

lebens nur ein Indiz für die Intensität der Verbindung darstellt.¹

Luthin hat schon relativ früh klargestellt, dass eine Mindestdauer von 2–3 Jahren zu verlangen, viel zu weit gehe.²

Die Rechtsprechung hat in vielen Entscheidungen das Erfordernis der Dauer von 2–3 Jahren unterschiedlich beantwortet.

Das OLG Köln hat bereits in einer Entscheidung von 1999 beim Kauf eines Hauses für gemeinsame Wohnzwecke angenommen, dass die Verwirkung schon bei einem Zeitraum von 1 Jahr greift.³

Das OLG Nürnberg hat in einer Entscheidung v. 1.3.2002 das Zusammenleben nach etwa 1 1/2 Jahren schon angenommen.⁴ Aus der Verbindung mit dem neuen Partner stammten 3 Kinder, von denen das älteste 4 1/2 Monate nach der Scheidung geboren worden war. Hier kam der persönliche Bezug der mehreren gemeinsamen Kinder hinzu. Das einer Ehe absolut vergleichbare Erscheinungsbild in der Öffentlichkeit spricht für ein verkürztes Zeitmoment.

Das OLG Hamburg hat den Kauf und den Bezug eines Hauses schon nach 1 1/2 Jahren als ausreichend angesehen.⁵

Das OLG Brandenburg hat 2004 2 Jahre eheähnliche Lebensgemeinschaft als ausreichend erachtet, also sozusagen den Mindestzeitraum genommen.⁶

Die jetzige Entscheidung des OLG Schleswig v. 1.3.2004 liegt voll auf dieser Linie. Der Fall war insofern besonders interessant, weil der neue Partner den Halbanteil des Ehemannes erworben hatte und dann mit der geschiedenen Ehefrau in dem früheren ehelichen Haus zusammenlebte.

Hier hat der Senat einen Zeitraum von 18 Monaten, also 1 1/2 Jahren, als ausreichend angesehen. Der Zeitraum war 1.7.2000 bis zum 1.1.2002 = 18 Monate.

Die in sich schlüssige Entscheidung hat vor allem das Problem umgangen, eine distanzierte Lebensgemeinschaft in einer schwierigen Beweisaufnahme klären zu müssen, da sich die Ehefrau mit dem Zeugen bereits seit Juli 1999 regelmäßig traf. Wenn man eine distanzierte Lebensgemeinschaft vor dem Bezug des Hauses angenommen hätte, wäre man ebenfalls zu einem Ergebnis gekommen, das der gängigen Rechtsprechung entspricht, also 2–3 Jahre. Dies hat man aber bewusst umgangen.

Interessant ist auch, dass die Tätigkeit der Ehefrau als ausreichend angesehen wird und der Freund in der Zeit, in der die Ehefrau weg ist, die Betreuung der Kinder übernehmen kann, wobei es allenfalls noch um ein Kind von 14 Jahren ging, das betreuungsbedürftig hätte sein können. Das weitere Kind war 15 Jahre.

Der Entscheidung ist uneingeschränkt zuzustimmen, zumal im vorliegenden Fall das Erfordernis der Dauer des Zusammenlebens durch die wirtschaftliche Verflechtung verkürzt werden muss.

Soweit die Bevollmächtigte schriftsätzlich gegenüber dem Kl außergerichtlich das Bestehen einer eheähnlichen Lebensgemeinschaft, wenn auch etwas verklausuliert, eingeräumt hat, ist dies völlig korrekt und im Interesse der Bekl auch wahrheitsgemäß. Andernfalls droht nämlich Verwirkung wegen versuchten Prozessbetruges auf Grund des Verschweigens einer neuen Lebensgemeinschaft.⁷ Hätte die Bekl das Zusammenleben mit dem neuen Partner nicht eingestanden, wäre möglicherweise ein Verwirkungstatbestand nach § 1579 Nr. 2 BGB in Betracht gekommen. Insofern ist die Situation ähnlich zu sehen wie bei Verschleiern oder Verschweigen von eigenen Einkünften.

Die Zeitdauer von 2–3 Jahren als Indiz für die Verfestigung einer eheähnlichen Lebensgemeinschaft ist kein Dogma für alle Fälle.

Die Zeitdauer kann unterschritten werden,

- wenn z.B. der Erwerb des hälftigen Miteigentumsanteils am früheren Familienheim durch den neuen Partner von dem früheren Ehemann erfolgt,
- wenn der neue Partner zusammen mit der geschiedenen Ehefrau weitere Mittel aufwendet, um das Haus zu renovieren und zu verbessern, ist die wirtschaftliche Verflechtung zwischen dem neuen Partner und der geschiedenen Ehefrau nicht mehr zu bestreiten. Gleiches kann natürlich durch finanzielle Verflechtung in Folge von gemeinsam übernommenen Darlehensverträgen oder Bürgschaften gelten.

Klaus Schnitzler, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Familienrecht, Euskirchen

1 *Schwab/Borth*, 5. Aufl. 2004, Rn 500.

2 Vgl. *Luthin*, FamRZ 1986, 1166 und neuerdings *Luthin*, Handbuch des Unterhaltsrechts, 10. Aufl. 2004; ähnlich *Häberle*, FamRZ 1986, 311 und 315, auch *Scholz*, FamRZ 2003, 271.

3 FF 1999, 155 mit Anm. *Heuschmid* = FamRZ 2000, 92 schon beim Trennungunterhalt.

4 FuR 2002, 328, PKH-Entscheidung; so jetzt auch aktuell OLG Schleswig, Ur. v. 17.8.2004, FamRB 2004, 387 (2-Jahres-Zeitraum).

5 FamRZ 2002, 1038.

6 OLG Brandenburg, FuR 2004, 451 (454).

7 OLG Hamm FamRZ 1976, 1079; FamRZ 1993, 566; FamRZ 1997, 1337 und *Schwab/Borth*, Rn 441.

Kindergeldverrechnung bei Kindergeldberechtigung aus ausländischem Recht oder aus Gemeinschaftsrecht

§ 1612b Abs. 1 BGB; §§ 31, 64, 66 EStG; §§ 3, 6 BKGG; Art. 4, 13, 73, 76 EWG VO Nr. 1408/71; Art. 10 EWG VO Nr. 574/72; EWG VO Nr. 1399/99; Art. 4 HUÜ 73

BGH, Ur. v. 21.7.2004 – XII ZR 203/01 (OLG Köln, AG Köln)

Auf die Unterhaltsschuld eines im Ausland lebenden barunterhaltspflichtigen Elternteils wird das dem anderen Elternteil nach deutschem Recht gewährte Kindergeld zur Hälfte angerechnet, wenn der barunterhaltspflichtige Elternteil in einem ausländischen Staat kindergeldberechtigt wäre, sein dort begründeter Kindergeldanspruch aber wegen der sich aus dem deutschen Recht ergebenden Kindergeldberechtigung des anderen Elternteils ruht.

Tatbestand: Der Kl ist der Sohn des Bekl, eines niederländischen Staatsangehörigen, der in den Niederlanden lebt und arbeitet. Die Parteien streiten, ob auf den vom Bekl geschuldeten Unterhalt das Kindergeld hälftig anzurechnen ist, das die in Deutschland berufstätige Mutter des Kl, die mit dem Bekl weder verheiratet ist noch war, in Deutschland bezieht.

Nach der Urkunde des Jugendamtes der Stadt Köln v. 17.11.1995 schuldet der Bekl dem Kl den Regelunterhalt zuzüglich eines Zuschlags von 13 % des Regelbedarfs. Mit seiner Abänderungsklage begehrte der Kl eine Erhöhung des Unterhalts auf zunächst 128 % des jeweiligen Regelbetrags der jeweiligen Altersstufe ab dem 1.7.1999.

Nach Zustellung der Klage hat der Bekl in der Urkunde des Generalkonsulats der Bundesrepublik Deutschland in Amsterdam v. 13.7.1999 eine Unterhaltspflichtung ab dem 1.7.1998 in Höhe von 114 % des Regelbetrags der jeweiligen Altersstufe, abzüglich des hälftigen Kindergelds, anerkannt. Ausgehend von einem bereinigten Nettoeinkommen des Bekl von 2.790 DM hat das AG – Familiengericht – diesen verurteilt, an den Kl ab dem 1.7.1999 Unterhalt in Höhe von 128 % des Regelbetrags der jeweiligen Altersstufe abzüglich des hälftigen Kindergeldes zu zahlen; im

Übrigen hat es die Klage abgewiesen. Die Berufung des Kl hat das OLG durch Versäumnisurteil v. 4.12.2000 zurückgewiesen. Nach Einspruch des Kl hat der Bekl in der mündlichen Verhandlung vor dem OLG wegen der geänderten Rechtslage (§ 1612b Abs. 5 BGB) anerkannt, ab dem 1.1.2001 Unterhalt in Höhe von 135 % des Regelbetrags abzüglich des hälftigen Kindergelds zu schulden. Das OLG hat daraufhin das Versäumnisurteil antragsgemäß mit der Maßgabe aufrechterhalten, dass der Bekl ab dem 1.1.2001 einen monatlichen Unterhalt in Höhe von 135 % des Regelbetrags der jeweiligen Altersstufe abzüglich des hälftigen Kindergeldes zu zahlen hat. Hiergegen wendet sich der Kl mit der vom OLG zugelassenen Revision.

Entscheidungsgründe: Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg.

I. Der Bekl war zwar in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat nicht vertreten. Gleichwohl ist über die Revision des Kl nicht durch Versäumnisurteil, sondern durch Endurteil (unechtes Versäumnisurteil) zu entscheiden, da sie sich auf der Grundlage des vom Berufungsgericht festgestellten Sachverhalts als unbegründet erweist (Senatsurteil v. 10.2.1993 – XII ZR 239/91 – NJW 1993, 1788).

II. 1. Nach Auffassung des OLG, dessen Entscheidung in FamRZ 2002, 845 veröffentlicht ist, ist das an die Mutter des Kl ausgezahlte Kindergeld hälftig auf den Unterhaltsanspruch des Kl gegen den Bekl anzurechnen. Zwar setze § 1612b Abs. 1 BGB bei wörtlicher Auslegung voraus, dass auch der barunterhaltspflichtige Elternteil grundsätzlich kindergeldberechtigt sein müsse, weil anderenfalls der andere Elternteil nicht – wie von § 1612b Abs. 1 BGB verlangt – „vorrangig“ kindergeldberechtigt sein könne. Daran fehle es im vorliegenden Fall, da der Bekl in den Niederlanden wohne, dort steuerpflichtig und deshalb – nach Maßgabe der §§ 31 ff. EStG und des Bundeskindergeldgesetzes – in Deutschland nicht kindergeldberechtigt sei. Indes widerspreche eine solche wörtliche Auslegung des § 1612b Abs. 1 BGB dem Sinn und Zweck des Kindergeldes. Das Kindergeld solle die Unterhaltslast der Eltern erleichtern und ihre Leistung für die Familie ausgleichen. Dabei stehe das Kindergeld wegen der Gleichwertigkeit von Betreuung und Barunterhalt beiden Elternteilen jeweils zur Hälfte zu. Lediglich aus Gründen der Verwaltungsvereinfachung ordne das Gesetz an, dass das Kindergeld grundsätzlich an den betreuenden Elternteil ausgezahlt werden soll. Dies bedeute jedoch nicht, dass die von § 1612b Abs. 1 BGB vorgeschriebene hälftige Anrechnung des Kindergeldes, das an den betreuenden Elternteil ausgezahlt werde, zu unterbleiben habe, wenn der barunterhaltspflichtige Elternteil im Ausland wohne und dort steuerpflichtig sei. Insoweit sei eine teleologische Reduktion des Wortlauts des § 1612b BGB angezeigt.

2. Diese Ausführungen halten im Ergebnis der rechtlichen Nachprüfung stand.

Auf das zwischen den Parteien bestehende Unterhaltsverhältnis ist gem. Art. 4 Abs. 1 des Haager Übereinkommens über das auf Unterhaltspflichten anwendbare Recht v. 2.10.1973 (BGBl II 1986, 837) deutsches Sachrecht anzuwenden, da der Kl als Unterhaltsberechtigter seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hat. Der Umfang des vom Bekl geschuldeten Barunterhalts bestimmt sich deshalb grundsätzlich nach § 1612b Abs. 1 BGB.

a) In Literatur und Rechtsprechung wird die Frage, ob § 1612b Abs. 1 BGB eine Kindergeldberechtigung beider Elternteile voraussetzt, zum Teil unter Hinweis auf den Wortlaut der Vorschrift, die von einer vorrangigen Berechtigung des nicht barunterhaltspflichtigen Elternteils ausgeht, bejaht (OLG Stuttgart FamRZ 2000, 907; MünchKommBorrn, BGB, 4. Aufl., § 1612b Rn 41; Wendl/Scholz, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, 6. Aufl., § 2 Rn 503; Göppinger/Häußermann, Unterhaltsrecht, 8. Aufl.,

Rn 790; vgl. auch Palandt/Diederichsen, 63. Aufl., § 1612b Rn 4 mit Hinweis auf § 1612c BGB). Die Gegenmeinung verweist auf Sinn und Zweck der Regelung; es könne nicht angenommen werden, der Gesetzgeber habe im Ausland lebende und dort auch steuerpflichtige Barunterhaltsschuldner von der Entlastung des § 1612b Abs. 1 BGB ausnehmen und das gesamte Kindergeld dem anderen Elternteil allein zukommen lassen wollen (Erman/Hammermann, 11. Aufl., § 1612b Rn 7).

b) Nach Auffassung des Senats geht § 1612b Abs. 1 BGB davon aus, dass beide Elternteile kindergeldberechtigt sind. Das folgt bereits aus dem Wortlaut der Vorschrift, die eine vorrangige Kindergeldberechtigung des nicht barunterhaltspflichtigen Elternteils verlangt, mithin eine – wenn auch nachrangige – Kindergeldberechtigung des barunterhaltspflichtigen Elternteils voraussetzt. Das Erfordernis einer beiderseitigen Kindergeldberechtigung ergibt sich darüber hinaus auch aus der Entstehungsgeschichte und dem Ziel der Vorschrift. Mit ihr sollten die bisherigen von Gesetzgebung und Rechtsprechung entwickelten Regeln über den Ausgleich des Kindergeldes unter den beiderseits kindergeldberechtigten Elternteilen (vgl. § 1615g Abs. 1 S. 1 BGB a.F.) an das neue System des Familienlastenausgleichs angepasst und vereinfacht werden. Dementsprechend bestand bei der Schaffung des § 1612b BGB durch das Kindesunterhaltsgesetz (vom 6.4.1998, BGBl. I, 666) Übereinstimmung, dass eine Anrechnung von vornherein nur gerechtfertigt erscheine, wenn zwar beide Elternteile Anspruch auf eine kindbezogene Leistung hätten, die Leistung aber nicht beiden Elternteilen zur Hälfte, sondern aus Gründen der Verwaltungsvereinfachung in vollem Umfang nur einem Elternteil ausgezahlt werde (BT-Drucks. 13/7338, 27).

Daraus lässt sich indes nicht folgern, die für die Anrechnung nach § 1612b Abs. 1 BGB erforderliche Kindergeldberechtigung beider Elternteile müsse sich allein aus den Vorschriften des nationalen Rechts herleiten lassen. Zwar ist, wie auch die Materialien zum Kindesunterhaltsgesetz belegen (BT-Drucks 13/7338, 29), die Regelung des § 1612b BGB auf die Kindergeldbezugsberechtigung nach den Vorschriften des Einkommenssteuergesetzes (§ 64 EStG) und des Bundeskindergeldgesetzes (§ 3 BKGG) zugeschnitten. Dennoch ist die Regelung nicht auf Fälle begrenzt, in denen sich die Kindergeldberechtigung beider Elternteile aus dem EStG und BKGG ergibt; sie ist vielmehr unter Berücksichtigung des Gemeinschaftsrechts auszulegen. Eine solche Auslegung führt zu dem Ergebnis, dass sich die von § 1612b Abs. 1 BGB vorausgesetzte Kindergeldberechtigung des barunterhaltspflichtigen Elternteils (hier: des niederländischen Bekl) auch aus ausländischem (hier: niederländischem) Recht oder aus Gemeinschaftsrecht ergeben kann. Dementsprechend genügt in einem solchen Fall auch, dass sich der in § 1612b Abs. 1 BGB vorausgesetzte Vorrang der Kindergeldberechtigung des nicht barunterhaltspflichtigen Elternteils (hier: der in Deutschland berufstätigen Mutter des Kl) gegenüber der auf ausländischem oder auf Gemeinschaftsrecht beruhenden Kindergeldberechtigung des anderen Elternteils (hier: des Bekl) aus den Vorschriften des ausländischen oder des Gemeinschaftsrechts herleitet. Ob diese Vorschriften das Verhältnis der von ihnen begründeten Kindergeldansprüche zu dem nach deutschem Recht gegebenen Kindergeldanspruch in eine Rangordnung stellen oder aber vorsehen, dass der sich aus ausländischem Recht oder aus Gemeinschaftsrecht ergebende Kindergeldanspruch des barunterhaltspflichtigen Elternteils im Hinblick auf den sich aus dem deutschen Recht ergebenden Kindergeldanspruch des anderen Elternteils ruht, ist lediglich ein rechtskonstruktiver Unterschied, der die grundsätzliche Anwendbarkeit des § 1612b Abs. 1 BGB nicht berührt. Im Einzelnen:

aa) Das vom deutschen Recht vorgesehene Kindergeld ist – unbeschadet seiner rechtlichen Konstruktion als eine vorgezogene Steuervergütung – eine dem europäischen Sozialrecht unterliegende Familienleistung; für das deutsche Kindergeld gelten deshalb die das europäische Sozialrecht maßgebend regelnden Verordnungen (EWG) Nr. 1408/71 und 574/72, beide zuletzt geändert durch VO (EWG) 1399/99 v. 29.4.1999. Nach Art. 5 VO (EWG) Nr. 1408/71 geben die Mitgliedstaaten in Erklärungen die Rechtsvorschriften und Systeme an, die unter Art. 4 Abs. 1 und 2 dieser Verordnung fallen; die Bundesrepublik Deutschland hat deshalb die Leistungen nach dem Bundeskindergeldgesetz in der jeweils geltenden Fassung zu Familienleistungen i.S.d. Art. 4 Abs. 1 VO (EWG) Nr. 1408/71 erklärt (vgl. Mitteilung AbIEG 1980 Nr. C 139/6 und 1983 Nr. C 351/1). Auch das seit dem 1.1.1996 nach § 31 S. 3 EStG als Steuervergütung gezahlte Kindergeld ist, wie auch der Bundesfinanzhof dargelegt hat, eine Familienleistung i.S.d. Art. 4 Abs. 1 lit. h VO (EWG) Nr. 1408/71 (Urt. v. 13.8.2002 – VIII R 54/00 – BFH/NV 2002, 1581; vgl. auch *Eichenhofer*, *StuW* 1997, 341 f.). Es dient, soweit es nicht die steuerliche Freistellung des Existenzminimums eines Kindes bewirkt, der Förderung der Familie (§ 31 S. 1 und 2 EStG). Nach Art. 73 VO (EWG) Nr. 1408/71 kann ein Elternteil, der in einem Mitgliedstaat sozialversichert ist (Art. 1 lit. a VO (EWG) Nr. 1408/71), nach den für ihn maßgebenden Rechtsvorschriften (Art. 13 VO (EWG) Nr. 1408/71) Familienleistungen – wie hier das Kindergeld – auch dann beanspruchen, wenn diese Rechtsvorschriften eine Leistungsbeziehung für außerhalb ihres Geltungsbereichs wohnende Kinder nicht vorsehen. Allerdings sollen Familienleistungen für ein Kind nicht mehrfach von verschiedenen Mitgliedstaaten gezahlt werden. Die „Antikumulierungsregeln“ der Art. 76 Abs. 1 VO (EWG) Nr. 1408/71, Art. 10 Abs. 1 VO (EWG) Nr. 574/72 normieren deshalb für den Fall, dass für dasselbe Kind in mehr als einem Mitgliedstaat ein Kindergeldanspruch begründet ist, eine Rangfolge dieser Ansprüche, wobei der jeweils nachrangige Anspruch – im Umfang der vom vorrangig verpflichteten Mitgliedstaat zu erbringenden Leistungen – ruht. Ausgangspunkt ist dabei die Unterscheidung von Kindergeld, das auf Grund der Ausübung einer Erwerbstätigkeit gewährt wird, und sonstigem – nicht erwerbsbezogenem – Kindergeld. Nach Art. 76 Abs. 1 VO (EWG) Nr. 1408/71 ruht ein in einem Mitgliedstaat begründeter Anspruch auf – erwerbsbezogenes oder nicht erwerbsbezogenes – Kindergeld, wenn und soweit im Wohnstaat des Kindes ein Anspruch auf erwerbsbezogenes Kindergeld begründet ist – und zwar gleichgültig, ob sich dieser Anspruch aus den Vorschriften dieses Mitgliedstaates oder aus Gemeinschaftsrecht ergibt (Vorrang des Wohnstaates des Kindes, wenn dieser erwerbsbezogenes Kindergeld gewährt). Wird im Wohnstaat des Kindes Kindergeld überhaupt nicht oder nicht erwerbsbezogen gewährt, greift Art. 10 Abs. 1 VO (EWG) 574/72 ein: Nach dessen Abs. 1 lit. a) ruht ein in einem Mitgliedstaat begründeter Anspruch auf nicht erwerbsbezogenes Kindergeld, wenn und soweit in einem anderen Mitgliedstaat für dasselbe Kind ein Anspruch auf erwerbsbezogenes Kindergeld begründet ist (Vorrang des Staates, der für das Kind erwerbsbezogenes Kindergeld gewährt, aber nicht Wohnstaat des Kindes ist; ist er zugleich Wohnstaat, gilt der Vorrang nach Art. 76 VO (EWG) 574/72). Dieser vom Wohnort des Kindes unabhängige Vorrang des erwerbsbezogen gewährten Kindergelds gilt jedoch nach Abs. 1 lit. b) (i) des Art. 10 VO (EWG) 574/72 nicht, wenn ein Elternteil in einem anderen Mitgliedstaat ein nicht erwerbsbezogenes Kindergeld beanspruchen könnte und der Elternteil in diesem Mitgliedstaat berufstätig ist (Vorrang des Staates der Berufstätigkeit, wenn dieser ein nicht erwerbsbezogenes Kindergeld gewährt). Daraus ergibt sich zusammenfassend folgende Stufung: (1.)

Vorrang des Wohnstaates des Kindes, wenn dieser einem Elternteil ein erwerbsbezogenes Kindergeld gewährt. (2.) Vorrang des Staates der Berufstätigkeit, wenn dieser dem dort berufstätigen Elternteil ein nicht erwerbsbezogenes Kindergeld gewährt. (3.) Vorrang eines anderen Mitgliedstaates als des Wohnstaates des Kindes, wenn dieser andere Staat einem Elternteil ein erwerbsbezogenes Kindergeld gewährt (zum ganzen *Eichenhofer*, *Sozialrecht der Europäischen Union*, 2. Aufl., Rn 274 ff.).

bb) Aus der Zusammenschau des Gemeinschaftsrechts und der die Kindergeldbezugsberechtigung regelnden Vorschriften des EStG (§ 64) und des BKGG (§ 3) kann sich damit eine der Normsituation des § 1612b Abs. 1 BGB vergleichbare Rechtslage ergeben: Beide Elternteile können nach den für sie maßgebenden nationalen Regelungen oder auf Grund des Gemeinschaftsrechts „an sich“ kindergeldberechtigt sein; das Kindergeld gelangt jedoch – auf Grund der dargestellten Antikumulierungsregeln – nur an einen Elternteil zur Auszahlung, weil der Kindergeldanspruch des anderen Ehegatten ruht. Diese Situation ist der von § 1612b Abs. 1 BGB vorausgesetzten Lage nach deutschem Kindergeldrecht vergleichbar. In einer das Gemeinschaftsrecht berücksichtigenden Auslegung des § 1612b Abs. 1 BGB muss deshalb dem barunterhaltspflichtigen Elternteil, der wegen des Kindergeldbezugs des anderen Elternteils selbst kein Kindergeld bezieht, das dem anderen Elternteil gewährte Kindergeld jedenfalls dann hälftig zugute kommen, wenn dieses Kindergeld dem anderen Elternteil nach deutschem Recht – d.h. nach Maßgabe der in § 66 EStG, § 6 BKGG geregelten Kindergeldsätze von der zuständigen deutschen Familienkasse – gutgebracht wird. Insoweit bleibt die vom deutschen Recht vorgegebene Zweckbestimmung des deutschen Kindergelds, beiden „an sich“ kindergeldberechtigten Elternteilen zugute zu kommen, realisierbar. Diesem vom deutschen Recht verfolgten Zweck des Kindergelds ist mit Hilfe des § 1612b Abs. 1 BGB auch im Kontext des europäischen Sozialrechts Geltung zu verschaffen.

cc) Das gilt auch für den vorliegenden Fall. Die Mutter des Kl bezieht nach deutschem Recht für den Kl Kindergeld. Der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der niederländische Bekl nach dem für ihn maßgebenden Recht seinerseits kindergeldberechtigt wäre, wenn nicht bereits die Mutter des Kl für diesen Kindergeld bezöge, ist das OLG nicht nachgegangen. Da das OLG zu dem – wegen des Beschäftigungs- und Wohnortes des Bekl in den Niederlanden – maßgebenden niederländischen Recht (vgl. Art. 13 Abs. 2 lit. a), f) VO (EWG) Nr. 1408/71) keine Feststellungen getroffen hat, kann der BGH diese Feststellungen nachholen; denn insoweit handelt es sich nicht um eine Nachprüfung irreversiblen Rechts, die dem Revisionsgericht verwehrt ist (vgl. etwa BGHZ 40, 197, 201). Das niederländische Recht gewährt den in den Niederlanden wohnenden Personen für deren unter 16 Jahre alte Kinder ein Recht auf das vierteljährlich gezahlte Kindergeld, ebenso für ältere Kinder unter zusätzlichen Voraussetzungen (*Algemene Kinderbijslagwet* v. 26.4.1962, *Stb.* 1990, 128). Nach dem durch Art. VI. des Gesetzes v. 27.5.1999 (*Stb.* 1999, 250) eingefügten Art. 7b Abs. 1 *Algemene Kinderbijslagwet* gilt die Kindergeldberechtigung zwar grundsätzlich nicht in Ansehung solcher Kinder, die am ersten Tag des Kalendervierteljahrs nicht in den Niederlanden wohnen. Allerdings sieht Art. 7b Abs. 2 *Algemene Kinderbijslagwet* eine weitergehende Kindergeldberechtigung vor, die grundsätzlich auch die aus Art. 73 VO (EWG) 1408/71 herleitbaren Kindergeldansprüche umfasst, hier jedoch – auf Grund der dargestellten Antikumulierungsvorschriften – ruht: Dabei kann dahinstehen, ob das der Mutter des Kl gezahlte deutsche Kindergeld – im Hinblick auf seinen Charakter als vorgezogene Steuervergütung zumindest auch – „auf Grund der Ausübung einer Erwerbstätigkeit“ gewährt wird. Bejaht man diese Frage, ergibt sich

der Vorrang des nach deutschem Recht begründeten Kindergeldanspruchs aus Art. 76 Abs. 1 VO (EWG) Nr. 1408/71, da die Bundesrepublik Deutschland der Wohnstaat des Kl ist. Verneint man eine Erwerbsbezogenheit des deutschen Kindergelds, ruht der niederländische Kindergeldanspruch nach Art. 10 Abs. 1 lit. b) (i) VO (EWG) Nr. 574/72, weil das – nach Abs. 1 lit. a) dieser Verordnung an sich nachrangige, weil nicht erwerbsbezogene – Kindergeld in der Bundesrepublik Deutschland an die Mutter des Kl ausgezahlt wird und diese hier berufstätig ist.

c) Im Ergebnis ist danach der Bekl grundsätzlich kindergeldberechtigt; sein Kindergeldanspruch ruht jedoch. Als Ausgleich steht ihm – entsprechend der Zweckbestimmung des deutschen Kindergelds – die Hälfte des der Mutter des Kl gewährten Kindergeldes zu, das er deshalb nach § 1612b Abs. 1 BGB von dem von ihm geschuldeten Kindesunterhalt in Abzug bringen darf.

■ **Anmerkung:** Die Entscheidung zeigt die Zunahme kollisionsrechtlicher Fragestellungen in der Praxis sowie die wachsende Bedeutung des europäischen Gemeinschaftsrechts. Der Sachverhalt an sich ist einfach: Der in den Niederlanden lebende Vater wird von seinem in Deutschland lebenden Kind auf Unterhalt in Anspruch genommen. Problematisch ist dabei die Frage, ob das von der Mutter in Deutschland bezogene Kindergeld zugunsten des Vaters gem. § 1612b Abs. 1 BGB hälftig anzurechnen oder aber von solcher Anrechnung ausgeschlossen ist, weil der Vater nach deutschem Recht wegen seines Aufenthalts im Ausland keinen Anspruch auf Kindergeld hat. Da nach niederländischem Recht wegen des Kindergeldbezugs der Mutter in Deutschland auch in den Niederlanden kein Kindergeld an den Vater gezahlt wird, ist die Frage von erheblicher Brisanz.

Im Hinblick auf den Auslandsaufenthalt des Vaters und seine niederländische Staatsangehörigkeit waren vorab die Zuständigkeit der deutschen Gerichte und die Frage des anwendbaren Rechts zu klären. Dazu stellt der Senat eingangs der Urteilsbegründung zutreffend die Anwendbarkeit des deutschen Rechts auf Grund Art. 4 Abs. 1 des Haager Unterhaltsabkommens v. 2.10.1973 (übereinstimmend mit Art. 18 Abs. 1 S. 1 EGBGB) fest. Der Vollständigkeit halber hätte er auch die in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen zu prüfende internationale Zuständigkeit feststellen müssen, die nach Art. 5 Nr. 2 1. Alt. EuGVÜ (seit dem 1.3.2002: Art. 5 Nr. 2 1. Alt. VO (EG) Nr. 44/2001) gegeben ist.

Den nunmehr zu klärenden Meinungsstreit, ob § 1612b Abs. 1 BGB auch bei Auslandsaufenthalt des barunterhaltspflichtigen Elternteils, der im Aufenthaltsstaat steuerpflichtig, nicht aber kindergeldberechtigt ist, zur Anwendung kommt, hat der Senat eindeutig und zutreffend entschieden. Danach kommt der Barunterhaltspflichtige auch dann in den Genuss der Entlastung des § 1612b Abs. 1 BGB, wenn er im Aufenthaltsstaat an sich kindergeldberechtigt wäre, diese Berechtigung aber wegen der sich aus dem deutschem Recht ergebenden Kindergeldberechtigung des anderen Elternteils ruht.

Bemerkenswert ist die Begründung dieser Entscheidung. Sie beschränkt sich nämlich nicht auf eine lediglich am innerstaatlichen Recht orientierte Interpretation des § 1612b Abs. 1 BGB, der seinem Wortlaut nach den Vorrang der Kindergeldberechtigung eines Elternteils und damit – zumindest scheinbar – die nachrangige Berechtigung des anderen Elternteils voraussetzt. Die bisherige Diskussion in Literatur und Rechtsprechung zur Frage, ob der Wortlaut der Norm entscheidet oder ihr Sinn und Zweck eine weitergehende Auslegung gebietet, bewegt sich ausschließlich auf der Ebene des innerstaatlichen Rechts. Demgegenüber verlangt der Senat eine Auslegung unter Berücksichtigung des

Gemeinschaftsrechts. Das ist zu begrüßen. Das Recht der Europäischen Gemeinschaften überlagert nationales Recht, soweit dies konkurriert. Auch bei Nichtvorliegen einer Konkurrenz strahlt das Gemeinschaftsrecht auf das innerstaatliche Recht aus. Ins Gemeinschaftsrecht eingeflossene Wertentscheidungen sind im nationalen Recht zu akzeptieren, eine davon unbeeinflusste Interpretation innerstaatlicher Normen ist mit dem Vorrang des Gemeinschaftsrecht nicht zu vereinbaren. Der Senat hat daher zu Recht das vom deutschen Recht vorgesehene Kindergeld als dem europäischen Sozialrecht unterliegende Familienleistung qualifiziert und in Konsequenz dessen die einschlägigen Verordnungen (EWG) zur Auslegung herangezogen. Deren Antikumulierungsregeln verfolgen – wie der Senat überzeugend darlegt – neben der Verhinderung von Mehrfachzahlungen denselben Zweck wie § 1612b Abs. 1 BGB: Beiden „an sich“ kindergeldberechtigten Elternteilen soll die Wohltat der Sozialleistung Kindergeld zugute kommen. Daher ist auch zugunsten des im Ausland lebenden und nur dort grundsätzlich kindergeldberechtigten Elternteils das vom anderen im Inland lebenden Elternteil bezogene Kindergeld nach Maßgabe des § 1612b BGB anzurechnen, wenn der ausländische Kindergeldanspruch wegen des Kindergeldbezugs in Deutschland ruht.

Im konkreten Fall hat der Senat daher geprüft, ob der niederländische Bekl nach niederländischem Recht kindergeldberechtigt wäre, wenn nicht bereits die Mutter des klagenden Kindes für dieses Kindergeld bezöge. Eine dahingehende Prüfung des Rechts des Aufenthaltsstaats wird künftig in vergleichbaren Fällen stets bei Auslandsaufenthalt des Unterhaltsverpflichteten erforderlich sein. Diese Mühewaltung bleibt nicht auf das Recht der Mitgliedstaaten der EU beschränkt. Dass der Senat § 1612b Abs. 1 BGB unter Berücksichtigung des Gemeinschaftsrechts ausgelegt hat, bedeutet nicht, dass die Auslegung nur im Verhältnis der Mitgliedstaaten gilt. Die Interpretation im Kontext des europäischen Sozialrechts verschafft dem schon vom deutschen Gesetzgeber verfolgten Zweck, beiden „an sich“ kindergeldberechtigten Elternteilen das Kindergeld zugute kommen zu lassen, Geltung. Sie ist daher auch im Verhältnis zu Drittstaaten maßgeblich.

Prof. Dr. Hans Rausch, Richter am AG, Bad Münstereifel

Keine Berücksichtigung des Kinderwillens bei 8 1/2 jährigem Kind im Umgangsrecht

§§ 1626, 1684 BGB

OLG Köln, Beschl. v. 20.5.2003 – 4 UF 137/02 (AG Aachen)

Ist die Umgangsanhahnung dem Wohl des Kindes förderlich, so steht der Kinderwille eines 8 1/2 jährigen Kindes dem Umgangsrecht nicht entgegen. Bei zunehmendem Alter gewinnt der Kinderwille an Bedeutung für die Entscheidung des Gerichts.

(Leitsätze d. Redaktion)

Gründe: Die gem. § 621e Abs. 1, § 621 Abs. 1 Nr. 2 ZPO statthafte und auch im Übrigen zulässige, insbesondere fristgerecht (§ 621e Abs. 3, § 517 ZPO) eingelegte Beschwerde hat nur insoweit Erfolg, als das AG die Umgangsanhahnung von der Einwilligung L's abhängig gemacht hat. Diese Beschränkung nebst der hierauf bezogenen Überprüfungspflicht des Jugendamts muss ersatzlos entfallen. Im Übrigen, soweit der ASt nach näherer Maßgabe der Beschwerdebegründung auch den Umgangsrahmen beanstandet und des Weiteren die Entpflichtung des Stadtjugendamts als Ergänzungspfleger begehrt, ist das Rechtsmittel unbegründet.