklärung im Rahmen der sofortigen Beschwerde (§ 127 Abs. 2 S. 2 und S. 3 ZPO) gegen den Beschluss, mit dem die Bewilligung der Prozesskostenhilfe aufgehoben worden ist, mit Erfolg nachgeholt werden kann. Dies wird teilweise wegen des Sanktionscharakters des § 124 Nr. 2 – Alt. 2 ZPO verneint (so z.B. OLG Naumburg, Beschl. v. 31.1.2003 – 14 WF 234/02 – juris Rechtsprechung KORE402652003), im Hinblick auf § 571 Abs. 2 S. 1 ZPO wird die Frage überwiegend bejaht (so etwa OLG Oldenburg, Beschl. v. 19.6.2003 – 2 WF 97/03 – juris Rechtsprechung KORE427132003); weitere Rechtsprechungsnachweise finden sich bei *Kalthoener/Büttner/Wrobel-Sachs*, Prozesskostenhilfe und Beratungshilfe, 3. Aufl., Rn 842 mit Fn 38, und *Zöller/Philippi*, a.a.O., § 124 ZPO Rn 10a.

Als sicherer Weg wird dem Mandanten zu raten sein, gerichtliche Aufforderungen nach § 120 Abs. 4 S. 2 ZPO unbedingt zu erledigen und nicht von einer Berücksichtigung seiner erst im Beschwerdeverfahren nachgeholten Erklärung auszugehen.

Richter am AG a.D. *Dieter Miesen*

Bücher zum Familien- und Erbrecht

Brambring, 5. Aufl. 2003, 188 Seiten, 18 EUR, Verlag C. H. Beck
Müller-Magdeburg (Hrsg.), Unsere Aufgaben im 21. Jahrhundert, Festschrift für Lore Maria Peschel-Gutzeit, 2002, Nomos Verlag
Winkler, Vorsorgeverfügung, Vorsorgevollmacht, 2003, 94 Seiten, 13,80 EUR, Verlag C. H. Beck

Grziwotz, Beratungshandbuch Lebenspartnerschaft, 2003, 252 Seiten, 25 EUR, Verlag C. H. Beck

Renn u.a., Grundsicherungsgesetz 2003, 285 Seiten, 29 EUR, Nomos Verlag

Sartorius, Sozialrecht in der arbeitsrechtlichen und familienrechtlichen Praxis, 2003, 260 Seiten, 34 EUR, Nomos Verlag
Familienrecht, 8. Aufl. 2003, Stand 1.7.2003, 9 EUR, Verlag C. H. Beck

Ebeling/Geck, Handbuch der Erbengemeinschaft Steuerrecht/Zivilrecht, 2003, Loseblattausgabe, 1.734 Seiten, 129 EUR, Otto Schmidt Verlag

In den nächsten Ausgaben

Grün: Die Titulierung des freiwillig gezahlten Unterhalts

Kemper: LPartG, Entscheidung des BVerfG

Wölke: Der Familienanwalt im common law

Höser: Vollstreckung deutscher Unterhaltstitel im Ausland

Weißbrot: Die Obliegenheit der bedürftigen Partei zum die Staatskasse entlastenden Prozessieren

Salzgeber: Zum aktuellen Stand der PAS-Diskussion

Wohlgemuth: Obliegenheit zur „Flucht in die Insolvenz“

Klinkhammer: ZPO-Berufung in Familiensachen

Redaktion: RA Klaus Schnitzler (Leitung), RiAG a.D. Dieter Miesen
Einsendung von Entscheidungen bitte an folgende Anschrift: Forum Familien- und Erbrecht, c/o RiAG a.D. Dieter Miesen, Erlenhof 18, 53501 Grafschaff-Gelsdorf, Tel.: 02225/882762, Fax: 02225/882763, E-Mail: DMie010998@aol.com
Einsendung von Aufsätzen u.Ä. bitte an folgende Anschrift:
Forum Familien- und Erbrecht, c/o RA Klaus Schnitzler, Ursulinenstr. 19, 53879 Euskirchen, Telefon 02251/3509 oder 4109, Fax: 02251/74309, E-Mail: schnitzler@lennartz-schnitzler.de

Manuskripte: Der Verlag haftet nicht für unverlangt eingesandte Manuskripte. Die Annahme zur Veröffentlichung erfolgt schriftlich. Mit der Annahme überträgt der Autor dem Verlag das ausschließliche Verlagsrecht. Eingeschlossen sind insbesondere die Befugnis zur Einspeisung in eine Datenbank sowie das Recht der weiteren Vervielfältigung. Nach Ablauf eines Jahres verbleibt dem Autor die Befugnis, anderen Verlagen eine einfache Abdruckgenehmigung zu erteilen. Das Nachdruckhonorar steht dem Autor zu.

Urheber- und Verlagsrechte: Alle Rechte zur Vervielfältigung und Verbreitung einschließlich der Mikroverfilmung sind dem Verlag vorbehalten.

Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken oder ähnlichen Einrichtungen.
Allgemeines: Leitsätze der Redaktion sind als solche gekennzeichnet.

Anzeigenverwaltung: Deutscher Anwaltverlag, Wachsbleiche 7, 53111 Bonn, Telefon: 0228/91911-17, Telefax: 0228/91911-23. Anzeigenpreise auf Anforderung. Ihre Ansprechpartnerin: Bettina Roos.

Es gilt Anzeigenpreisliste Nr. 6 vom 1.1.2003.

Erscheinungsweise: Alle zwei Monate.

Bezugspreis: 59 € (inkl. Mehrwertsteuer) zzgl. Versandkosten für 6 Ausgaben. Für Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft Familien- und Erbrecht des DAV ist der Bezug der Zeitschrift im Mitgliedsbeitrag enthalten.

Bestellungen: Über jede Buchhandlung und beim Verlag. Abbestellungen müssen 6 Wochen zum Jahresende erfolgen.

Verlag: Deutscher Anwaltverlag, Wachsbleiche 7, 53111 Bonn, Telefon: 0228/91911-0, Telefax: 0228/91911-23, E-Mail: kontakt@anwaltverlag.de

Druck: Hans Soldan Druck GmbH, Essen
ISSN 1433-8696