

chael Klein, Fachanwalt für Familienrecht in Regensburg, widmete sich diesen „Schnittstellen zwischen Familienrecht und Zivilrecht“.

Der erste Tag klang mit einer Aktuellen Stunde aus. RiAG *Margarethe Bergmann*, Köln, referierte „Aktuelle Fragen des Versorgungsausgleichs“. Schon traditionell stand der zweite Tag der Veranstaltung im Lichte der Darstellung der aktuellen Rechtsprechung im Familienrecht der letzten 12 Monate. Eine kurzweilige Gesamtshow lieferte hier erneut RiOLG *Reinken*, Hamm.

Höhepunkt des Begleitprogramms war eine mehrstündige abendliche Dampferfahrt auf dem Rhein.

Für viele Kolleginnen und Kollegen heißt es: Auf Wiedersehen zur nächsten Jahresarbeitstagung am 18. und 19.6.2004 in Köln.

Linde Kath-Zurhorst, Rechtsanwältin und
Fachanwältin für Familienrecht, Kürten

BGH zur gerichtlichen Inhaltskontrolle von Eheverträgen

Im Verfahren – BGH XII ZR 265/02 – ist Verhandlungstermin auf den 10.12.2003 bestimmt worden. Es handelt sich um die gegen das Urteil des OLG München FF 2003, 30 (LS) = FamRZ 2003, 35 zugelassene Revision; das OLG hat den notariellen Ehevertrag der Parteien als insgesamt unwirksam erachtet. „Der Fall ist wegen der Ausformung und Abgrenzung zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts von großer Relevanz für die notarielle und anwaltliche Beratungspraxis bei Eheverträgen“ (Mitteilung der Pressestelle des BGH – Nr. 108/2003).

Rechtsprechung

Vereinbarkeit des § 1612b Abs. 5 BGB in der ab 1.1.2001 geltenden Fassung mit dem Grundgesetz

Art. 3 Abs. 1, 6 Abs. 1 und Abs. 2, 20 Abs. 3 GG; § 1612b Abs. 5 BGB n.F.

BVerfG, Beschl. v. 9.4.2003 – 1 BvL 1/01 und 1 BvR 1749/01 –

1. § 1612b Abs. 5 BGB* verstößt nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG, soweit er zur Sicherung des Existenzminimums des unterhaltsberechtigten Kindes die Anrechnung des Kindergeldes auf den Kindesunterhalt von der Leistungsfähigkeit des barunterhaltspflichtigen Elternteils abhängig macht und diesen vor dem betreuenden Elternteil verpflichtet, seinen Kindergeldanteil zur Deckung eines Defizits beim Kindesunterhalt einzusetzen.
2. Das Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG gebietet dem Gesetzgeber, bei der von ihm gewählten Ausgestaltung eines Familienleistungsausgleichs Normen zu schaffen, die auch in ihrem Zusammenwirken dem Grundsatz der Normenklarheit entsprechen. Dem genügen die das Kindergeld betreffenden Regelungen in ihrer sozial-, steuer- und familienrechtlichen Verflechtung immer weniger.

* *Anm. der Red.:* In der Fassung des Art. 1 Nr. 2 des Gesetzes zur Ächtung der Gewalt in der Erziehung und zur Änderung des Kindesunterhaltsrechts v. 2.11.2000, in Kraft getreten am 1.1.2001 (BGBl. I S. 1479).

Anm. der Red.: Die (umfangreiche) Entscheidung ist abgedruckt in FamRZ 2003, 1370; vgl. dazu die Anm. von *Lut-hin*, FamRZ 2003, 1377 f., und den Praxishinweis von *Kleinwegener*, ZFE 2003, 278.

■ **Anmerkung:** Ausgangspunkt der Entscheidung sind der Vorlagebeschluss des AG Kamenz v. 30.1.2001¹ und die Verfassungsbeschwerde eines betroffenen Vaters gegen einen nach der Neufassung von § 1612b Abs. 5 BGB den Kindesunterhalt zu seinem Nachteil abändernden Beschluss. Die Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit der in ihren Auswirkungen von Anfang an umstrittenen Anrechnungsvorschrift gründeten sich darauf, dass die Neuregelung eine mit Art. 3, 6 GG nicht zu vereinbarende Schlechterstellung von Unterhaltspflichtigen mit geringen Einkommen gegenüber solchen mit höherem Verdienst bedeute und die (teilweise) Nichtanrechnung von Kindergeld die Ausübung des Umgangsrechts in verfassungsrechtlich unzulässiger Weise erschwere.

Dass das BVerfG diese Bedenken nicht als durchgreifend erachtet und die Verfassungsmäßigkeit der Norm bejaht, mochte man aus dem unterhaltsrechtlichen Blickwinkel erwarten. Die Entscheidung überrascht gleichwohl, wenn man die Wechselbeziehungen des Kindergeldes zu den anderen Rechtsgebieten – insbesondere zum Steuerrecht – betrachtet. Insofern bringt der jetzige Beschluss zwar Rechtssicherheit bei der Anwendung der Vorschrift. Diese Sicherheit ist jedoch von nur kurzer Dauer, da die Begründung ungeachtet des Vorrangs von Kindergeld als Steuererstattung (§ 31 S. 3 EStG) die steuerrechtliche Problematik weitgehend ausblendet und für eine umfassende Lösung wichtige Gesichtspunkte der sich aus den Schnittstellen von Familien-, Steuer- und Sozialrecht ergebenden Fragen nicht abschließend geklärt sind. Weitere Schwierigkeiten zeichnen sich angesichts der erst nach Erlass des Beschlusses vom 1.7.2003 deutlich angehobenen Regelbeträge ab. Von größerem Gewicht erscheint daher die deutliche Aufforderung zu sein, der Gesetzgeber möge alsbald eine dem verfassungsrechtlichen Gebot der Normenklarheit genügende Neuregelung schaffen.

In der Begründung stellt das BVerfG klar, dass es sich bei den Vorschriften in § 1612b Abs. 1 und Abs. 5 BGB um eine einheitliche Regelung handelt, durch die eine nach der Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen differenzierte Anrechnung des Kindergeldes erfolgt. In der Tat liegt der Kern des Problems nicht in § 1612b Abs. 5 BGB, dessen Abweichung vom Halbteilungsgrundsatz nur die Auswirkungen für die unmittelbar Betroffenen verstärkt. Erst aus einer Antwort auf die Frage, welche Funktion dem Kindergeld im Verhältnis zu Einkommen und Kindesunterhalt zukommt, lässt sich die Angemessenheit der Aufteilung zwischen den Eltern herleiten. Dies wirkt sich unmittelbar auf den allgemeinen Halbteilungsgrundsatz nach Abs. 1 der Vorschrift aus.

Als Ausgangspunkt ist das gesetzgeberische Ziel eines das sächliche Existenzminimum des Kindes sichernden Barunterhalts sachgerecht und rechtfertigt ohne jeden Zweifel eine Differenzierung nach der individuellen Leistungsfähigkeit. Eine solche Differenzierung verletzt dann auch nicht den Gleichheitssatz. Insofern verdient die Entscheidung uneingeschränkte Zustimmung. Dies setzt aber voraus, dass Barunterhalt in dieser Höhe ausschließlich von dem nicht betreuenden Elternteil aufzubringen ist, was wiederum nicht ohne Folgen für das Steuer- und Sozialrecht bleiben kann. Dabei besteht nur ein scheinbarer Unterschied zwischen der vom BVerfG wiederholt hervorgehobenen Leistungsfähigkeit nach Einkommen und Entlastung durch eine Anrechnung von Kindergeld. Für den betroffenen Unterhaltspflichtigen

¹ FamRZ 2001, 1090.

tigen ist es in der Sache unerheblich, ob der Barbedarf mit weniger als 135 % des Regelbetrages angenommen und der Rest aus dem Kindergeld aufgefüllt wird oder von vornherein Unterhalt in dieser Höhe bei voller Anrechnung des Kindergeldes zu leisten ist. Der zu zahlende Betrag ist in beiden Fällen derselbe und wird aus seinem Einkommen aufgebracht. An diesem Ausgangspunkt ändert eine Rechtsprechung, die im Verhältnis zwischen den Ehegatten aus guten Gründen Kindergeld nicht als unterhaltsrechtlich relevantes Einkommen behandelt,² nichts.

Kindergeld ist in erster Linie die Erstattung einer zuvor zu hoch erhobenen Steuer (§ 31 S. 3 EStG).³ Also wird mit dem Kindergeld an den betreuenden Elternteil ein Teil des Erwerbseinkommens des Unterhaltspflichtigen ausgezahlt. Nur soweit die Entlastung hinter dem Betrag des Kindergeldes zurückbleibt, handelt es sich um ein Element staatlicher Familienförderung (§ 31 S. 2 EStG). Dieser Sozialanteil ist bei einer Besteuerung nach der Grundtabelle überraschend gering und weitgehend auf Einkommen aus den beiden untersten Einkommensgruppen der Düsseldorfer Tabelle beschränkt. Zivilrechtlich ist die Verrechnung eines dem Unterhaltspflichtigen gegen den anderen Elternteil zustehenden Ausgleichsanspruchs (§ 31 S. 5 EStG) als seine Leistung zu betrachten, ohne dass es darauf ankäme, ob es sich um eine Erstattung zu viel gezahlter Steuern oder eine staatliche Sozialleistung handelt.

Ungeachtet dessen betrachtet das BVerfG im Rahmen seiner Argumentation das Kindergeld als eine eigenständige, neben dem laufenden Einkommen stehende Leistung. Bemerkenswert ist dabei der vom BVerfG eingenommene Standpunkt, der bei Erfüllung von Unterhaltspflichten entlastende Zweck einer steuerlichen Freistellung des Existenzminimums greife nicht ein, soweit der Bedarf vom Unterhaltspflichtigen nicht in Höhe dieses Existenzminimums abgedeckt werde. Ausdrücklich heißt es in dem Beschluss, dass eine nicht vorhandene Belastung auch nicht steuerlich auszugleichen sei. Der Anspruch auf steuerliche Entlastung folgt jedoch aus dem eingetragenen (halben) Freibetrag. Damit besteht hier ein Widerspruch zu § 32 Abs. 6 S. 7 EStG, wonach eine Übertragung dieses Kinderfreibetrages nur dann in Betracht kommt, wenn der barunterhaltspflichtige Elternteil seiner Unterhaltspflicht „im Wesentlichen“ nicht nachkomme. Diese Wesentlichkeitsgrenze nimmt die Rechtspraxis bei etwa 75 % der Unterhaltspflicht an, wobei sich der Umfang dieser Verpflichtung allerdings nach der Leistungsfähigkeit beurteilt und bereits verhältnismäßig geringe Beiträge ausreichen können.⁴ Es wäre auch nicht angebracht, den Umfang steuerlicher Entlastung in eine unmittelbare Beziehung zum geleisteten Barbetrag zu setzen, weil mit einem halben Kinderfreibetrag ohnehin keine völlige Freistellung des zu leistenden Existenzminimums erreicht werden kann. Aus demselben Grund trifft in einer Vielzahl von Fällen die Erwägung nicht zu, es handele sich beim Kindergeld dann um eine zur Sicherung des Existenzminimums gewährte Sozialleistung, wenn der Unterhaltspflichtige einen entsprechenden Bedarf nicht abdecke. Die zur Festsetzung der Einkommensteuer vorzunehmende Vergleichsberechnung (§§ 32 Abs. 6, 36 Abs. 2 EStG) zeigt, dass bei einer Besteuerung nach der Grundtabelle Kindergeld nur im untersten Einkommensbereich zusätzlich die Funktion einer Sozialleistung hat, während bei Nettoeinkommen ab etwa 1.500 EUR der auf den barunterhaltspflichtigen Elternteil entfallende Kindergeldanteil ausschließlich als Steuervergütung gezahlt wird.

Hier offenbart sich eine bei isolierter Betrachtung des Kindergeldes ungeklärte Unstimmigkeit: Weil Unterhalt nicht in Höhe des Existenzminimums geleistet wird, soll die steuerliche Entlastung gekürzt und Kindergeld als staatliche Sozialleistung definiert werden. Eigentlich sollte der Zusammenhang doch ein anderer sein: Die mit dem Freibetrag

verbundene Entlastung soll zu einer verbesserten Leistungsfähigkeit und einer Minderung staatlicher Sozialleistungen führen. In seinen Entscheidungen zur Freistellung des Existenzminimums hat das BVerfG daher zu Recht darauf abgestellt, dass der Betrag von der Besteuerung auszunehmen sei, welcher „erforderlich“ ist, um das Existenzminimum des Kindes zu gewährleisten.⁵ Es wäre inkonsequent, dem Unterhaltspflichtigen über eine zu hohe Besteuerung die zur Sicherung des Existenzminimums notwendigen Mittel zu entziehen, um sie anschließend dem Kind als staatliche Sozialleistung zufließen zu lassen.⁶ Dies könnte aber die Folge sein, wenn künftig die Leistung ohne Berücksichtigung des Kindergeldanteils bemessen werden sollte und davon der Umfang steuerlicher Entlastung abhängt.

Umgekehrt stellt sich die in der Entscheidung leider offen gebliebene Frage, in welchem Umfang höhere Belastungen entweder über die Anrechnung von Kindergeld oder auf anderem Wege zu einer entsprechenden steuerlichen Entlastung für den Unterhaltspflichtigen führen müssten. Denn erst durch die Verdoppelung des beiden Elternteilen insoweit zustehenden Kinderfreibetrages von jeweils 1.824 EUR wird die Steuerfreistellung des sächlichen Existenzminimums erreicht.⁷ Gleichwohl erachtet es das BVerfG als sachgerechte Differenzierung, dass der betreuende Elternteil durch Einsatz seines Kindergeldanteils nicht zum Barunterhalt beitragen müsse. Anknüpfungspunkt dafür sind die Gleichwertigkeit von Bar- und Betreuungsunterhalt und die unterschiedliche Lebenssituation des betreuenden Elternteils, dessen Erwerbsmöglichkeiten auf Grund der Kinderbetreuung eingeschränkt seien. Der Bezug zu den verschiedenen Lebenssituationen ist für eine angemessene Aufteilung des Kindergeldes ein Argument von zweifelhaftem Gewicht, wenn zusätzlich Ehegattenunterhalt gezahlt wird, der seinen tragenden Grund wiederum in der betreuungsbedingten Einschränkung der Erwerbsmöglichkeit hat. Ist der allein erziehende Elternteil hingegen selbst erwerbstätig, steht ihm derzeit noch der Haushaltsfreibetrag nach § 32 Abs. 7 EStG zu. Mit der freien Verfügbarkeit des Kindergeldanteils für den betreuenden Elternteil verbindet das BVerfG eine Verbesserung seiner wirtschaftlichen Situation, die zugleich dem Kind zugute komme. Damit erhält das Kindergeld über eine zweckbestimmte Entlastung der Eltern hinaus weitere Funktionen einer Einkommensergänzung und möglicherweise als Ersatz für den absehbaren Wegfall des Haushaltsfreibetrages.

Diese Sichtweise führt zu neuen Problemen, ergibt sich doch aus dem Freibetrag für das sächliche Existenzminimum die nach der Rechtsprechung des BVerfG insoweit gebotene und auch mit dem vorliegenden Beschluss nicht in Frage gestellte Freistellung des Einkommens von der Steuer.⁸ Kann diese durch den zivilrechtlichen Ausgleichsanspruch (§ 31 S. 5 EStG) nicht mehr voll verwirklicht werden, stellt sich die Frage, ob der im Einkommensteuerrecht für beide Freibeträge zugrunde gelegte Halbteilungsgrundsatz⁹ beibehalten werden kann. In vielen Fällen erweist sich auch die vom BVerfG angenommene wirtschaftliche Verbesserung beim Einkommen als Illusion. Denn wie es zuvor unter B I 4 b ausgeführt hat, mindert die Anrechnung des Kindergeldanteils in der Sozialhilfe den Leistungsbezug. Mit Ausnahme des schon vor der Neuregelung anrechnungsfreien Betrages von 10,25 EUR bei einem und 20,50 EUR ab zwei Kindern (§ 76 Abs. 2 Nr. 5 BSHG) ergibt sich

2 BGH FamRZ 1997, 806, 809.

3 Tipke/Lang, Steuerrecht, 17. Aufl., § 9 Rn 95.

4 Kirchhoff/Jachmann, Kompaktcommentar EStG, § 32 Rn 33.

5 BVerfG FamRZ 1990, 955, 959; 1999, 285, 287.

6 Vgl. BVerfG FamRZ 1990, 955, 959.

7 BGH FamRZ 2003, 445, 449; Schürmann, FamRZ 2002, 1440, 1443.

8 BVerfG FamRZ 1990, 955, 959; 1999, 285, 287.

9 Kirchhoff/Jachmann, (Fn 4), § 31 Rn 6.

gerade bei Sozialhilfebezug für die Familie keine Verbesserung ihrer gesamtwirtschaftlichen Situation.

Erfreulich eindeutig hat sich das BVerfG dazu geäußert, dass die Verpflichtung zum Unterhalt nicht die Möglichkeit einschränken darf, zur Erhaltung der Eltern-Kind-Beziehung das unter dem Schutz von Art. 6 GG stehende Umgangsrecht auszuüben. Hier hatte die Rechtsprechung bislang den Standpunkt eingenommen, dass die mit dem Kindergeldanteil verbundene Entlastung für solche Kosten zur Verfügung stehe.¹⁰ Die bei der Anerkennung eines zusätzlichen Aufwandes teilweise sehr strenge Rechtsprechung lässt sich nicht mehr aufrechterhalten.¹¹ Kosten des Umgangsrechts gehören zum sozialhilferechtlichen Bedarf¹² und können mehr als einen einmaligen Besuch im Monat umfassen.¹³ Da solche Kosten nicht in die Bemessung der Selbstbehaltssätze eingeflossen sind, wird in Mangelfällen künftig stets darauf zu achten sein, welcher tatsächliche Aufwand mit der Ausübung des Umgangsrechts verbunden ist. Notwendige Mehrkosten vermindern dann das frei verfügbare Einkommen. Damit kann sich der aus § 1612b Abs. 5 BGB ergebende Vorteil wieder neutralisieren. Aber auch außerhalb des Mangelfalls zeichnet sich ein weiteres Konfliktpotential ab, wenn auf Grund eines Wohnortwechsels durch den betreuenden Elternteil regelmäßig größere Strecken zurückzulegen sind und die Kosten für die persönlichen Kontakte zum Kind entsprechend ansteigen. In beiden Fällen obliegt es allerdings dem Unterhaltspflichtigen, den notwendigen Aufwand im Einzelnen nachvollziehbar darzustellen, um dem Gericht eine geeignete Schätzungsgrundlage zu vermitteln.

Als vorläufiges Fazit kann für den nach dem Beschluss des BVerfG bestehenden Rechtszustand festgehalten werden, dass der barunterhaltspflichtige Elternteil verpflichtet ist, Kindesunterhalt bis zur Höhe des sächlichen Existenzminimums unter Einsatz des auf ihn entfallenden Kindergeldanteils aufzubringen. Dafür hat er entgegen den bisherigen an der Rechtsprechung des BVerfG ausgerichteten steuerrechtlichen Grundsätzen¹⁴ weiterhin auch auf versteuertes Einkommen zurückzugreifen, wenn nicht das nach dem Beschluss des BVerfG vorgegebene Normenverständnis zu einer Änderung der bisherigen Anrechnungspraxis im Einkommensteuerrecht (§ 31 S. 5 EStG) führt. Andererseits werden Kosten des Umgangsrechts in vermehrtem Umfang als Mehrbedarf zu berücksichtigen sein.

Mit diesem Zwischenergebnis erschöpft sich die Tragweite der Entscheidung jedoch nicht. Das BVerfG kritisiert unter B I 3, 4 der Gründe zu Recht, dass die unterhaltsrechtlichen Vorschriften zum Kindergeld mit dem Gebot der Normenklarheit nicht mehr in Einklang zu bringen sind.

Hervorzuheben ist dabei zunächst die Abhängigkeit der Anrechnungsvorschrift von den keinen Bezug zum Existenzminimum aufweisenden Regelbeträgen. Das Existenzminimum ist an keiner Stelle gesetzlich geregelt. Wie die Materialien zeigen, hat sich der Gesetzgeber vielmehr am Existenzminimumsbericht orientiert und im ersten Entwurf das Existenzminimum rechnerisch genau mit 130 % des damals maßgeblichen Regelbetrages bestimmt. Die spätere Anhebung auf 135 % erfolgte lediglich zu dem Zweck, die Handhabung durch eine Übereinstimmung mit den Abstufungen der Düsseldorfer Tabelle zu erleichtern,¹⁵ sollte aber keine autonome Bestimmung des Existenzminimums beim Kindesunterhalt bewirken. Da die Regelbeträge in den Jahren 2001 und 2003 weitaus stärker angehoben wurden, als es der Steigerung der Lebenshaltungskosten entspricht, ist mit der erst nach Beschlussfassung erfolgten Neufestsetzung ab dem 1.7.2003 ein Verhältnis des Regelbetrages zum Existenzminimum von 125,7 %¹⁶ erreicht. Ein Abstand von fast 10 Prozentpunkten zum Grenzbetrag des § 1612b Abs. 5 BGB dürfte die im Bereich geringer Einkommen zu tolerierende Schwankungsbreite in einem verfassungsrechtlich kaum vertretbaren Umfang überschreiten. Hier ist der

Gesetzgeber aufgefordert, dem im Beschluss enthaltenen Prüfauftrag unverzüglich nachzukommen.

Darüber hinaus bemängelt das BVerfG, dass aus den Verflechtungen der Vorschrift zum Steuer- und Sozialrecht nicht mehr erkennbar sei, inwieweit das Kindergeld bei getrennt lebenden Familien noch geeignet ist, Steuergerechtigkeit zu gewährleisten und welche Auswirkungen sich aus der sozialhilferechtlichen Anrechnung ergeben. Angesichts der angeschnittenen Fragen wirkt die Feststellung, das Kindergeldrecht genüge „immer weniger“ dem Gebot der Normenklarheit, geradezu als Untertreibung.

Der Schwerpunkt der Problematik liegt sicherlich in den Wechselwirkungen des Kindergeldrechts mit dem Steuerrecht. Hier hat das Kindergeld durch das Jahressteuergesetz von 1996 einen grundlegenden Bedeutungswandel erfahren, der im Verhältnis zum früheren Rechtszustand den Überblick über die Zusammenhänge und den Umgang mit dieser Materie in einem hohen Maß erschwert. Mit dem Verweis auf den Beschl. v. 29.5.1990¹⁷ lässt der Senat allerdings erkennen, dass mit der vorstehenden Entscheidung die grundsätzliche Freistellung des Existenzminimums von der Besteuerung nicht in Frage gestellt werden soll. Wird diese indes durch Verrechnung nach § 1612b Abs. 1 BGB nicht in ausreichendem Maß gewährleistet, wäre eine Anpassung im Einkommensteuerrecht unvermeidbar.

Ebenso bedenklich ist es, wenn sozialhilferechtliche Anrechnungsvorschriften dazu führen, dass der Zweck staatlicher Familienförderung verfehlt wird, wenn die dafür bestimmten Leistungen zum Bestandteil des Ehegattenunterhalts werden. Allerdings wäre in diesem Zusammenhang neben der Aufforderung an den Gesetzgeber, hier Abhilfe zu schaffen, eine klare Stellungnahme wünschenswert gewesen, weshalb die auf Grund der bestehenden Verflechtungen unkalkulierbaren Rechtsfolgen in anderen Rechtsgebieten noch keine so weit reichenden Auswirkungen haben, dass die unveränderte Anwendung von § 1612b Abs. 5 BGB verfassungsrechtlich unbedenklich ist. Auch wenn jede der betroffenen Normen für sich genommen verfassungsrechtlich Bestand hat, könnte sich die Verfassungswidrigkeit gerade aus ihren Wechselwirkungen ergeben.¹⁸

Der Gesetzgeber steht jetzt vor der schwierigen Aufgabe, das Kindergeldrecht in seinen Bezügen zum Familien-, Steuer- und Sozialrecht umfassend neu zu ordnen. Ungeachtet aller grundlegenden systematischen Einwände¹⁹ ist dabei eine völlige Umgestaltung im System des Familienleistungsausgleichs nicht zu erwarten. Daher müsste der Ausgangspunkt solcher Änderungen im Steuerrecht liegen, welches die Vorgaben des BVerfG zur Steuerfreistellung des Existenzminimums konsequent umgesetzt hat. Ein erster Schritt zur Lösung des Problems könnte darin bestehen, dass bei Auseinanderfallen von Barunterhaltspflicht und Bezugsberechtigung der volle auf das sächliche Existenzminimum des Kindes entfallende Kindergeldanteil als zweckgebundenes Einkommen beider Eltern bedarfsdeckend angerechnet wird. Dabei wird es allerdings unvermeidbar sein, diesen Anteil sowie einen Mindestbedarf gesetzlich festzulegen.²⁰ Dies zieht weitere Probleme im Unterhaltsvorschussgesetz, bei der Berücksichtigung des Betreuungsbedarfs im Verhältnis zum Ehegattenunterhalt sowie der Anrechnung des ver-

10 BGH FamRZ 1995, 215.

11 So auch bereits BGH, Urt. v. 23.1.2003, FamRZ 2003, 445, 449.

12 BVerwG NJW 1993, 2633; OVG Münster FamRZ 1991, 244.

13 BVerfG FamRZ 1995, 86.

14 Vgl. BVerfG FamRZ 1990, 955.

15 BT-Drucks 14/3781, 8.

16 303/241 × 100; ausgehend vom Kinderfreibetrag von 2 × 1.824 EUR (§ 32 Abs. 6 EStG) wäre das Existenzminimum mit 304 EUR anzunehmen.

17 BVerfGE 82, 60 = FamRZ 1990, 955.

18 BVerfG FamRZ 1990, 955, 958.

19 *Tipke/Lang* [Fn 3] § 9 Rn 94 f.

20 So auch Beschluss des 64. DJT A I 2d.

bleibenden Kindergeldanteils nach sich. Jede Lösung setzt aber zunächst eine für alle betroffenen Rechtsgebiete eindeutige Bestimmung dessen voraus, was Kindergeld ist und welche Funktionen es erfüllen soll. Es gibt viel zu tun ...

Richter am Oberlandesgericht *Heinrich Schürmann*,
Oldenburg

Erbrechtliche Gleichstellung des Adoptivkindes mit leiblichen Kindern

Art. 6 Abs. 1, 14 Abs. 1 S. 1 GG; Art. 12 § 2 Abs. 2 AdoptG; § 1767 Abs. 1 BGB a.F.

BVerfG (3. Kammer des 1. Senats), Beschl. v. 12.3.2003 – 1 BvR 1504/02 –

Durch Art. 12 § 2 Abs. 2 AdoptG vom 2.7.1976 wurde in die Erbrechtsgarantie (Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG) in ihrer Ausprägung als Testierfreiheit eingegriffen, weil die Neuregelung eine § 1767 Abs. 1 BGB in der bis zum 31.12.1976 geltenden Fassung entsprechende Ausschlussmöglichkeit für das gesetzliche Erbrecht des Adoptivkindes nicht mehr enthält und ein zuvor vereinbarter Ausschluss mit Ablauf des 31.12.1977 seine Wirksamkeit verloren hat. Dieser Eingriff in die Erbrechtsgarantie ist verfassungsrechtlich unbedenklich.
(Leitsatz der Redaktion)

Anm. der Red.: Die Entscheidung ist veröffentlicht in NJW 2003, 2600.

Zur Aufnahme einer selbstständigen Erwerbstätigkeit durch den Unterhaltsschuldner – Zur Zurechnung eines fiktiv höheren Einkommens aus anderer Erwerbstätigkeit

§§ 1603, 1610, 1610 Abs. 3 a.F. BGB

BGH, Urt. v. 9.7.2003 – XII ZR 83/00 –
(OLG Zweibrücken)

- 1. Zur Frage der gesteigerten Ausnutzung der Arbeitskraft eines Unterhaltspflichtigen zur Sicherung des angemessenen Unterhalts seines minderjährigen Kindes.**
- 2. Zur Frage, unter welchen Voraussetzungen einem Unterhaltspflichtigen, der krankheitsbedingt seinen früheren Arbeitsplatz aufgegeben hat und nunmehr erheblich weniger verdient als zuvor, ein höheres fiktives Erwerbseinkommen zugerechnet werden kann (im Anschluss an *Senatsurt. v. 15.11.1995 – XII ZR 231/94 –*, *FamRZ 1996, 345*).**

Tatbestand: Die Kl machen gegen den Bekl Ehegatten- bzw. Kindesunterhalt geltend.

Die Kl zu 1) und der Bekl haben im Juli 1982 die Ehe miteinander geschlossen. Seit September/Oktober 1995 leben sie getrennt; sie sind seit 9.11.1999 geschieden.

Aus der Ehe ist der Kl zu 2), geboren am 17.12.1982, hervorgegangen. Dessen Unterhaltsansprüche hat die Kl zu 1) bis zur Volljährigkeit des Kl zu 2) in Prozessstandschaft im eigenen Namen geltend gemacht.

Die Kl zu 1) war während der Ehe mit dem Bekl nicht erwerbstätig. Sie bezieht seit 1.5.1998 eine Erwerbsunfähigkeitsrente in Höhe von 1.106,87 DM monatlich. Daneben hat sie Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung in Höhe von 500 DM, von denen 250 DM dem Bekl zustehen; sie wohnt mietfrei in einer eigenen Eigentumswohnung.

Der Kl zu 2), der ohne Einkommen ist, wohnt bei seiner Mutter.

Der Bekl war bis Juni 1997 bei der B. GmbH als technischer Angestellter im Bereich der Computerwartung mit einem durchschnittlichen monatlichen Nettoeinkommen von ca. 4.000 DM tätig. Nachdem er seinen Arbeitsvertrag zum 30.6.1997 gekündigt hatte, bezog er ab 1.7.1997 bis einschließlich Oktober 1997 Arbeitslosengeld von 447 DM wöchentlich. Von November 1997 bis März 1999 übte der Bekl eine seinem früheren Arbeitsverhältnis entsprechende Tätigkeit selbstständig aus. Seit 1.4.1999 ist er bei der Firma C. W., Netzwerktechnik, deren Inhaberin seine Lebensgefährtin ist, als Techniker angestellt. Er verdient dort monatlich netto 2.019,80 DM (= 1.032,71 €).

Das Familiengericht hat den Bekl, der den Kindesunterhalt in Höhe von 392 DM monatlich für die Zeit ab Juni 1997 anerkannt hat, verurteilt, für den Kl zu 2) im Zeitraum vom 1.12.1995 bis 31.5.1997 Unterhaltsrückstände zwischen 120 DM und 303 DM monatlich, ab 1.6.1997 einen laufenden monatlichen Unterhalt von 695 DM und ab 1.7.1998 einen solchen von 603 DM monatlich zu bezahlen. Die Klage der Kl zu 1) auf Trennungsunterhalt hat es abgewiesen.

Das OLG hat auf die Berufung des Bekl das amtsgerichtliche Urteil abgeändert und den vom Bekl zu zahlenden Kindesunterhalt für die Zeit ab Juli 1997 bis 30.6.1998 auf monatlich 392 DM und für die Zeit danach auf monatliche Beträge zwischen 518 DM und 533 DM herabgesetzt. Auf die Anschlussberufung der Kl zu 1) hat es den Bekl verurteilt, an die Kl zu 1) für den Zeitraum vom 1.12.1995 bis 30.4.1998 einen monatlichen Trennungsunterhalt zu zahlen. Mit der zu seinen Gunsten zugelassenen Revision verfolgt der Bekl sein zweitinstanzliches Begehren weiter, seine Verurteilung auf Zahlung von Kindesunterhalt auf monatlich 142 DM ab 1.7.1997 zu begrenzen; außerdem sucht er die vollständige Abweisung der Klage der Kl zu 1) auf Trennungsunterhalt zu erreichen.

Entscheidungsgründe: A. Die Revision ist nicht zulässig, soweit der Bekl seine Verurteilung zur Zahlung von Trennungsunterhalt durch das OLG angreift; denn hierzu fehlt es an einer Zulassung des Rechtsmittels durch das Berufungsgericht.

Der Entscheidungssatz des Berufungsurteils enthält zwar keinen Zusatz, der die dort zu Gunsten des Bekl zugelassene Revision weiter einschränkt. Die Eingrenzung des Rechtsmittels kann sich jedoch auch aus den Entscheidungsgründen ergeben (vgl. nur *BGHZ 48, 134, 136; Senatsurt. v. 29.1.2003 – XII ZR 92/01 –*, *FamRZ 2003, 590**). Dies ist hier der Fall: ...

B. Hingegen ist die Revision in Bezug auf die Unterhaltsansprüche des Kl zu 2) zulässig. Sie ist für die Zeit bis 30.6.1998 allerdings nicht begründet. Für die Zeit ab 1.7.1998 führt sie zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das OLG, soweit der Bekl zu einer höheren Unterhaltszahlung als monatlich 392 DM verurteilt worden ist.

I. Das OLG hat ausgeführt, dass sich das Maß des zu gewährenden Unterhalts gemäß § 1610 BGB nach der Lebensstellung des Bedürftigen bestimme. Diese Lebensstellung leite sich bei einem minderjährigen Kind aus der wirtschaftlichen Situation des barunterhaltspflichtigen Elternteils ab. Solange der Mindestunterhalt gemäß § 1610 Abs. 2 BGB gewährleistet sei, habe das minderjährige Kind deshalb keinen Anspruch auf Ausweitung der Erwerbstätigkeit des barunterhaltspflichtigen Elternteils. Der Mindestbedarf bemesse sich bis zum In-Kraft-Treten des Kindesunterhaltsgesetzes zum 1.7.1998 wegen der Verweisung in § 1610 Abs. 3 BGB a.F. nach dem Regelbedarf, dem die erste Ein-

* *Anm. der Red.:* FF 2003, 61.