

## Aufsätze

# Der Regierungsentwurf zum Unterhaltsrechtsänderungsgesetz\* – Sachstand und Ausblick auf die geplanten Änderungen beim nahehelichen Unterhalt und beim Verwandtenunterhalt (2. Teil)

— Dr. Martin Menne, Richter am Amtsgericht und Referent für Unterhaltsrecht im Bundesministerium der Justiz, Berlin

### III. Reform des Verwandtenunterhaltsrechts

#### 1. Allgemeines

Im Vordergrund der Reform des Verwandtenunterhaltsrechts – praktisch geht es um den Kindesunterhalt – stehen die Förderung des Kindeswohls und die Vereinfachung des Unterhaltsrechts. Dem Kindeswohl wird dabei insbesondere mit der Neuregelung der unterhaltsrechtlichen Rangfolge gedient, aber auch mit der Einführung eines gesetzlichen Mindestunterhalts und der Stärkung des Anspruchs eines unverheirateten Elternteils auf Unterhalt wegen der Betreuung eines Kindes. Zu einer Vereinfachung des Unterhaltsrechts sollen die Änderungen beim Verfahren der elterlichen Unterhaltsbestimmung und der Neuregelung der Kindergeldverrechnung beitragen.

#### 2. Die neue Rangfolge (§ 1609 BGB-Entwurf)

##### a) Grundzüge der Neuregelung

Die Neuordnung der unterhaltsrechtlichen Rangfolge, die bereits seit langem angemahnt worden ist,<sup>84</sup> gehört nicht nur zu den Kernbestandteilen der Unterhaltsrechtsreform, sondern nimmt auch in der öffentlichen Diskussion der Reformpläne eine herausragende Stellung ein. Das heutige, vielfach kritisierte,<sup>85</sup> komplizierte System soll durch ein klares, übersichtliches und in sich schlüssiges Konzept ersetzt werden. Maßstab, an dem sich die neue Rangordnung ausrichtet, ist dabei allein das Ausmaß an Bedürftigkeit des jeweiligen Berechtig-

ten bzw. die Frage, inwieweit dem Berechtigten im Fall einer unzureichenden Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen zugemutet werden kann, für sich selbst zu sorgen.

Von diesem Maßstab ausgehend, gehört der erste Rang den minderjährigen, unverheirateten Kindern und den volljährigen, privilegierten Kindern nach § 1603 Abs. 2 Satz 2 BGB. Im zweiten Rang finden sich Elternteile, die wegen der Betreuung eines Kindes unterhaltsberechtig sind oder im Fall einer Scheidung wären, sowie Ehegatten bei einer Ehe von langer Dauer. Im dritten Rang stehen Ehegatten, die weder Kinder betreuen noch eine Ehe von langer Dauer vorweisen können. Der vierte Rang kommt den Unterhaltsansprüchen volljähriger, nicht privilegierter Kinder und minderjähriger, verheirateter Kinder zu. Die Ränge fünf bis sieben entsprechen dem geltenden Recht: zunächst Enkelkinder und weitere Abkömmlinge, dann – auf Grund der zunehmenden praktischen Bedeutung eigens erwähnt – Eltern und schließlich, im siebten und letzten Rang, weitere Verwandte der aufsteigenden Linie entsprechend ihrer Entfernung, also erst Groß-, dann Urgroßeltern.

\* Der Gesetzentwurf nebst der Stellungnahme des Bundesrates und der Gegenäußerung der Bundesregierung liegt inzwischen als Bundestags-Drucksache vor: BT-Drucks 16/1830 v. 5.6.2006.

<sup>84</sup> Vgl. nur Luthin, FPR 2004, 567 (572); Willutzki, ZKJ 2006, 334 (334).

<sup>85</sup> Vgl. die Nachweise bei Menne, JAmt 2005, 433 (437) (Fn 43 und Text).

## b) Stand der Diskussion

Der Vorrang minderjähriger Kinder und ihnen gleichgestellter volljähriger, privilegierter Kinder ist auf fast einhellige Zustimmung gestoßen.<sup>86</sup> Der Vorrang ist gut begründet: Kindern ist am wenigsten zuzumuten, unzureichende Mittel mit anderen Berechtigten zu teilen; die Eltern trifft gegenüber den Kindern eine gesteigerte Unterhaltspflicht (§ 1603 Abs. 2 BGB). Der Vorrang entspricht damit nicht nur der natürlichen, elterlichen Verantwortung für das Kind, sondern aus der Praxis ist bekannt, dass die Bereitschaft Unterhaltspflichtiger, Kindesunterhalt zu leisten, deutlich stärker ausgeprägt ist als die Zahlungswilligkeit in Bezug auf Leistungen an den bedürftigen Partner.<sup>87</sup>

Insbesondere in den Medien, aber auch von einzelnen Verbänden,<sup>88</sup> wurden Ängste geschürt, dass mit dem Vorrang der Kinder der Steuervorteil aus dem begrenzten Realsplitting (§ 10 Abs. 1 Nr. 1 EStG)<sup>89</sup> beim Ehegattenunterhalt gemindert werde. Dieser Einwand ist jedoch, worauf bereits mehrfach hingewiesen wurde,<sup>90</sup> keineswegs stichhaltig: Den Gedanken konsequent zu Ende gedacht, müsste man ansonsten auf Grund der Möglichkeit, auf diese Weise Steuervorteile generieren zu können, Ehegattenunterhalt Vorrang vor dem Kindesunterhalt einräumen.<sup>91</sup> Das fordert aber niemand. Es wäre auch verfehlt, eine in der Sache allgemein als richtig erkannte unterhaltsrechtliche Lösung nicht umzusetzen, um einer kleinen Gruppe ihre Steuervorteile zu erhalten.

Die im zweiten Rang vorgesehene Gleichstellung des geschiedenen Ehegatten mit dem neuen Ehegatten wurde mehrheitlich begrüßt.<sup>92</sup> Vereinzelt kritisiert worden ist dagegen der Gleichrang aller wegen Kinderbetreuung unterhaltsberechtigter Elternteile – kritischer Fall: die geschiedene Ehefrau, die die aus der Ehe hervorgegangenen Kinder betreut, trifft auf die schwanger gewordene, neue Lebenspartnerin – sowie die Kollision zwischen einer kinderlosen Ehefrau und der neuen Freundin des Mannes, die zusammen ein Kind haben.<sup>93</sup> Die Kritik vermag indessen nicht zu überzeugen: Wer es mit der Förderung des Kindeswohls ernst meint, muss hier konsequent sein. Die rechtliche Frage nach der Unterhaltsbedürftigkeit des betreuenden Elternteils darf nicht mit der moralischen Kategorie der ehelichen Treue vermengt werden.<sup>94</sup> Aus der Sicht des Kindes macht es jedenfalls keinen Unterschied, ob der Elternteil, durch den es Pflege und Erziehung erfährt, eine Heiratsurkunde besitzt oder nicht.<sup>95</sup> Die ersten Beispielsrechnungen belegen jedenfalls, dass die Neuregelung zu angemessenen Ergebnissen führt.<sup>96</sup> Auch die weitere Kritik, der Begriff der „Ehe von langer Dauer“ bleibe unscharf,<sup>97</sup> greift letztlich nicht durch: Eine abstrakte, vom Einzelfall gelöste Festlegung ist kaum möglich und würde immer ein Stück Willkür beinhalten. Wie ließe es sich auch rational begründen, eine fünfjährige Ehe als lang anzusehen und die, die nur vier Jahre und neun Monate hielt, noch nicht? Hierbei handelt es sich um eine Entscheidung, die nur im Einzelfall und unter Abwägung aller Gesichtspunkte getroffen werden kann.<sup>98</sup> Von daher erscheint es in dem von *Dieter Schwab*<sup>99</sup> gebildeten Fall – der Mann bekommt nach

fünfjähriger, kinderloser Ehe mit seiner Freundin ein Kind, seine Ehefrau, auf Grund von Krankheit unterhaltsbedürftig, verzeiht ihm und die Ehe hat Bestand – beispielsweise durchaus denkbar, dass ein Gericht die Ehe als langjährig ansieht mit der Folge, dass die Unterhaltsansprüche der betreuenden Freundin und der Anspruch der erkrankten Ehefrau auf Familienunterhalt (§ 1360 BGB) gleichrangig sind.

In der Diskussion um die vierte Rangstelle ist verschiedentlich angeregt worden, die Ansprüche volljähriger Kinder, soweit sie ausbildungsbedingt unterhaltsbedürftig sind, ebenfalls in den ersten Rang aufzunehmen.<sup>100</sup> Indessen erscheint es höchst problematisch, wenn das studierende Kind mit seinen Ansprüchen diejenigen der eigenen, auf Grund Alter, Krankheit oder Arbeitslosigkeit unterhaltsbedürftig gewordenen Mutter verdrängen sollte; hier wird wohl eher dem volljährigen Kind als dem Elternteil zugemutet werden können, für den eigenen Lebensunterhalt aufzukommen. Zu berücksichtigen ist auch, dass das studierende bzw. sich in Ausbildung befindliche Kind regelmäßig eine Ausbildungsvergütung erhalten wird oder Anspruch auf staatliche Ausbildungsför-

<sup>86</sup> Vgl. etwa *Willutzki*, ZKJ 2006, 334 (335 f., 337, 342); *Willutzki*, FPR 2005, 505 (506); *Willutzki*, FS Schwab (2005), 713 (728 f., 731); *Gerhardt*, FuR 2005, 529 (533 f.); *Peschel-Gutzeit*, FF 2005, 296 (299); wohl auch *Hohloch*, FPR 2005, 486 (489 f.). S. weiter die Stellungnahmen der Bundesrechtsanwaltskammer, FuR 2005, 403 (403) und des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge, NDV 2005, 270 (271).

<sup>87</sup> Vgl. *Andreß/Borgloh/Güllner/Wilking*, Wenn aus Liebe rote Zahlen werden – Über die wirtschaftlichen Folgen von Trennung und Scheidung (2003), 185 ff., 203 ff.

<sup>88</sup> Vgl. die Stellungnahmen des Deutschen Anwaltvereins, FuR 2005, 504 (507) und der Bundesrechtsanwaltskammer, FuR 2005, 403 (403).

<sup>89</sup> Vgl. zu den mit der Durchführung des begrenzten Realsplittings verbundenen Risiken, etwa in Bezug auf die gesetzliche Krankenversicherung des Unterhaltsberechtigten, zuletzt *Kundler*, ZFE 2006, 86 ff.

<sup>90</sup> Vgl. *Willutzki*, FPR 2005, 505 (506); *Gerhardt*, FuR 2005, 529 (534); *Willutzki*, ZKJ 2006, 334 (335 f.).

<sup>91</sup> So ausdrücklich *Gerhardt*, FuR 2005, 529 (534).

<sup>92</sup> Vgl. *Peschel-Gutzeit*, FF 2005, 296 (300 ff.); *Willutzki*, FPR 2005, 505 (506 f.) sowie die Stellungnahmen des Deutschen Familiengerichtstages von Juli 2005, www.dfgt.de, und des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge, NDV 2005, 270 (271). S. auch die diesbezügliche Empfehlung von *Luthin*, FPR 2004, 567 (572).

<sup>93</sup> Vgl. *Schwab*, FamRZ 2005, 1417 (1422).

<sup>94</sup> Zutreffend daher *Willutzki*, FPR 2005, 505 (506).

<sup>95</sup> Zutreffend *Peschel-Gutzeit*, ZRP 2005, 177 (178); *Berringer*, in: Berghahn (Hrsg.), Unterhalt für Erwachsene – Recht und Wirklichkeit in Deutschland (2006) (erscheint demnächst im Nomos-Verlag, Baden-Baden). I. Erg. auch *Eschenbruch/Klinkhammer/Wohlgemuth*, Unterhaltsprozess (4. Aufl. 2006), Rn 3122b (Fn 524 und Text).

<sup>96</sup> Vgl. *Gerhardt*, FuR 2005, 529 (539); *Hauß*, FamRB 2006, 180 (181 f.).

<sup>97</sup> Vgl. *Peschel-Gutzeit*, ZRP 2005, 177 (180 f.); *Schwab*, FamRZ 2005, 1417 (1424); *Borth*, FamRZ 2006, 813 (818) sowie die Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer, FuR 2005, 403 (403).

<sup>98</sup> Vgl. *Grundmann*, FF 2005, 213 (215).

<sup>99</sup> FamRZ 2005, 1417, 1422.

<sup>100</sup> Vgl. die Stellungnahmen der Bundesrechtsanwaltskammer, FuR 2005, 403 (403), sowie des Deutschen Familiengerichtstages von Juli 2005, www.dfgt.de (Einstellung in den 3. Rang zusammen mit den Unterhaltsansprüchen von Ehegatten, die nicht in den 2. Rang fallen) und des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge, NDV 2005, 270 (271).

derung hat, die unter bestimmten Umständen sogar elternunabhängig gewährt wird.<sup>101</sup>

### 3. Vereinfachung beim Verfahren der elterlichen Unterhaltsbestimmung (§ 1612 Abs. 2 BGB-Entwurf)

Durch die Neufassung von § 1612 Abs. 2 BGB-Entwurf wird das bislang in § 1612 Abs. 2 Satz 2 BGB geregelte, eigenständige familiengerichtliche Verfahren zur Änderung einer elterlichen Unterhaltsbestimmung abgeschafft. Obwohl das Verfahren zur Abänderung der Unterhaltsbestimmung in der Praxis keine große Bedeutung hat,<sup>102</sup> können sich hierbei gleichwohl vielfältige Probleme ergeben, die zu einer umfangreichen obergerichtlichen Rechtsprechung geführt haben: In erster Linie geht es dabei um die Frage, ob über das Abänderungsverlangen inzident im Unterhaltsprozess entschieden werden kann oder ob ein eigenes Verfahren eingeleitet werden muss. Soweit es als gesondertes FGG-Verfahren angesehen wird, bereitet bisweilen die funktionale Zuständigkeitsverteilung zwischen Rechtspfleger und Richter Schwierigkeiten. Unsicherheiten bestehen schließlich auch, wenn für Abänderungsverfahren und Unterhaltsprozess verschiedene Gerichte örtlich zuständig sind.<sup>103</sup>

Die Probleme, die sich aus dem möglichen Nebeneinander von zwei gerichtlichen Verfahren ergeben können, erübrigen sich, wenn künftig nur noch ein einziges Verfahren zu führen ist und im Rahmen des Unterhaltsprozesses geklärt wird, ob die elterliche Unterhaltsbestimmung wirksam und damit für das Gericht bindend ist. Für das Kind ergeben sich keine Nachteile, da der Änderungsmaßstab in der Sache unverändert bleibt: Eine der Forderung des Kindes entgegenstehende Unterhaltsbestimmung kann abgeändert werden, sofern auf die Belange des Kindes nicht die gebotene Rücksicht genommen wurde. Die Erwägungen, die bislang im Rahmen der „besonderen Gründe“ nach § 1612 Abs. 2 Satz 2 BGB angestellt wurden, sind künftig bei der Prüfung des Merkmals der „gebotenen Rücksicht“ einzustellen. Die Unterhaltsbestimmung ist wirksam, soweit die „gebotene Rücksicht“ genommen wurde; andernfalls nicht. Die Änderung ist auf eine sehr positive Resonanz gestoßen, weil künftig nur noch ein einziges Verfahren zu führen ist, die Gesamtdauer einer Auseinandersetzung zwischen Eltern und Kind verkürzt und die Gerichte entlastet werden.<sup>104</sup>

### 4. Mindestunterhalt für minderjährige Kinder (§ 1612a BGB-Entwurf)

#### a) Die Neuregelung

Die Einführung eines Mindestunterhalts trägt einer von vielen Seiten erhobenen Reformforderung Rechnung.<sup>105</sup> Im neuen § 1612a BGB soll der unterhaltsrechtliche Mindest(bar-)bedarf minderjährigen Kinder gesetzlich festgeschrieben werden. Es handelt sich hierbei um denjenigen Unterhaltsbetrag, auf den

das Kind grundsätzlich Anspruch hat. Trotz der Bezeichnung als „Mindestunterhalt“ bleibt es jedoch bei den allgemeinen unterhaltsrechtlichen Grundsätzen und damit auch dabei, dass nur derjenige, der ausreichend leistungsfähig ist, unterhaltspflichtig sein kann (§ 1603 Abs. 1 BGB): Die Zahlung des Mindestunterhalts steht deshalb immer unter dem Vorbehalt der Leistungsfähigkeit des Pflichtigen. Da der Selbstbehalt des Unterhaltspflichtigen nicht tangiert werden darf, ist es grundsätzlich möglich, dass für den Kindesunterhalt nur ein Betrag verbleibt, der hinter dem Mindestunterhalt zurückbleibt.<sup>106</sup>

Der Mindestunterhalt wird bestimmt durch eine Bezugnahme auf das Steuerrecht. Ansatzpunkt ist das Einkommensteuerrecht: Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist der existenznotwendige Bedarf von Kindern von der Einkommensteuer zu verschonen.<sup>107</sup> Deshalb gewährt das Steuerrecht dem Steuerpflichtigen einen Kinderfreibetrag, der sicherstellt, dass der für das sächliche Existenzminimum des Kindes erforderliche Teil des Einkommens des Steuerpflichtigen steuerfrei bleibt (§ 32 Abs. 6 Satz 1 EStG). Ermittelt wird das sächliche Existenzminimum eines Kindes mit Hilfe des alle zwei Jahre von der Bundesregierung erstellten Existenzminimumberichts.<sup>108</sup> Dort wird anhand der durchschnittlichen sozialhilferechtlichen Regelsätze und von statistischen Berechnungen der durchschnittlichen Aufwendungen für Wohn- und Heizkosten das sächliche Existenzminimum eines Kindes dargestellt. Dieser Wert gilt als Orientierungsgröße für die Höhe des einkommensteuerrechtlichen Kinderfreibetrages, der für den einzelnen Steuerpflichtigen derzeit jährlich 1.824 EUR beträgt. Die Beträge beider Elternteile zusammen (3.648 EUR) decken das sächliche Existenzminimum des Kindes ab. Da der Barunterhalt stets monatlich zu zahlen ist (§ 1610 Abs. 3 BGB), beträgt der Mindestunterhalt ein Zwölftel des doppelten steuerrechtlichen Kinderfreibetrages und damit derzeit 304 EUR monatlich.

<sup>101</sup> Sog. Vorausleistung von Ausbildungsförderung nach § 36 BAföG.

<sup>102</sup> Vgl. *Gerhardt*, FuR 2005, 529 (535) sowie die ausführlichen rechtstatistischen Angaben bei *Cl. Schmidt*, Das Unterhaltsbestimmungsrecht der Eltern gem. § 1612 Abs. 2 BGB (2003), 165 f.: Danach haben im Jahr 2001 fast 60 % der befragten Familienrichter und Rechtspfleger erklärt, bislang im Rahmen ihrer Tätigkeit noch kein Verfahren zur Abänderung einer elterlichen Unterhaltsbestimmung bearbeitet zu haben.

<sup>103</sup> Vgl. ausf. *Menne*, JAmt 2005, 433 (438) sowie zuletzt OLG Köln OLGR Köln 2006, 154 f. = ZKJ 2006, 296 f. (Entscheidung über den Abänderungsantrag im Rahmen der Zahlungsklage).

<sup>104</sup> Vgl. *Erdrich*, FPR 2005, 490 (492); *Gerhardt*, FuR 2005, 529 (535) sowie die Stellungnahmen des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge, NDV 2005, 270 (271) und des Deutschen Anwaltvereins, FuR 2005, 504 (506).

<sup>105</sup> Vgl. insbesondere die Reformforderungen des 15. DFGT, Brühler Schriften zum Familienrecht (2004), 113 f. sowie *Luthin/Schumacher*, Handbuch des Unterhaltsrechts (10. Aufl. 2004), Rn 3152; *Luthin*, FPR 2004, 567 (572); *Luthin*, FamRZ 2003, 1377 (1378); *Graba*, FamRZ 2003, 129 (133); *Schürmann*, FamRZ 2002, 1440 ff.; *Luthin*, FamRZ 2001, 334 ff. S. auch *Diehl*, FPR 2002, 77 f.; *Heger*, FamRZ 2001, 1409 (1414).

<sup>106</sup> Vgl. *Luthin/Schumacher*, Handbuch des Unterhaltsrechts (10. Aufl. 2004), Rn 3153; *Schürmann*, FamRZ 2002, 1440 (1442).

<sup>107</sup> Vgl. BVerfGE 99, 216.

<sup>108</sup> Zuletzt 5. Existenzminimumbericht der Bundesregierung, BT-Drucks 15/2462 (Februar 2004).

Die Anknüpfung des Mindestunterhalts an das Steuerrecht bietet erhebliche Vorteile: Die Regelbetrag-Verordnung wird nicht mehr benötigt und damit entfällt die umständliche Anpassung der Regelbeträge. Da der Kinderfreibetrag bundeseinheitlich gilt, entfällt auch die bisherige, auf die Regelbetrag-Verordnung zurückgehende Differenzierung der Unterhaltshöhe danach, ob das Kind in West- oder in Ostdeutschland lebt.<sup>109</sup> Der Mindestunterhalt kann auch weiter Rechengröße bleiben, der die Dynamisierung des Individualunterhalts minderjähriger Kinder ermöglicht und Anknüpfungspunkt ist für die Statthaftigkeit des vereinfachten Verfahrens nach §§ 645 ff. ZPO.

## b) Diskussionsstand

Das neue Konzept wurde praktisch einhellig begrüßt.<sup>110</sup> Die Neuregelung wird insgesamt als ein Fortschritt gegenüber der heutigen Gesetzeslage angesehen, weil die Regelung nicht nur klar und praktikabel ist, sondern auch, weil der gewählte Bezugspunkt überzeugt und der Verzicht auf die Regelbetrag-Verordnung zu einer Vereinfachung führt.<sup>111</sup> Ein weiterer, allseits begrüßter Fortschritt ist die Angleichung der Unterhaltssätze in Ost- und Westdeutschland.<sup>112</sup>

Kritisiert wird, dass die Neuregelung in Einzelfällen zu einem Absinken der Zahlbeträge führen kann.<sup>113</sup> Dies ist jedoch nicht Folge der Neuregelung, sondern ein Mangel der derzeitigen Regelung, der erst durch die geplante Änderung deutlich sichtbar wurde: Derzeitiger Maßstab zur Bestimmung des Existenzminimums sind die Regelbeträge und damit über § 1612a Abs. 4 und 5 BGB die Entwicklung der durchschnittlich verfügbaren Arbeitsentgelte. Die Arbeitsentgelte sind in den vergangenen Jahren jedoch stärker gestiegen als der existenzsichernde Bedarf eines Kindes. Mit anderen Worten: Der aus § 1612b Abs. 5 BGB abgeleitete Mindestbedarf liegt mittlerweile über dem Existenzminimum eines Kindes nach dem Existenzminimumbericht. Dies ist in der Literatur<sup>114</sup> bereits wiederholt kritisiert worden. Aber auch die Rechtsprechung<sup>115</sup> hat die Diskrepanz erkannt und darauf hingewiesen, dass der Gesetzgeber gehalten ist, zu prüfen, ob die heutige, unter Zuhilfenahme von Bezugsgrößen mit prozentualen Aufschlägen in § 1612b Abs. 5 BGB gewählte Bemessung noch tauglich ist, um das Existenzminimum eines Kindes zutreffend abzubilden. Völlig zu Recht wurde darauf hingewiesen, dass über die „135 %-Regelung“ dem Kind kein das tatsächliche Existenzminimum übersteigender Unterhalt zugesprochen werden kann, solange der Unterhaltspflichtige selbst nur über das Existenzminimum verfügt.<sup>116</sup> Dies wird durch die Neuregelung vermieden. Auch die weitere Kritik, es sei nicht einsehbar, weshalb der Mindestunterhalt in der ersten Altersgruppe weniger als 100 % betrage,<sup>117</sup> überzeugt nicht: Das steuerrechtliche Existenzminimum, an das die Neuregelung anknüpft, kennt keine Altersstufen. Da die im Unterhaltsrecht bewährten drei Altersstufen nach allgemeiner Auffassung und aus guten Gründen<sup>118</sup> beibehalten werden sollen,

ist der steuerrechtliche „Einheitswert“ auf drei Altersstufen umzubrechen. Das kann nur in der Weise geschehen, dass das volle Existenzminimum der zweiten Altersstufe zugewiesen wird und die Werte der beiden anderen Altersstufen etwas unter- bzw. oberhalb angesiedelt sind. Wenn man 100 % des Mindestunterhalts bereits in der ersten Altersstufe gewähren wollte, würde sich unter Berücksichtigung auch der Sätze der beiden anderen Altersstufen ein Unterhaltsniveau ergeben, das oberhalb des sächlichen Existenzminimums liegen würde. Das kommt nicht in Betracht. Ein echter „Mindestunterhalt“ könnte mit einer solchen Lösung weder dargestellt noch dem Unterhaltspflichtigen vermittelt werden.

## 5. Neuregelung der Kindergeldverrechnung (§ 1612b BGB-Entwurf)

### a) Die Neuregelung

Die wichtigste Änderung im überarbeiteten Referentenentwurf stellt die Neufassung von § 1612b BGB-Entwurf dar. Die Frage, wie sich das staatliche Kindergeld auf den Kindesunterhalt auswirkt, wird neu geregelt. Die Vorschrift soll künftig folgende Fassung erhalten:

§ 1612b Deckung des Barbedarfs durch Kindergeld

(1) Das auf das Kind entfallende Kindergeld ist zur Deckung seines Barbedarfs zu verwenden:

1. zur Hälfte, wenn ein Elternteil seine Unterhaltspflicht durch Betreuung des Kindes erfüllt (§ 1606 Abs. 3 Satz 2);
2. in allen anderen Fällen in voller Höhe.

In diesem Umfang mindert es den Barbedarf des Kindes.

<sup>109</sup> Vgl. Art. 5 § 1 KindUG, § 2 Regelbetrag-VO.

<sup>110</sup> Vgl. *Gerhardt*, FuR 2005, 529 (535 f.); *Finke*, FPR 2005, 477 ff.; *Willutzki*, ZKJ 2006, 344 (337 f.) sowie die Stellungnahmen des Deutschen Familiengerichtstages von Juli 2005, www.dfgt.de, des Deutschen Richterbundes von Juli 2005, www.drj.de, des Deutschen Anwaltvereins, FuR 2005, 504 (506), des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge, NDV 2005, 270 (271 f.), des Deutschen Instituts für Jugendhilfe und Familienrecht, www.dijuf.de, und der Ständigen Fachkonferenz 3: Familienrecht und Beistandschaft, Amtsvormundschaft des Deutschen Instituts für Jugendhilfe und Familienrecht, Heidelberg, JAmt 2005, 344 (345).

<sup>111</sup> Vgl. *Finke*, FPR 2005, 477 (478 f.).

<sup>112</sup> Vgl. etwa die Stellungnahme des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge, NDV 2005, 270 (272) und der Ständigen Fachkonferenz 3: Familienrecht und Beistandschaft, Amtsvormundschaft des Deutschen Instituts für Jugendhilfe und Familienrecht, Heidelberg, JAmt 2005, 344 (345).

<sup>113</sup> Vgl. etwa die Stellungnahme der Ständigen Fachkonferenz 3: Familienrecht und Beistandschaft, Amtsvormundschaft des Deutschen Instituts für Jugendhilfe und Familienrecht, Heidelberg, JAmt 2005, 344 (345).

<sup>114</sup> Vgl. *Gerhardt*, FuR 2005, 529 (535 f.); *Finke*, FPR 2005, 477 (478); *Schürmann*, FF 2003, 210 (212); *Luthin*, FPR 2004, 567 (572); *Menne*, KindPrax 2005, 136 (136 f.).

<sup>115</sup> Vgl. BGH FamRZ 2005, 706 (707).

<sup>116</sup> Vgl. *Finke*, FPR 2005, 477 (478).

<sup>117</sup> Vgl. etwa die Stellungnahme des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge, NDV 2005, 270 (272).

<sup>118</sup> *Helmke*, FPR 2005, 483 (483) verweist auf die Berechnungen des Statistischen Bundesamts, aus denen sich ergibt, dass die bewährten Altersstufen die tatsächlichen Verhältnisse relativ genau widerspiegeln.

(2) Ist das Kindergeld wegen der Berücksichtigung eines nicht gemeinschaftlichen Kindes erhöht, ist es im Umfang der Erhöhung nicht bedarfsmindernd zu berücksichtigen.

## b) Problemaufriss

§ 1612b BGB bezweckt den internen Ausgleich des staatlichen Kindergeldes zwischen dem nach § 64 EStG bzw. § 1 BKGG bezugsberechtigten Elternteil und dem anderen Elternteil, dem das Gesetz ebenfalls einen eigenen Anspruch auf Kindergeld zubilligt.<sup>119</sup> Der notwendige Innenausgleich zwischen beiden Elternteilen erfolgt traditionell im Wege der Verrechnung mit dem Barunterhalt des Kindes und damit nicht im Steuerrecht, sondern unter Einbeziehung des Unterhaltsrechts.

Die heutige Fassung von § 1612b BGB geht auf das Kindesunterhaltsgesetz<sup>120</sup> zurück. Damals wurden der frühere § 1615g BGB, der nur für außerhalb einer bestehenden Ehe der Eltern geborene Kinder galt, und die von der Rechtsprechung entwickelten, für innerhalb einer bestehenden Ehe geborenen Kinder geltenden Grundsätze zur anteiligen Anrechnung des Kindergelds zu einer alle Kinder umfassenden Bestimmung zusammengefasst. Durch Gesetz vom 2. November 2000<sup>121</sup> wurde § 1612b Abs. 5 BGB geändert und ein teilweises „Anrechnungsverbot“ eingeführt. Seither unterbleibt eine Anrechnung von Kindergeld, soweit der Unterhaltspflichtige außerstande ist, Unterhalt in Höhe von 135 % des Regelbetrages nach der Regelbetrag-Verordnung zu leisten.

Trotz dieser Reformen sind nach wie vor eine Reihe von Unsicherheiten und Zweifelsfragen im Zusammenhang mit der unterhaltsrechtlichen Behandlung des Kindergeldes nur unzureichend geklärt oder stehen im Streit. In erster Linie ist die Kritik des Bundesverfassungsgerichts zu nennen, wonach die Kompliziertheit der Kindergeldanrechnung sowie deren schwer durchschaubare Wechselwirkung mit den sozial- und steuerrechtlichen Bestimmungen unter dem Gesichtspunkt der Normenklarheit bedenklich sei.<sup>122</sup> Tatsächlich weicht die Behandlung des Kindergeldes im Sozialrecht von derjenigen im Unterhaltsrecht ab: Im Sozialrecht wird das Kindergeld für minderjährige Kinder dem jeweiligen Kind nach Maßgabe von §§ 11 Abs. 1 SGB II, 82 Abs. 1 Satz 2 SGB XII als Einkommen zugerechnet mit der Folge, dass der individuelle Hilfebedarf entsprechend gemindert ist.<sup>123</sup> Unterhaltsrechtlich ergeben sich insbesondere Schwierigkeiten bei der Kindergeldverrechnung im Fall von volljährigen Kindern, die in der Fachdiskussion wiederholt thematisiert worden sind.<sup>124</sup> Mit Urteil vom 26. Oktober 2005 hat schließlich der Bundesgerichtshof<sup>125</sup> eine generelle Abkehr von der bislang üblichen Anrechnung des Kindergelds vollzogen und sich bei volljährigen Kindern für eine unmittelbar bedarfsdeckende Anrechnung des Kindergelds entschieden.

## c) Vorzüge der Neuregelung

Mit der Neuregelung wird versucht, die aufgezeigten Missstände zu beseitigen. Ausgangspunkt der Überlegungen ist, dass

das Kindergeld zwar den Eltern ausbezahlt wird, es sich hierbei aber um eine zweckgebundene, der Familie für das Kind zustehende Leistung handelt. Dieser Zweckbestimmung entsprechend soll das jeweilige, auf das Kind entfallende Kindergeld künftig von dessen Unterhaltsbedarf vorweg abgesetzt werden. Das bedeutet für das minderjährige Kind, dass sich dessen Barunterhaltsbedarf entsprechend dem Grundsatz der Gleichwertigkeit von Bar- und Betreuungsunterhalt (§ 1606 Abs. 3 Satz 2 BGB) um das halbe Kindergeld mindert (§ 1612b Abs. 1 Nr. 1 BGB-Entwurf). Der barunterhaltspflichtige Elternteil hat einen entsprechend geringeren Zahlbetrag zu leisten. Die andere Hälfte des Kindergelds unterstützt den betreuenden Elternteil bei der Erbringung der Betreuungsleistung. Wenn das Kind volljährig ist bzw. es zwar minderjährig ist, aber nicht durch die Eltern betreut wird und deshalb von beiden Elternteilen Barunterhalt zu leisten ist, wird das auf das Kind entfallende Kindergeld voll auf den Bedarf angerechnet (§ 1612b Abs. 2 Nr. 2 BGB-Entwurf). Der verbleibende Restbedarf ist von den barunterhaltspflichtigen Eltern entsprechend ihrer Leistungsfähigkeit anteilig zu decken. Im Ergebnis wird damit das Kindergeld zwischen den Eltern entsprechend dem Verhältnis ihrer Unterhaltsbeiträge ausgeglichen. Das ist wesentlich gerechter als die bisherige, streng hälftige Aufteilung. Die Neuregelung greift damit Grundgedanken der Entscheidung des Bundesgerichtshofs<sup>126</sup> auf und trägt der entsprechenden Kritik in Literatur<sup>127</sup> und Rechtsprechung<sup>128</sup> Rechnung. Die Vorschrift gewährt dem Kind gegen den Elternteil, der das Kindergeld bezieht, einen Anspruch auf Auskehrung. Dieser Anspruch besteht unabhängig von der unterhaltsrechtlichen Leistungsfähigkeit des kindergeldbeziehenden Elternteils. Selbst von einem leistungs-

<sup>119</sup> Vgl. §§ 32 Abs. 4, 62 Abs. 1 EStG bzw. § 1 BKGG.

<sup>120</sup> V. 6. April 1998, BGBl. I, 666.

<sup>121</sup> Gesetz zur Ächtung der Gewalt in der Erziehung und zur Änderung des Kindesunterhaltsrechts v. 2. November 2000, BGBl. I, 1479.

<sup>122</sup> Vgl. BVerfGE 108, 52 ff. = FamRZ 2003, 1371 ff.

<sup>123</sup> Vgl. Eicher/Spellbrink/Mecke, SGB II (2005), § 11 Rn 53.

<sup>124</sup> Vgl. hierzu die Kritik des 16. Deutschen Familiengerichtstages Brühl 2005 und die Empfehlungen des Vorstandes des DFGT, FamRZ 2005, 1962 (1963) sowie die entsprechenden Forderungen an den Gesetzgeber in den Stellungnahmen der Bundesrechtsanwaltskammer von Juli 2005, FuR 2005, 403 (406) und der Ständigen Fachkonferenz 3: Familienrecht und Beistandschaft, Amtsvormundschaft des Deutschen Instituts für Jugendhilfe und Familienrecht, Heidelberg, JAmt 2005, 344 (345) sowie JAmt 2006, 71 ff. = FamRZ 2006, 757 f. = FuR 2006, 205 ff. Ausführlich zur Problematik auch Soyka, FPR 2003, 53 (54 ff.); Soyka, FuR 2005, 97 ff., 157 ff.; Menne, ZKJ 2006, 76 (77).

<sup>125</sup> FamRZ 2006, 99 ff. mit Anmerkungen von Viefhues, FamRZ 2006, 103 ff.; Scholz, FamRZ 2006, 106 ff.; Menne, ZKJ 2006, 76 ff.

<sup>126</sup> Vgl. BGH FamRZ 2006, 99 (102).

<sup>127</sup> Vgl. Kalthoener/Büttner/Niepmann, Die Rechtsprechung zur Höhe des Unterhalts (9. Aufl. 2004), Rn 831; Weyhardt, FamRZ 1999, 828 f.; Becker, FamRZ 1999, 65 (66) sowie Schürmann, FamRZ 2005, 407 (410).

<sup>128</sup> Vgl. OLG Hamburg FamRZ 2003, 180 (183). Bis zur Neuregelung war die anteilmäßige Aufteilung des Kindergelds zwischen den Elternteilen entsprechend ihren Unterhaltsbeiträgen in der Rechtsprechung vorherrschend, vgl. BGH FamRZ 1981, 347 (349); BGH FamRZ 1997, 806 (809); OLG Hamm FamRZ 1997, 960 sowie Weber, NJW 1998, 1992 (1996).

unfähigen Elternteil kann das Kind also Zahlung des Kindergelds verlangen.<sup>129</sup> Daneben besteht noch die Möglichkeit der Abzweigung des Kindergelds, um es direkt an das Kind auszuzahlen.<sup>130</sup>

Die Neukonzeption, die von der Praxis bereits erste Zustimmung erfahren hat,<sup>131</sup> bietet entscheidende Vorteile: Die unterhaltsrechtliche Behandlung des Kindergelds wird künftig nicht nur klarer und verständlicher sein, sondern auch besser mit den steuer- und sozialrechtlichen Vorgaben harmonieren. Der steuer- bzw. kindergeldrechtliche Grundsatz, dass es sich beim Kindergeld um eine staatliche Leistung für das Kind an die Eltern handelt,<sup>132</sup> bleibt unberührt; die neu gefasste Norm trifft lediglich eine Entscheidung darüber, wie sich das Kindergeld unter Berücksichtigung seiner Zweckbestimmung unterhaltsrechtlich auswirkt. Weiter wird die Rechtsanwendung erheblich vereinfacht, weil das komplizierte und vielfach kritisierte „Anrechnungsverbot“ nach § 1612b Abs. 5 BGB entfällt: Auch im Mangelfall ist der Mindestunterhalt, verkürzt um das Kindergeld, zu zahlen – der Unterhaltspflichtige, der mangels Leistungsfähigkeit hierzu nicht in der Lage ist, ist durch den Selbstbehalt, der ihm verbleiben muss, ausreichend geschützt; darüber hinausgehende Einkünfte sind unterhaltspflichtig. Die Neuregelung ist schließlich gerechter, weil das Kindergeld in Fällen, in denen beide Elternteile barunterhaltspflichtig sind, zwischen ihnen im Verhältnis ihrer Unterhaltsbeiträge ausgeglichen wird.

## 6. Stärkung des Betreuungsunterhaltsanspruchs des nicht verheirateten Elternteils (§ 1615I Abs. 2 BGB-Entwurf)

### a) Allgemeines; Rechtsvergleich

Die Frage nach der Reformbedürftigkeit des Anspruchs eines nicht verheirateten Elternteils auf Betreuungsunterhalt hat in der jüngsten Zeit eine ganz eigene, besondere Dynamik erhalten. Triebfeder hierfür waren drei – zunächst nur zur Frage der Gewährung von Prozesskostenhilfe ergangene – Kammerbeschlüsse des Bundesverfassungsgerichts,<sup>133</sup> die Richtervorlagen nach Art. 100 GG des Kammergerichts<sup>134</sup> und des Oberlandesgerichts Hamm<sup>135</sup> sowie mehrere, gegen Ende des Jahres 2004 ergangene Entscheidungen des Bundesgerichtshofs<sup>136</sup> und schließlich, ganz aktuell, das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 5. Juli 2006 (Az. XII ZR 11/04). Die laufende Diskussion belegt die zunehmende Bedeutung des Unterhaltsanspruchs eines Elternteils, der ein außerhalb einer bestehenden Ehe der Eltern geborenes Kind pflegt und betreut: Vor dem Hintergrund des gesellschaftlichen Wandels ist das allerdings nicht verwunderlich. Denn der Anteil der außerhalb einer Ehe der Eltern geborenen Kinder nimmt seit Jahren stark zu. Wurden im Jahr 1993 erst 15 % aller Kinder außerhalb einer Ehe geboren, waren es im Jahr 2004 bereits 28 % aller Kinder.<sup>137</sup> Dabei liegt die deutsche Quote bei den nichtehelichen Geburten noch deut-

lich hinter derjenigen in manchen europäischen Nachbarstaaten. Diese beträgt beispielsweise in Frankreich, Dänemark, Finnland, Schweden oder in Großbritannien fast 40 % oder mehr.<sup>138</sup>

Auch bei einer hohen Nichtehelichenquote ist ein Betreuungsunterhaltsanspruch heute, wie ein kurzer Blick auf einige andere Rechtsordnungen innerhalb der Europäischen Union und der Schweiz zeigt, nach wie vor eher eine Ausnahme. Selbst in Ländern wie beispielsweise in Frankreich, wo 40 % der Kinder außerhalb einer bestehenden Ehe der Eltern geboren werden,<sup>139</sup> konnte die unverheiratete Mutter vom Vater des Kindes – neben dem Ersatz der Kosten der Mutterschaft – Unterhalt lediglich in einem Zeitraum von drei Monaten vor bis drei Monaten nach der Geburt verlangen.<sup>140</sup> Die weitergehende Unterstützung wird in Frankreich als eine sozialstaatliche Aufgabe angesehen.<sup>141</sup> Nach österreichischem Recht besteht ein zivilrechtlicher Unterhaltsanspruch der Mutter gegen den Kindesvater nur für die ersten sechs Wochen nach der Entbindung; die weitergehende Unterstützung wird auch hier als sozialstaatliche Aufgabe begriffen.<sup>142</sup> Ähnlich auch in der Schweiz. Das schweizerische Recht sieht zwar einen zivilrechtlichen Unterhalts-

<sup>129</sup> Scholz, FamRZ 2006, 106 (107) weist darauf hin, dass dies nach der Entscheidung BGH FamRZ 2006, 99 bereits heute im Fall eines volljährigen Kindes gilt.

<sup>130</sup> Vgl. § 74 EStG.

<sup>131</sup> Vgl. Willutzki, ZKJ 2006, 344 (338) („klar und einleuchtende Regelung“) sowie die dem Konzept weitgehend entsprechenden Forderungen der Ständigen Fachkonferenz 3: Familienrecht und Beistandschaft, Amtsvormundschaft des Deutschen Instituts für Jugendhilfe und Familienrecht, Heidelberg, von Oktober 2005, JAmt 2006, 71 (72 f.) = FamRZ 2006, 757 f. = FuR 2006, 2005 ff.

<sup>132</sup> Vgl. § 62 Abs. 1 EStG, § 1 BKGG.

<sup>133</sup> Die Beschlüsse datieren jeweils vom 4. Februar 2004 und betreffen die zeitliche Befristung des Unterhaltsanspruchs (BVerfG FuR 2004, 400 sowie BVerfG FF 2004, 116 = FPR 2004, 514) sowie unterschiedlich hohe Selbstbehalte der Unterhaltsansprüche nach § 1615I BGB und § 1570 BGB (BVerfG FamRZ 2004, 1013) (zur letzten Entscheidung jetzt BGH FamRZ 2005, 354).

<sup>134</sup> FamRZ 2004, 1895 ff. = KindPrax 2005, 68 ff.

<sup>135</sup> FamRZ 2004, 1893 m. Anm. Mehrle = FF 2004, 301.

<sup>136</sup> Vgl. BGH FamRZ 2005, 347 m. Anm. Schilling und Graba; BGH FamRZ 2005, 354; BGH FamRZ 2005, 357; BGH FamRZ 2005, 442 m. Anm. Schilling sowie ausf. Hahne, FS Schwab (2005), 783 (783 ff.) = FF 2006, 24 (25 ff.).

<sup>137</sup> Vgl. Kull, FPR 2005, 517 (517) sowie Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (Hrsg.), Die Familie im Spiegel der amtlichen Statistik (2003), 77 f.

<sup>138</sup> Vgl. Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (Hrsg.), Die Familie im Spiegel der amtlichen Statistik (2003), 89.

<sup>139</sup> Vgl. Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (Hrsg.), Die Familie im Spiegel der amtlichen Statistik (2003), 89.

<sup>140</sup> Vgl. Art. 340-5 Code civil. Die Bestimmung wurde im Zuge der französischen Kindschaftsrechtsreform mit Wirkung zum 1. Juli 2006 aufgehoben (Art. 18 Ordonnance Nr. 2005-759 v. 4. Juli 2005, J. O. v. 6. Juli 2005).

<sup>141</sup> Vgl. Art. L524-3ff Code de la Sécurité sociale sowie Puttfarcken, in: Dopffel (Hrsg.), Kindschaftsrecht im Wandel (1994), 181; Menne, FuR 2006, 67 (70) m.w.N.

<sup>142</sup> Vgl. § 168 Abs. 1 AGBG sowie Kulms, in: Dopffel (Hrsg.), Kindschaftsrecht im Wandel (1994), 42 f.; Marhold/Kapuy, ZIAS (Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht) 2003, 155 ff.

anspruch bis mindestens acht Wochen nach der Geburt vor, aber in der Praxis wird dieser Anspruch weitgehend vom Sozialrecht überlagert.<sup>143</sup> Als Beispiel aus dem anglo-amerikanischen Rechtskreis mag das englische Recht dienen: Unmittelbare unterhaltsrechtliche Beziehungen der Mutter eines nichtehelichen Kindes zum Vater wegen der Betreuung des Kindes sind dem englischen Recht fremd.<sup>144</sup> Aber auch dann, wenn ausländische Rechtsordnungen einen Unterhaltsanspruch gewähren, sind die Anspruchsvoraussetzungen häufig enger gefasst als nach deutschem Recht. So kann beispielsweise eine griechische Mutter eines außerhalb ihrer Ehe geborenen Kindes vom festgestellten Vater zwar Unterhalt verlangen, soweit sie außerstande ist, sich selbst zu unterhalten. Aber der Anspruch ist auf höchstens ein Jahr befristet.<sup>145</sup> Ähnlich auch in Tschechien. Zwar kann die nicht verheiratete Mutter vom Vater „einen angemessenen Beitrag zur Bestreitung des Unterhalts“ verlangen; dies aber für höchstens zwei Jahre.<sup>146</sup> Der kurze Überblick zeigt: Ein nicht verheirateter Elternteil, der sich auf § 16151 Abs. 2 BGB berufen kann, steht vergleichsweise gut da.<sup>147</sup> Aber auch im deutschen Recht besteht noch Reformbedarf.

## b) Geplante Reform

Mit der Unterhaltsrechtsreform soll der Unterhaltsanspruch des nicht verheirateten, betreuenden Elternteils weiter gestärkt werden. Die im deutschen Recht bestehende Diskrepanz zwischen dem Zeitraum, in dem ein getrennt lebender bzw. ein geschiedener Ehegatte, der ein gemeinschaftliches Kind betreut, Unterhalt fordern kann, und dem Zeitraum, in dem der nicht verheiratete, kinderbetreuende Elternteil vom anderen Teil Betreuungsunterhalt verlangen kann,<sup>148</sup> soll weiter verringert werden. Vorgesehen ist, die Schwelle, ab der eine Durchbrechung der dreijährigen Begrenzung des Betreuungsunterhaltsanspruchs eines nicht verheirateten Elternteils möglich ist, vom heutigen „grob unbillig“ (§ 16151 Abs. 2 Satz 3 BGB) auf eine „einfache“ Unbilligkeit abzusenken. Künftig soll der betreuende Elternteil bereits dann weitergehenden Unterhalt für sich fordern können, wenn es insbesondere unter Berücksichtigung der Belange des Kindes unbillig wäre, einen Unterhaltsanspruch nach Ablauf von drei Jahren seit der Geburt des Kindes zu versagen. Durch die Absenkung der Schwelle soll die bisherige, in diesem Bereich bestehende, insgesamt liberal ausgerichtete Rechtsprechung<sup>149</sup> gestärkt werden; ein verlängerter Betreuungsunterhaltsanspruch soll künftig unter erleichterten Voraussetzungen gewährt werden können.

Eine völlige Gleichstellung des Betreuungsunterhaltsanspruchs nach § 16151 Abs. 2 BGB mit demjenigen des getrennt lebenden bzw. geschiedenen Ehegatten (§§ 1361, 1570 BGB) wird – entgegen mancher rechtspolitischen Forderung<sup>150</sup> – nicht angestrebt. Dagegen spricht zunächst, dass es bei der Beendigung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft keine über das Ende der persönlichen Bezie-

hung fortbestehenden rechtlichen Bindungen gibt. Anders dagegen bei der Ehe: Trotz des Scheiterns der Ehe bleiben die Ehegatten im vorgegebenen gesetzlichen Rahmen zur nachehelichen Solidarität verpflichtet.<sup>151</sup> Gegen eine völlige Gleichstellung spricht weiter, dass es im Bereich nicht verheirateter Eltern kein klares Leitbild gibt. Eine schematische Gleichbehandlung einer kurzen, flüchtigen Affäre, aus der ein Kind hervorgegangen ist, mit einer lang andauernden, stabilen Verbindung erscheint auch im Licht der Art. 3 und Art. 6 GG schwer vorstellbar.<sup>152</sup> Das von der Reform verfolgte

<sup>143</sup> Vgl. Art. 295 Abs. 1 ZGB sowie Baseler Kommentar zum ZGB/*Breitschmid* (2. Aufl. 2002), Art. 295 ZGB Rn 2, 5; *Murer/Rumo-Junge*, ZIAS 2003, 146, 148 f.

<sup>144</sup> Vgl. *Ellger*, in: Dopffel (Hrsg.), *Kindschaftsrecht im Wandel* (1994), 458 f.

<sup>145</sup> Vgl. Art. 1503 Abs. 1 Nr. 2 ZGB, zitiert nach Bergmann/*Ferid-Kastrissios*, *Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht* (Loseblattsammlung, Stand 1. Juni 2001).

<sup>146</sup> Vgl. Art. 95 Abs. 1 Familiengesetz, zitiert nach Bergmann/*Ferid-Bohata*, *Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht* (Loseblattsammlung, Stand 1. Mai 2005); *Kubičková*, in: Dopffel (Hrsg.), *Kindschaftsrecht im Wandel* (1994), 551 f.

<sup>147</sup> Im Ergebnis auch *Berringer*, in: Berghahn (Hrsg.), *Unterhalt für Erwachsene – Recht und Wirklichkeit in Deutschland* (2006) (erscheint demnächst im Nomos-Verlag, Baden-Baden); *Wever*, FF 2005, 174 (176) = FS *Derleder* (2005), 625 (630); *Staudinger/Eichenhofer*, BGB (13. Bearb. 1997), § 16151 Rn 6; *Axmann*, *Die Auswirkungen des Art. 6 Abs. 5 GG auf Unterhaltsansprüche zwischen nicht miteinander verheirateten Eltern* (1999), 119.

<sup>148</sup> Nach der bisherigen, noch am „Altersphasenmodell“ orientierten Rechtsprechung kann vom betreuenden Elternteil eine Erwerbstätigkeit in der Regel nicht erwartet werden, bevor das Kind nicht 8 Jahre alt ist bzw. die zweite Grundschulklasse beendet hat (vgl. Palandt/*Brudermüller*, BGB [65. Aufl. 2006], § 1570 Rn 9).

<sup>149</sup> Vgl. zuletzt etwa OLG Düsseldorf FamRZ 2005, 1772 = FamRB 2005, 39 f. m. Anm. *Menne* (Durchbrechung, wenn die Eltern viele Jahre zusammengelebt haben, aus der Verbindung zwei Kinder hervorgegangen sind und der Vater zugesagt hat, für die gesamte Familie sorgen zu wollen) sowie OLG Frankfurt/M. FamRB 2005, 193 (der Umstand, dass die zu betreuenden Kinder 8 bzw. 11 Jahre alt sind und damit jenseits der in § 16151 Abs. 2 BGB genannten Altersgrenze, rechtfertigt es für sich allein nicht, der betreuenden Mutter für ihre Unterhaltsklage Prozesskostenhilfe zu verweigern); OLG Hamm NJW 2005, 297 (Verlängerung im Fall eines an rheumatischer Polyarthritiden leidenden, besonders betreuungsbedürftigen sechsjährigen Kindes); OLG Düsseldorf FamRZ 2003, 184 (fast fünfjähriges Kind benötigt auf Grund motorischer Defizite eine Langzeittherapie); OLG Celle FamRZ 2002, 636 (Verlängerung auf Grund von Eingewöhnungsschwierigkeiten des Kindes im Kindergarten). Als Belange des betreuenden Elternteils, die eine Durchbrechung der zeitlichen Begrenzung zu rechtfertigen vermögen, wurden beispielsweise anerkannt der drohende Abbruch der Ausbildung der Mutter (OLG Karlsruhe FamRZ 2004, 974 = NJW 2004, 523); eine psychische Erkrankung des betreuenden Elternteils, der deshalb nur einer Halbtagsstätigkeit nachgehen kann (OLG Schleswig FamRZ 2004, 975 – bestätigt von BGH, Urteil vom 5. Juli 2006, Az. XII ZR 11/04) oder eine beabsichtigte Lebensgemeinschaft der Eltern, aus der zwei Kinder hervorgegangen sind (OLG Frankfurt/M. FamRZ 2000, 1522).

<sup>150</sup> Vgl. *Müller*, DAVorm 2000, 829 (834 ff.); *Puls*, FamRZ 1998, 865 (867, 876); *Peschel-Gutzeit/Jenckel*, FuR 1996, 129 (136).

<sup>151</sup> Vgl. *Wever*, FF 2005, 174 (176) = FS *Derleder* (2005), 625 (629); *Göppinger/Wax/Mauerer*, *Unterhaltsrecht* (8. Aufl. 2003), Rn 1211; *Wever*, in: Schnitzler (Hrsg.), *Münchener Anwaltshandbuch Familienrecht* (2002), § 11 Rn 145, 147; *Bittner*, FamRZ 2000, 781 (786); *Wever/Schilling*, FamRZ 2000, 581 (583 f.); *Derleder*, DEuFamR 1999, 84 (90, 92); *Wellenhofer-Klein*, FuR 1999, 448 (452 f., 454).

<sup>152</sup> Vgl. *Wever/Schilling*, FamRZ 2000, 581 (585 f.); *Wellenhofer-Klein*, FuR 1999, 448 (453 f.).

Konzept ist in der Fachdiskussion auf breite Zustimmung gestoßen.<sup>153</sup>

## IV. Übergangsvorschriften

### 1. Grundgedanken der Regelung

Anders als noch im Referentenentwurf sind im Regierungsentwurf die materiell-rechtlichen und die verfahrensrechtlichen Übergangsvorschriften in einer Norm zusammengefasst worden; sie sollen nunmehr in einen eigenen, neuen Paragraphen der EGZPO (voraussichtlich § 35)<sup>154</sup> eingestellt werden. Die zentrale Bestimmung lautet wie folgt:

1. Ist über den Unterhaltsanspruch vor dem (*Tag des Inkrafttretens dieses Gesetzes*) rechtskräftig entschieden, ein vollstreckbarer Titel errichtet oder eine Unterhaltsvereinbarung getroffen worden, sind Umstände, die vor diesem Tag entstanden und durch das Gesetz zur Änderung des Unterhaltsrechts erheblich geworden sind, nur zu berücksichtigen, soweit eine wesentliche Änderung der Unterhaltsverpflichtung eintritt und die Änderung dem anderen Teil unter Berücksichtigung seines Vertrauens in die getroffene Regelung zumutbar ist.
2. Die in Nummer 1 genannten Umstände können bei der erstmaligen Änderung eines vollstreckbaren Unterhaltstitels nach dem (*Tag des Inkrafttretens dieses Gesetzes*) ohne die Beschränkungen des § 323 Abs. 2 und des § 767 Abs. 2 der Zivilprozessordnung geltend gemacht werden.

Die Abfassung der Übergangsvorschriften stellte eine große Herausforderung dar. Denn einerseits war zu berücksichtigen, dass das neue Recht auch solche Unterhaltsansprüche erfassen soll, die bereits vor dem Inkrafttreten der Neuregelung entstanden sind. Andererseits ist nicht zu verkennen, dass in Fällen, in denen der Unterhaltstatbestand bereits vor der Neuregelung verwirklicht wurde, ein schützenswertes Interesse am Fortbestand der geltenden Regelung bestehen kann. Deshalb wurde ein Mittelweg beschritten: Das neue Recht, das zu gerechteren und besser akzeptierten Ergebnissen führen wird, gilt zwar für alle Unterhaltsansprüche unter Einschluss der „Altfälle“.<sup>155</sup> Um aber in „Altfällen“ einen Vertrauensschutz sicherzustellen und um zu verhindern, dass die Gerichte mit einer Flut von Abänderungsverlangen belastet werden, sieht die Übergangsvorschrift zwei Einschränkungen vor: Eine Abänderung bestehender Regelungen kommt nur in Betracht, wenn es dadurch zu einer wesentlichen Änderung der Unterhaltsverpflichtung kommt. Die „Wesentlichkeit“ ist dabei wie in § 323 Abs. 1 ZPO zu verstehen; in einer Gesamtschau ist zu prüfen, in welchem Umfang sich die für die Unterhaltsverpflichtung und -bemessung maßgeblichen Verhältnisse geändert haben.<sup>156</sup> Weiter muss die Änderung dem anderen Teil unter Berücksichtigung seines Vertrauens in die getroffene Regelung zumutbar sein. Das betrifft einmal Fälle, in denen beispielsweise der Unterhaltsempfänger sich in seiner Lebensführung auf die Leistung eingestellt

hat und jetzt, etwa auf Grund seines Alters oder fehlender Möglichkeiten zu einer beruflichen Umorientierung, gar nicht oder nur noch mit unverhältnismäßiger Mühe auf eine Änderung reagieren kann. In Betracht kommen aber auch Rückwirkungen der Änderung in einem Unterhaltsverhältnis auf ein anderes Verhältnis; etwa, wenn Kinder auf Grund eines besseren Rangs höheren Unterhalt fordern können, aber die Leistungsfähigkeit des Pflichtigen nahezu erschöpft ist, weil er außer den Kindern auch noch gegenüber einem geschiedenen Ehegatten unterhaltspflichtig ist. Die „Zumutbarkeit“ erlaubt es, zu einer dem Einzelfall gerecht werdenden, billigen Lösung zu gelangen.

Damit Umstände, die zwar bislang schon vorlagen, aber noch nicht erheblich waren, in ein Abänderungsverfahren eingeführt werden können, bestimmt § 35 Nr. 2 EGZPO-Entwurf, dass die Präklusionsvorschriften der §§ 323 Abs. 2, 767 Abs. 2 ZPO bei der erstmaligen Änderung eines vollstreckbaren Unterhaltstitels nicht gelten.

Auf der Grundlage der Regelbetrag-Verordnung erstellte Kindesunterhaltstitel gelten fort. Der ausgewiesene Unterhaltssatz ist im Vollstreckungsverfahren unter Berücksichtigung der neuen Kindergeldverrechnung auf den neuen Mindestunterhalt umzurechnen. Auf Grund der schlechten Erfahrungen mit dem Unterhaltstitelanpassungsgesetz<sup>157</sup> – nämlich einer völligen Überlastung der Rechtspfleger und des Geschäftsbetriebs vieler Familiengerichte auf Grund einer wahren Flut von Umstellungsanträgen – ist ein gesondertes Umstellungsverfahren nicht vorgesehen.<sup>158</sup> Daneben bleibt natürlich, wenn der Titel aus anderen Gründen zu ändern ist, eine Abänderung nach den Grundsätzen des § 35 Nr. 1, 2 EGZPO-Entwurf möglich.

### 2. Stand der Diskussion

„Zufriedenheit aller Beteiligten ist dem deutschen Unterhaltsrecht fremd.“ Diese Bemerkung von *Dieter Schwab*<sup>159</sup> scheint

<sup>153</sup> Vgl. *Gerhardt*, FuR 2005, 529 (536); *Schilling*, FPR 2005, 513 ff. und wohl auch *Schwab*, FamRZ 2005, 1417 (1421). Grundsätzlich zustimmend auch die Stellungnahmen des Deutschen Familiengerichtstages von Juli 2005, www.dfgt.de, des Deutschen Anwaltvereins, FuR 2005, 504 (506) und der Ständigen Fachkonferenz 3: Familienrecht und Beistandschaft, Amtsvormundschaft des Deutschen Instituts für Jugendhilfe und Familienrecht, Heidelberg, JAmt 2005, 344 (345). *Peschel-Gutzeit*, FF 2005, 296 (302), und *Schilling*, FPR 2005, 513 (514 ff.) sowie der Deutsche Verein für öffentliche und private Fürsorge, NDV 2005, 270 (272) stimmen der Reform zwar zu, sehen aber einen weitergehenden Reformbedarf.

<sup>154</sup> Die Übergangsvorschrift soll an die erste freie Stelle der EGZPO eingestellt werden; derzeit ist das § 35 EGZPO.

<sup>155</sup> Ausgenommen sind lediglich Unterhaltsleistungen, die vor dem Tag des Inkrafttretens des Gesetzes fällig geworden sind oder den Unterhalt für Ehegatten betreffen, die nach dem bis zum 30. Juni 1977 geltenden Recht geschieden worden sind; diese Ansprüche bleiben unberührt (vgl. § 35 Nr. 6 EGZPO-Entwurf).

<sup>156</sup> Vgl. *Hoppenz*, Familiensachen (8. Aufl. 2005), § 323 ZPO Rn 30 ff.; *Johannsen/Henrich/Brudermüller*, Eherecht (4. Aufl. 2003), § 323 ZPO Rn 77 ff.

<sup>157</sup> Art. 4 des Gesetzes zur Ächtung der Gewalt in der Erziehung und zur Änderung des Kindesunterhaltsrechts vom 2. November 2000, BGBl. I, 1479. Das Gesetz ist mit Wirkung zum 1. Januar 2006 außer Kraft getreten.

<sup>158</sup> Bemängelt wird das von *Gerhardt*, FuR 2005, 529 (537).

für die Übergangsregelungen leider in ganz besonderem Maß zu gelten. Relativ schnell haben sich nämlich zwei Extrempositionen, die in diesem Bereich denkbar sind, herauskristallisiert: Auf der einen Seite werden Ängste vor einem unverhältnismäßigen Eingriff in die langfristige Lebensplanung geschürt und eine „Neuaufgabe längst entschiedener Unterhaltsschlachten“<sup>160</sup> befürchtet<sup>161</sup> – die Verfechter dieser Auffassung fordern daher nachdrücklich einen absoluten Bestandsschutz für „Altfälle“. Im Ergebnis soll das neue Recht nur für Unterhaltsverhältnisse gelten, die nach dem Inkrafttreten der Reform entstehen. Die Gegenposition meint demgegenüber, auf das zusätzliche Kriterium des Vertrauensschutzes verzichten zu können. Nicht einsichtig sei, weshalb ein schonender Übergang vom alten zum neuen Recht nötig sei; vielmehr müssten die neuen gesetzgeberischen Wertungen rasch und ohne Verzögerung umgesetzt werden. Ausreichend, aber auch erforderlich sei allein das Kriterium der „wesentlichen Änderung“. Derartig pauschale, starre Übergangsregelungen sind dem Gesetzentwurf fremd. Er verfolgt eher eine vermittelnde Position, um eine akzeptable, dem Einzelfall gerecht werdende Lösung zu erzielen: Dass das neue Recht auch auf „Altfälle“ anwendbar sein muss, ist offensichtlich, wenn man sich den Fall von Ehegatten vergegenwärtigt, die, beide noch keine 30 Jahre alt, nach wenigen Jahren Ehe nach „altem Recht“ geschieden werden – soll das Unterhaltsrechtsverhältnis in diesem Fall möglicherweise auf Jahrzehnte hinaus noch nach dem bisherigen Recht beurteilt werden? Wie, wenn aus dieser Ehe Kinder hervorgegangen sind – sollen deren Unterhaltsansprüche auf

Dauer gemindert bleiben, weil im gleichen Rang auch die Ansprüche des Ehegatten befriedigt werden müssen? Umgekehrt liegt es aber genauso auf der Hand, dass der Ehegatte, der bereits vor vielen Jahren geschieden wurde und sich auf Grund seiner persönlichen Verhältnisse oder seines Lebensalters nicht mehr auf die neuen Gegebenheiten einstellen kann, eine abrupte Änderung dieser Gegebenheiten nicht hinnehmen muss, sondern Vertrauensschutz genießt. Das Merkmal der „Zumutbarkeit“ erlaubt es, in diesen Fällen zu der gebotenen, maßvollen und dem Einzelfall gerecht werdenden Überführung der „Altfälle“ auf das neue Recht zu kommen.

## V. Ausblick

Das Unterhaltsrecht ist lebendiges Recht; es spiegelt die familiäre Vielfalt wider und muss deshalb immer wieder mit den Realitäten des Lebens in Einklang gebracht werden. Mit der Reform wird das geltende Unterhaltsrecht maßvoll an die gewandelten Wertvorstellungen und die heutige Realität von Ehe, Familie und Partnerschaft angepasst und damit die Grundlage für eine fortdauernde, breite Akzeptanz in der Bevölkerung geschaffen.

<sup>159</sup> FamRZ 2005, 1417 (1417).

<sup>160</sup> Schwab, FamRZ 2005, 1417 (1425).

<sup>161</sup> Vgl. Schwab, FamRZ 2005, 1417 (1425); Weber, FPR 2005, 511 ff.; Berg-hahn/Wersig, FPR 2005, 508 (509) sowie wohl auch Peschel-Gutzeit, ZRP 2005, 177 (180 f.); Borth, FamRZ 2006, 813 (821).