

## Aufsätze

# Stärkt die geplante Reform des Unterhaltsrechts das Kindeswohl?

— Dr. Lore Maria Peschel-Gutzeit, Rechtsanwältin, Senatorin a. D., Berlin

## I. Vorbemerkung

Den im Mai diesen Jahres vorgelegten Referentenentwurf zur Reform des Unterhaltsrechts<sup>1</sup> hat die Bundesministerin der Justiz Anfang September 2005 in das Bundeskabinett eingebracht.<sup>2</sup> Nach Mitteilung des Bundesministeriums der Justiz ist der Kabinettsentwurf nunmehr dem Bundesrat zugeleitet worden und verfällt damit nicht der Diskontinuität wegen Auflösung des Deutschen Bundestages und vorzeitiger Neuwahl. Da der Entwurf sowohl von den Ländern, der ehemaligen Opposition im Deutschen Bundestag als auch von der Mehrzahl der Verbände positiv aufgenommen ist, geht das Bundesministerium der Justiz trotz Neuwahl davon aus, dass die Reform im Gesetzgebungsverfahren Erfolg haben wird. Zu den Zielsetzungen des Entwurfs gehört in erster Linie die Stärkung des Kindeswohls. Um dies zu erreichen, schlägt der Entwurf vier Lösungen vor:

(Wieder-)Einführung eines Mindestunterhalts für Kinder (II.)  
Verbesserung des Unterhaltsrangs für Kinder (III.)

Verbesserung des Unterhaltsrangs für alle betreuenden Elternteile (IV.)

Erleichterung der Verlängerung des Betreuungsunterhalts eines nichtehelichen Elternteils über drei Jahre hinaus (V.).

## II. Wiedereinführung eines Mindestunterhalts für Kinder

1. Der Referentenentwurf sieht eine Neufassung von § 1612a BGB vor. Danach soll ein minderjähriges Kind von dem Elternteil, mit dem es nicht in einem Haushalt lebt, seinen Unterhalt als Prozentsatz des Mindestunterhalts verlangen können. Dieser Mindestunterhalt soll wie folgt ermittelt werden:

Bezugsgröße soll künftig das sog. sächliche Existenzminimum aus dem Einkommensteuerrecht sein, also der jährliche

<sup>1</sup> Pressemitteilung des BMJ vom 9.5.2005, FF 2005, 123; Text des Entwurfes abgedruckt FamRZ 2005, 1041.

<sup>2</sup> NJW Heft 38/05, XVI.

Kinderfreibetrag, § 32 Abs. 6 S. 1 EStG. Dieser Betrag soll für die Unterhaltsberechnung verdoppelt werden, hiervon soll sodann, entsprechend der jeweiligen Altersgruppe gem. § 1612a Abs. 3 BGB, ein Abschlag oder Zuschlag vorgenommen werden: Die erste Altersgruppe, 1–6 Jahre, soll 85 %, die zweite Altersgruppe, 7–12 Jahre, 100 % und die dritte Altersgruppe 115 % erhalten.

In Zahlen bedeutet dies Folgendes: Derzeit beläuft sich der Kinderfreibetrag aus dem Einkommensteuerrecht auf 1.824 EUR jährlich. Der doppelte Betrag in Höhe von 3.648 EUR entspricht einem Monatsbetrag von 304 EUR. Hiervon soll also die erste Altersgruppe 258 EUR (85 %), die zweite Altersgruppe 304 EUR (100 %) und die dritte Altersgruppe 350 EUR (115 %) als Mindestunterhalt erhalten. Diese Beträge, auf die das Kindergeld nach dem ebenfalls zu reformierenden § 1612b Abs. 5 E BGB nicht angerechnet werden soll, lägen in der ersten Altersgruppe unter dem Betrag, der sich aus 135 % des Regelbedarfs ergibt und der sich auf 276 EUR beläuft. Dasselbe gilt für die zweite Altersgruppe, 135 % des Regelbetrages bedeutet 334 EUR. Und in der dritten Altersgruppe belaufen sich 135 % des Regelbetrages auf 393 EUR.

Da nach jetziger Regelung gem. § 1612b Abs. 5 auf diese Beträge jeweils die Hälfte des Kindergeldes, also 77 EUR, angerechnet werden, erhält ein Kind in der erste Altersgruppe bis zur Einkommensgruppe 6 199 EUR, in der zweiten Altersgruppe 257 EUR und in der dritten Altersgruppe 316 EUR. Die Differenz zu dem Entwurf führt zu folgendem Ergebnis: In der ersten Altersgruppe erhielten Kinder 59 EUR monatlich mehr Unterhalt, in der zweiten Altersgruppe 47 EUR mehr und in der dritten Altersgruppe 34 EUR mehr pro Monat. Diese Degression des Unterhaltszuwachses, je nach Alter des Kindes, ist nicht plausibel und demgemäß auch kritisiert worden.<sup>3</sup> Derzeit werden im Bundesministerium der Justiz Überlegungen angestellt, hier Abhilfe zu schaffen.<sup>4</sup>

2. Die Wiedereinführung eines Mindestunterhalts für Kinder geht zurück auf eine Anregung des Deutschen Bundestages. Dieser hatte in einer Entschließung anlässlich der Neuregelung der Kindergeldanrechnung gem. § 1612b Abs. 5 BGB<sup>5</sup> eine Vereinfachung des Unterhaltsrechts, eine bessere Abstimmung mit dem Sozial- und Steuerrecht und eine Änderung der Rangverhältnisse angeregt.<sup>6</sup> In seiner Entscheidung vom 9.4.2003<sup>7</sup> hat das BVerfG moniert, § 1612b Abs. 5 bringe nicht genügend klar zum Ausdruck, welche in Bezug genommene Größe das Existenzminimum eines Kindes ausmache. Die Anknüpfung an die Regelbeträge, die sich entsprechend der Entwicklung des durchschnittlich verfügbaren Arbeitsentgelts ändern, lasse es ungewiss erscheinen, ob in Zukunft 135 % des jeweiligen Regelbetrages dem Barexistenzminimum eines Kindes gleichzusetzen seien. Unter dem Aspekt des Rechtsstaatsprinzips hat das BVerfG bei der Bestimmung des Existenzminimums von Kindern mehr Normenklarheit gefordert. In einer Anmerkung zu dieser Entscheidung hat *Luthin*<sup>8</sup> angeregt, einen Mindestbedarf im Gesetz originär zu

installieren. Dies hatte zuvor bereits der Deutsche Juristentag im Jahre 2002 gefordert.<sup>9</sup> Im Herbst 2003 hat der Deutsche Familiengerichtstag eine ähnliche Resolution gefasst.<sup>10</sup>

Es hatte sich nämlich gezeigt, dass die Aufhebung der gesetzlichen Bestimmungen über die Mindestbedarfssätze für minderjährige Kinder durch das Kindesunterhaltsgesetz vom 6.4.1998<sup>11</sup> in der Praxis nicht handhabbar war. Dies galt besonders für Mangelfälle. Mit der Einführung des § 1612b Abs. 5 BGB zum 1.1.2001 war der erste Schritt zur Wiedereinführung eines Existenzminimums getan.

Der BGH war dem mit seiner Entscheidung vom 22.1.2003<sup>12</sup> gefolgt, jedenfalls für absolute Mangelfälle, und hatte hierzu ausgeführt, wenn der Einsatzbetrag für Ehegatten in Höhe des jeweiligen Eigenbedarfs (Existenzminimum) in die Mangelverteilung eingestellt werde, könne für zu berücksichtigende Kinder vom Ansatz her nichts anderes gelten, es könne kein unter dem Existenzminimum liegender Einsatzbetrag angenommen werden.

Denn anderenfalls würde die anschließend gebotene proportionale Kürzung aller Bedarfsbeträge zu verzerrten Ergebnissen führen, und zwar zum Nachteil der den gleichen unterhaltsrechtlichen Rang genießenden Kinder. Von daher sei es nicht angemessen, den Kindesunterhalt lediglich in Höhe der Regelbeträge anzusetzen, die erheblich unter dem Existenzminimum angesiedelt seien. Nachdem § 1612b Abs. 5 vorsehe, dass eine Anrechnung des Kindergeldes bereits dann unterbleibe, wenn der Unterhaltspflichtige außerstande sei, Unterhalt in Höhe von 135 % des Regelbetrages nach der Regelbetragsverordnung zu leisten, und der Gesetzgeber beabsichtigt habe, mit dieser Änderung der Kindergeldanrechnung das Barexistenzminimum eines Kindes sicherzustellen, erscheine es aus Gründen der vereinfachten Handhabung gerechtfertigt, diesen pauschalen Satz auch für das in die Mangelverteilung einzustellende Existenzminimum von Kindern heranzuziehen.

3. Mit der jetzt vorgeschlagenen Neuformulierung des § 1612a BGB entspricht der Gesetzgeber einerseits der Forderung des Deutschen Bundestages und des BVerfG nach einer klaren gesetzlichen Regelung und andererseits definiert er den Mindestbedarf eines minderjährigen Kindes nach dessen tatsächlichen Bedürfnissen und nicht von vornherein

<sup>3</sup> *Peschel-Gutzeit*, ZRP 2005, 177 ff.

<sup>4</sup> *Grundmann*, FF 2005, 213, 216.

<sup>5</sup> Eingeführt durch das Gesetz zur Ächtung der Gewalt in der Erziehung und zur Änderung des Kindesunterhaltsrechts vom 12.11.2000, BGBl I, 1479.

<sup>6</sup> BT-Drucks 14/3781.

<sup>7</sup> FamRZ 2003, 1370.

<sup>8</sup> FamRZ 2003, 1377.

<sup>9</sup> *Martini*, Empfiehlt es sich, die rechtliche Ordnung finanzieller Solidarität zwischen Verwandten in den Bereichen des Unterhaltsrechts, des Pflichtteilsrechts, des Sozialrechts und des Sozialversicherungsrechts neu zu gestalten?, 64. Deutscher Juristentag 2002, Gutachten A 30, A 117.

<sup>10</sup> AK 1 des 15. Deutschen Familiengerichtstags 2003, Brühler Schriften zum Familienrecht Band 13, 2004, 75.

<sup>11</sup> BGBl I, 666.

<sup>12</sup> FamRZ 2003, 363.

eingeschränkt durch eine etwaige beschränkte Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen. Erfreulich ist auch, dass die bisherige Differenzierung zwischen den alten Bundesländern und den Beitrittsländern aufgegeben wird, soweit es den Unterhaltsbedarf der minderjährigen Kinder angeht. Vor allem ist die Anbindung des Mindestunterhalts an das steuerliche Existenzminimum besser als die bisherige Regelung geeignet, das Existenzminimum eines Kindes wirklich zu gewährleisten.

Die Regelbeträge, die auf die Entwicklung des durchschnittlichen Arbeitsentgelts abgestellt haben, müssen keineswegs identisch sein mit der Entwicklung des tatsächlichen Unterhaltsbedarfs. Das BVerfG hat bekanntlich gefordert, dass das Existenzminimum eines Steuerpflichtigen und seiner Familienangehörigen in der Weise gewährleistet sein müsse, dass sein Einkommen in diesem Umfang insgesamt nicht der Einkommensteuer unterliege.<sup>13</sup> Zu diesem Zweck gewährt § 32 Abs. 6 S. 1 EStG den Kinderfreibetrag, der das sächliche Existenzminimum eines Kindes darstellt. Er gilt einheitlich für das gesamte Bundesgebiet und ist aus Gründen der typisierten Massenregelung im Steuerrecht nicht nach Altersstufen differenziert. Das für den Freibetrag maßgebliche Existenzminimum wird im Zweijahresabstand überprüft.

Seit dem 1.1.2005 beträgt das Existenzminimum für Kinder nach dem Bericht der Bundesregierung<sup>14</sup> derzeit 3.648 EUR jährlich.<sup>15</sup> Der Entwurf des Unterhaltsrechtsreformgesetzes trägt der Tatsache Rechnung, dass es unterhalts-, steuer- und sozialrechtlich nur ein einheitliches Existenzminimum gibt. Er harmonisiert den Mindestunterhalt von Kindern nunmehr im Unterhaltsrecht.

4. Diese Neuregelung wird überwiegend begrüßt.<sup>16</sup> Und in der Tat ist die Neuregelung zu begrüßen, weil sie praktikabel und klar ist. Vor allem ist die Anbindung an das steuerliche Existenzminimum überfällig gewesen. In der täglichen Handhabung der Unterhaltsrechtspraxis wird diese Vereinfachung spürbar sein. Denn der Kinderfreibetrag ergibt sich aus dem Einkommensteuergesetz, weitere Feststellungen müssen für das Existenzminimum nicht getroffen werden. Insofern ist die eingangs gestellte Frage zu bejahen: Dieser Teil der geplanten Reform wird das Wohl der Kinder stärken.

### III. Verbesserung des Unterhaltsrangs für Kinder

1. Auch die Veränderung der Rangfolge in §§ 1609 und 1582 BGB wird seit langem gefordert.<sup>17</sup> Der Deutsche Bundestag hatte in seiner zitierten Entschließung aus dem Jahre 2000<sup>18</sup> festgestellt, die Regelungen über das Rangverhältnis unterschiedlicher familienrechtlicher Unterhaltsansprüche, wie etwa derjenigen von minderjährigen Kindern und der sie betreuenden Erwachsenen, werde zunehmend sowohl von Fachleuten als auch von Betroffenen kritisiert. In ähnlicher Weise haben der Deutsche Juristentag<sup>19</sup> und der Deutsche

Familiengerichtstag im Jahre 2003<sup>20</sup> sich für eine Neuregelung der Rangfolge im Unterhaltsrecht ausgesprochen.

Dies war übrigens nicht das erste Mal, dass der Deutsche Familiengerichtstag gefordert hatte, die Rangfolge im Unterhaltsrecht zu überdenken und neu zu ordnen. Seit dem 7. Deutschen Familiengerichtstag im Jahre 1987 ist diese Forderung auf fast jedem Familiengerichtstag erhoben worden.<sup>21</sup> Und auch der Deutsche Juristentag hatte dies nicht erst im Jahre 2002, sondern bereits zehn Jahre zuvor auf dem 59. Deutschen Juristentag 1992 gefordert.<sup>22</sup>

Die nun in dem Entwurf anzutreffende neue Rangfolge ist wesentlich vereinfacht und fasst die geltenden Vorschriften der §§ 1609 und 1582 BGB dahin zusammen, dass es künftig insgesamt sieben Unterhalts-Rangstufen geben soll. Die erste, also beste Rangstufe, sollen minderjährige unverheiratete Kinder und Kinder i.S.d. § 1603 Abs. 3 S. 2 BGB, also privilegierte volljährige Kinder, erhalten. Es folgen in Rangstufe 2 alle Eltern, die Kinder betreuen und deswegen unterhaltsberechtig sind, in Stufe 3 die Ehegatten, die nicht wegen Kindesbetreuung Unterhalt erhalten – ausgenommen langjährige Ehen, die sich systemwidrig in Rangstufe 2 finden –, in Stufe 4 die übrigen, also volljährigen Kinder, in Stufe 5 Enkelkinder, in Stufe 6 Eltern und in Stufe 7 weitere Verwandte. Und § 1582 BGB enthält keine eigene Rangregelung mehr, sondern soll nach dem Entwurf nur noch auf § 1609 BGB verweisen.

Diese im Entwurf enthaltenen Rangstufen entsprechen innerhalb der Rangstufen 1–5 der Empfehlung des 15. Deutschen Familiengerichtstages aus dem Jahre 2003, wobei diese Empfehlung die Stufen 5–7 als „sonstiger Verwandtenunterhalt“ zusammenfasst.

Zur Begründung dieser neuen Rangordnung führt der Entwurf an, die Stärkung des Kindeswohls werde vor allem durch eine Änderung der unterhaltsrechtlichen Rangfolge erreicht. Unterhaltsansprüchen minderjähriger und privilegierter volljähriger Kinder werde Vorrang vor allen anderen Unterhaltsansprüchen eingeräumt. Damit solle auch die Zahl

<sup>13</sup> Beschl. v. 10.11.1998 – 2 BvL 42/1993, FamRZ 1999, 291.

<sup>14</sup> BT-Drucks 15/2462.

<sup>15</sup> Vgl. *Kaiser-Plessow*, Die Ermittlung und Bedeutung des steuerlichen Existenzminimums im Steuerrecht, FPR 2005, Heft 12.

<sup>16</sup> Stellungnahme der Unterhaltskommission des Deutschen Familiengerichtstages, Stellungnahme des Familienrechtsausschusses des Deutschen Anwaltvereins, beide von Juli 2005; Stellungnahme des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge vom 12.7.2005; Stellungnahme des Deutschen Caritasverbandes und des Sozialdienstes katholischer Frauen vom 14.7.2005, zitiert nach *Finke*, Die Wiederkehr des gesetzlich definierten Mindestbedarfs und die Abschaffung der RegelbedarfsVO – Ein Fortschritt, FPR 2005, Heft 12.

<sup>17</sup> *Peschel-Gutzeit*, FPR 2002, 169 m.w.N.

<sup>18</sup> BT-Drucks 14/3781.

<sup>19</sup> Siehe Fn 9.

<sup>20</sup> Siehe Fn 10.

<sup>21</sup> *Willutzki*, Die neue Rangfolge im Unterhaltsrecht, FPR 2005, Heft 12 m.w.N.

<sup>22</sup> Verhandlung des 59. Deutschen Juristentages Band II., 260.

minderjähriger Sozialhilfeempfänger reduziert werden. Wenn mehrere bedürftige Ehegatten aus erster und zweiter Ehe sowie minderjährige Kinder vorhanden seien, reiche das Einkommen des Unterhaltspflichtigen häufig nicht aus, um alle Unterhaltsbedürftigen ausreichend zu versorgen. Die Berechnung von Unterhaltsansprüchen in solchen Mangelfällen sei äußerst kompliziert und führe vielfach zu nicht angemessenen Ergebnissen.

Zurückzuführen sei dies u.a. auf die derzeit geltende Rangfolge der §§ 1582, 1609 BGB. Diese werde zunehmend als nicht mehr gerecht empfunden. Häufig erhielten in solchen Fällen die unterhaltsberechtigten Kinder und die geschiedenen Ehegatten zusätzlich zu den Unterhaltszahlungen ergänzende Sozialleistungen. Dies sei einer der Gründe dafür, dass Ende des Jahres 2003 1,08 Mio. Kinder und Jugendliche unter 18 Jahren auf Sozialhilfe angewiesen seien. 38 % aller Sozialhilfeempfänger seien damit minderjährig gewesen.<sup>23</sup> Auch die weitgehende Privilegierung des ersten Ehegatten nach geltendem Recht sei unter dem Aspekt des Kindeswohls nicht mehr zu rechtfertigen.

Durch die jetzt vorgeschlagene Änderung der Rangfolge werde die Verteilungsgerechtigkeit erhöht. Künftig solle der Kindesunterhalt Vorrang vor allen anderen Unterhaltsansprüchen haben. Der Grund liege darin, dass Kinder keine Möglichkeit hätten, selbst für ihren Unterhalt zu sorgen, ihnen sei am wenigsten zuzumuten, die vorhandenen Mittel mit anderen zu teilen und auf ergänzende Sozialhilfe angewiesen zu sein. Erwachsene könnten dagegen grundsätzlich selbst für ihren Unterhalt sorgen, so dass ihre Unterhaltsansprüche nachrangig zu befriedigen seien.

2. Die vorgeschlagene Neuregelung, also der absolute Unterhaltsvorrang aller minderjährigen und ihnen gleichgestellten volljährigen Kinder vor allen anderen Berechtigten, ist auf breite Zustimmung gestoßen und entspricht auch den Forderungen, die seit langem in der Literatur und von den Verbänden erhoben werden.<sup>24</sup> Die vom Bundesministerium der Justiz seit dem Jahre 2000 durchgeführte breite Länderumfrage hat ein übereinstimmendes Ergebnis erbracht.<sup>25</sup> Die am 21.6.2005 durchgeführte Anhörung von Fachverbänden im Bundesministerium der Justiz hat zu einem vergleichbaren Ergebnis geführt: Alle anwesenden 30 Fachverbände haben diese Neuregelung für notwendig und für richtig gehalten, Kritik gab es insoweit nicht. Auch *Schwab*<sup>26</sup> und *Hohloch*<sup>27</sup> stimmen der Vorrangeneinräumung für die im Entwurf genannten Kinder zu, haben aber Zweifel an der Begründung.

So fragt *Hohloch*,<sup>28</sup> ob es als Argument für den ersten Rang wirklich herhalten könne, dass der Unterhaltsanspruch deutlich öfter erfüllt werde als etwa der Anspruch auf Ehegattenunterhalt. Der Gesetzgeber, so *Hohloch*, solle seine Aufgabe nicht so sehr darin sehen, Regelungen per Gesetz zu treffen, derer es nicht bedarf, weil die Bevölkerung sie ohnehin befolge. *Hohloch* stimmt jedoch der Vorrangeneinräumung aus rechtsvergleichender Sicht zu. Beide Autoren fragen, ob die von dem Entwurf erwartete Konsequenz der absoluten Vor-

rangeinräumung wirklich eintreten werde. So weist *Schwab*<sup>29</sup> darauf hin, dass in einer Masse von Fällen für den betreuenden Ehegatten wenig übrig bleibe, wenn dieser also der Sozialhilfe bzw. Arbeitslosenhilfe zugeführt werde. Die Gesamtsumme, die der Familie zur Verfügung stehe, könne sich überdies mindern, wenn der Vorrang des Kindesunterhalts dazu führe, dass in sehr viel mehr Fällen als jetzt das Kindergeld nach § 1612b Abs. 5 BGB voll anzurechnen sei, weil dem Kind mehr als der Mindestunterhalt gezahlt werde. *Hohloch*<sup>30</sup> stimmt dieser Überlegung, nicht aber der Folgerung zu.

Er macht deutlich, dass dann, wenn der Unterhaltspflichtige, weil er mehr als den Mindestunterhalt zahlen kann, mit der Anrechnung des halben Kindergeldes rechnen könne, dadurch unter Umständen in die Lage versetzt werde, den Betreuungsunterhalt eher zu erfüllen. Damit zeigt sich, dass Kritik, wenn sie angebracht wird, sich nicht gegen die Vorrangstellung der minderjährigen und ihnen gleichgestellten volljährigen Kinder richtet, sondern gegen die Rangrückstufung des betreuenden Ehegatten, der derzeit nach § 1609 Abs. 2 BGB denselben, nämlich günstigsten, Unterhaltsrang hat wie die minderjährigen Kinder.

Die Einräumung des absoluten Unterhaltsvorrangs für alle minderjährigen und privilegierten volljährigen Kinder kann, für sich genommen, nur als Stärkung des Kindeswohls angesehen werden.

#### IV. Verbesserung des Unterhaltsrangs für betreuende Elternteile

1. Der Entwurf räumt Elternteilen, die wegen der Betreuung eines Kindes unterhaltsberechtigt sind oder im Falle einer Scheidung unterhaltsberechtigt wären, den zweiten Unterhaltsrang ein. Der Entwurf begründet dies mit der Überlegung, Vorrang müssten im Interesse des Kindeswohls alle Kinder betreuenden Eltern haben, unabhängig davon, ob sie verheiratet seien oder waren, gemeinsam oder allein ein Kind erziehen.

Damit würden erster und zweiter Ehegatte, soweit sie Kinder zu betreuen haben, sowie nicht verheiratete Elternteile rangmäßig gleich behandelt. Der Gedanke des Kindeswohls rechtfertige es, die Unterhaltsansprüche von Eltern wegen der Betreuung von Kindern im Rang unmittelbar hinter demjeni-

<sup>23</sup> Statistisches Bundesamt, Statistik der Sozialhilfe: Kinder in der Sozialhilfe 2003, 2004.

<sup>24</sup> Vgl. z.B. 15. Deutscher Familiengerichtstag 2003, Brühler Schriften zum Familienrecht Band 13, 2004, 75; *Luthin*, FPR 2004, 567, 572; *Scholz*, FamRZ 2004, 751, 761 ff.; *Peschel-Gutzeit*, FPR 2002, 169; *dies.*, ZRP 2005, 177; *Puls*, FamRZ 1998, 865, 875.

<sup>25</sup> *Peschel-Gutzeit*, FPR 2002, 169, 171 ff.

<sup>26</sup> FamRZ 2005, 1417, 1422.

<sup>27</sup> FPR 2005, Heft 12.

<sup>28</sup> FPR 2005, Heft 12.

<sup>29</sup> A.a.O.

<sup>30</sup> A.a.O.

gen der Kinder einzustellen. Die Neuregelung differenziere nicht mehr nach dem Personenstand des betreuenden, unterhaltsbedürftigen Elternteils. Dadurch werde einem Gerechtigkeitsdefizit des geltenden Rechts begegnet. Künftig spiele es beim Rang keine Rolle mehr, ob der Betreuungsunterhaltsanspruch aus der Ehe der Kindeseltern hergeleitet werde oder ob es sich um den Anspruch auf Betreuungsunterhalt eines nicht verheirateten Elternteils gem. § 1615I Abs. 2 S. 2, Abs. 4 BGB handle.

Der Personenstand sei, soweit es lediglich um die rangmäßige Einordnung des Unterhaltsanspruchs nicht verheirateter Elternteile im Verhältnis zu anderen Unterhaltsansprüchen gehe, kein taugliches Differenzierungskriterium. Eine sachliche Rechtfertigung für die Zuerkennung der Rangposition sei allein die Tatsache der Kindesbetreuung. Da die Ausgangslage bei getrennt lebenden bzw. geschiedenen Berechtigten und bei nicht verheirateten Berechtigten insoweit identisch sei, sei es gerechtfertigt, die entsprechenden Ansprüche auf Betreuungsunterhalt rangmäßig gleich zu behandeln.

Auch in Bezug auf den zweiten Ehegatten sei eine Neuregelung, nämlich eine Modifizierung der bisherigen Privilegierung des Unterhaltsanspruchs des ersten Ehegatten vorgenommen. Künftig zähle nicht mehr die zeitliche Priorität der Eheschließung, sondern allein die Schutzbedürftigkeit des Berechtigten. Besonders schutzbedürftig seien Berechtigte, die wegen der Betreuung eines Kindes unterhaltsbedürftig seien. Mit der vorgeschlagenen Regelung werde im Übrigen ein gesetzlicher Widerspruch aufgehoben, der zwischen § 1609 Abs. 2 S. 1 und § 1582 S. 2 BGB bestehe. Diesen Widerspruch habe der BGH<sup>31</sup> und ihm folgend die Rechtsprechung dahin gelöst, dass der gesetzlich normierte Gleichrang zwischen Ehegatten und Kindern dann, wenn sowohl der erste geschiedene Ehegatte als auch der zweite Ehegatte minderjährige Kinder betreue, nur für den geschiedenen ersten Ehegatten gelte. Die Unterhaltsansprüche des zweiten Ehegatten träten nach dieser Auslegung hinter denjenigen der eigenen Kinder und denen der Kinder aus der ersten Ehe zurück. Der Entwurf kommt zu dem Ergebnis, dass diese Privilegierung des ersten Ehegatten heute nicht mehr zu rechtfertigen sei, sie belaste ohne einleuchtenden Grund die Kinder aus der Zweitfamilie und werde deshalb beendet.

Für den geschiedenen Ehegatten gelte künftig, dass er keinen Vertrauensschutz mehr dahingehend habe, dass sich durch Wiederheirat und Gründung einer Zweitfamilie der Kreis der unterhaltsberechtigten Personen nicht vergrößere und seine Unterhaltsquote nicht gekürzt werde.<sup>32</sup>

2. Die vom BGH gefundene Auslegung eines vom Gesetz nicht gelösten Rangwiderspruches hat zu vielfältiger Kritik geführt. Es ist gefragt worden, wieso die Kinderbetreuung der eigenen zweitehelichen Kinder durch die zweite Ehefrau unterhaltsrechtlich „weniger wert“ sei als derselbe Vorgang bei der geschiedenen ersten Ehefrau.<sup>33</sup> Die vorgesehene Neuregelung der zweiten Ranggruppe, die man im Zusammenhang mit der vorgesehenen dritten Ranggruppe sehen muss, in

welcher sich die Ehegatten wiederfinden, die nicht unter Nr. 2 fallen, hat heftige Diskussionen ausgelöst. *Schwab*<sup>34</sup> nennt den neuen durchgehenden Rang aller Eltern wegen Kindesbetreuung den zentralen Diskussionspunkt und fügt hinzu, eine solche neue Rangordnung würde die unterhaltsrechtliche Lage vieler Menschen schlagartig und gravierend verändern. *Schwab* nennt Beispiele, die zeigen, dass hier nicht in erster Linie juristisch und schon gar nicht mit Rücksicht auf das Kindeswohl, sondern vor allem moralisch argumentiert wird.<sup>35</sup> Die Kritik an dem zweiten Unterhaltsrang für alle betreuenden Elternteile, die deswegen Unterhalt beanspruchen können, entzündet sich vor allem an der Einbeziehung des Betreuungsunterhalts für das nichteheliche Kind, das in den beschriebenen Beispielen als „Ehebruchkind“ erscheint. *Schwab* malt das Bild eines Mannes, der sich nach fünfjähriger Ehe scheiden lässt, nachdem er mit einer Freundin ein nichteheliches Kind bekommen hat. In seinem Beispiel ist die Ehefrau wegen Krankheit unterhaltsberechtig. Nach der geplanten Neuregelung wäre zuerst der volle Unterhalt des Kindes sicherzustellen, dann der volle Betreuungsunterhalt der Freundin. Dann, so *Schwab*, müsse „die Ehefrau sehen, ob sie noch etwas bekommt“.<sup>36</sup> Auch in der von *Schwab* gebildeten Variante schimmert die moralische Wertung durch: Nun soll die betrogene Ehefrau ihrem Mann verzeihen haben, die Ehe wird nicht geschieden. Dennoch, so *Schwab*, hätte die nichteheliche Mutter mit ihrem vollen Betreuungsunterhaltsbedarf den Vorrang vor dem Ehegattenunterhalt nach § 1360 BGB.

*Schwab* folgert, der Mann könne, wenn er von der nichtehelichen Mutter in Anspruch genommen werde, ihr nur seinen eigenen Selbstbehalt, nicht aber den Mindestbedarf seiner Ehefrau als leistungsmindernd entgegenhalten, und wenn da nichts mehr sei, müsse die Ehefrau mit vom Selbstbehalt des Mannes leben.

3. Bei diesen Überlegungen bleibt erkennbar das Wohl des Kindes außer Betracht. *Schwab* zitiert Art. 6 Abs. 1 GG, der „noch immer die Ehe dem besonderen Schutz der staatlichen Ordnung empfiehlt“. Zutreffend wendet *Willutzki*<sup>37</sup> ein, dass Art. 6 Abs. 1 GG nicht nur die Ehe, sondern ebenso die Familie unter den besonderen Schutz der staatlichen Ordnung stellt. Und Familie ist nach der gefestigten Rechtsprechung des BVerfG auch dort anzunehmen, wo Elternteile mit ihren Kindern zusammenleben.<sup>38</sup> Nimmt man dann noch hinzu, dass nach Art. 6 Abs. 4 GG jede Mutter Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge der Gemeinschaft hat, keineswegs nur die

<sup>31</sup> BGHZ 104, 158 = FamRZ 1988, 705.

<sup>32</sup> RefE, S. 37.

<sup>33</sup> *Peschel-Gutzeit*, FPR 2002, 169, 171.

<sup>34</sup> A.a.O., 1422.

<sup>35</sup> Ebenso *Willutzki*, FPR 2005, Heft 12.

<sup>36</sup> A.a.O., 1422.

<sup>37</sup> FPR 2005, Heft 12.

<sup>38</sup> *BVerfGE* 6, 55, 72 ff.; *E* 76, 1, 41, 49; *Maunz/Dürig*, GG Art. 6 Rn 23 m.w.N.

verheiratete Mutter, steht jeder Mutter ein Abwehrrecht gegen sachwidrige und unverhältnismäßige Eingriffe der öffentlichen Gewalt in ihr Recht auf Sorge für das Kind zu.<sup>39</sup> Abgerundet werden diese Überlegungen durch Art. 6 Abs. 5 GG, wonach den unehelichen Kindern durch die Gesetzgebung die gleichen Bedingungen für ihre leibliche und seelische Entwicklung und für ihre Stellung in der Gesellschaft zu schaffen sind wie den ehelichen Kindern. Dieses Grundrecht, das eine Schutznorm zugunsten der nichtehelichen Kinder und eine besondere Ausprägung des Gleichheitssatzes ist, verpflichtet Verwaltung und Gerichte bei der Auslegung und Anwendung von Gesetzen. Art. 6 Abs. 5 GG hat die Institutsgarantie der Ehe eingeschränkt, was im Familienrecht tiefgreifende Änderungen hervorgerufen hat und weiter hervorruft. Diese Verfassungslage bleibt nach hiesigem Eindruck unbeachtet, wenn die Situation betreuender Elternteile weiterhin allein nach ihrem Familienstatus beurteilt wird. Hier gilt es Farbe zu bekennen: Wer dem Kindeswohl wirklich zum Durchbruch verhelfen will, wer nicht länger allgemeine Versorgungsaspekte beteiligter Erwachsener mit den unbedingten Ansprüchen von Kindern auf Sicherung ihrer materiellen Existenz und ihres Fürsorge- und Betreuungsbedarfs<sup>40</sup> vermischen will, muss dem Gleichrang aller betreuenden Elternteile, genauer dem Gleichrang aller Elternteile, die wegen Betreuung eines Kindes Anspruch auf Unterhalt haben, seine Zustimmung geben.

4. Zuzugeben ist, dass durch diese Neuregelung zwei Personenkreise bessergestellt werden, während der dritte Personenkreis seine bisherige Privilegierung verliert: Bessergestellt wird die Ehefrau in zweiter, aktueller Ehe und bessergestellt wird die nichteheliche Mutter/der nichteheliche Vater. Denn die Ehefrau in bestehender Ehe muss, wie oben dargestellt,<sup>41</sup> auf Grund höchstrichterlicher Gesetzesauslegung mit ihren berechtigten Ansprüchen, ihr eigenes Kind selbst betreuen zu dürfen und dafür vom Ehemann unterhalten zu werden, zugunsten der geschiedenen Ehefrau zurückstehen. Eine Berechtigung hierfür lässt sich aus Kindeswohlsicht nicht finden. Und die nichteheliche Mutter, die ein gemeinsames Kind betreut, hat nach geltendem Recht den Nachrang gegenüber der Ehefrau und den minderjährigen Kindern des Vaters, § 1615I Abs. 3 S. 3 BGB. Auch diese Regelung ist aus Kindeswohlsicht nicht zu begründen. Diese gesetzliche Entscheidung wird damit begründet, dass der nacheheliche Betreuungsunterhalt gem. § 1570 BGB nicht nur aus dem Bedürfnis der Kinder nach Pflege und Erziehung resultiere, sondern auch aus der Ehe. Insoweit wird die nacheheliche Solidarität postuliert und bemüht. Mit Recht weist *Schürmann*<sup>42</sup> darauf hin, dass es sich hierbei nur um eine griffige Formulierung handelt, die nicht begründen könne, warum in einer heute praktisch jederzeit beendbaren Ehe fortlaufendes solidarisches Handeln geboten sei, auch wenn die Lebensgemeinschaft beendet sei. Solidarität habe ihre Wurzeln in den sozialen Beziehungen einer Gemeinschaft mit gleich gelagerten Interessen. Der Begriff passe nicht zu der von

elementar gegensätzlichen Interessen gekennzeichneten Rechtsbeziehung einer beendeten Ehe. Werde dennoch von nachehelicher Solidarität gesprochen, so werde dem Unterhaltsrecht Verantwortung zugewiesen, die mit dem Faktum der beendeten Gemeinschaft nicht in Einklang zu bringen sei. Nicht verkannt wird, dass nach geltendem Recht und nach der sich hieran anschließenden Rechtsprechung die Betreuungssituation von Kindern sehr unterschiedlich geregelt ist und gehandhabt wird. Aber diese Erkenntnis führt nicht weiter: Für den existenziellen Fürsorge-, Erziehungs- und Betreuungsbedarf eines Kindes ist es ohne Belang, ob seine Eltern miteinander verheiratet sind, es waren oder nie miteinander verheiratet waren.

Deshalb ist es folgerichtig, jedenfalls bei der Rangzuweisung in dieser Situation keine Unterschiede mehr zu machen. Dass im Übrigen die Rechtsordnung noch immer unterscheidet, ist bekannt:

Der Betreuungsunterhaltsanspruch nach § 1570 BGB enthält bekanntlich keine zeitliche Befristung, während der Betreuungsunterhalt des nichtehelichen Kindes grundsätzlich nach drei Jahren endet, § 1615I Abs. 2 S. 3 BGB. Zu Recht ist in der bereits zitierten Verbändeanhörung<sup>43</sup> das von der Rechtsprechung zu § 1570 BGB entwickelte Altersphasenmodell<sup>44</sup> kritisiert worden. Insoweit sind auch verfassungsrechtliche Bedenken erhoben worden.<sup>45</sup> Derzeit erwägt das Bundesjustizministerium, in § 1570 BGB durch einen ergänzenden Satz klarzustellen, dass die Frage, ab wann von dem Kinder betreuenden Ehegatten wieder eine Erwerbstätigkeit erwartet werden kann, nicht mehr pauschal nach dem Altersphasenmodell beantwortet werden kann, sondern wesentlich von den im konkreten Fall tatsächlich bestehenden Kinderbetreuungsmöglichkeiten abhängig ist.<sup>46</sup>

Bis zu welchem Alter des Kindes eine Betreuung durch einen Elternteil unbedingt sicherzustellen ist und ab welchem Alter das Kind zur Förderung seiner eigenen Entwicklung zusätzliche Betreuung von Dritter Seite erhalten sollte, ist in der Verbändeanhörung vom 21.6.2005 lebhaft und ausführlich diskutiert worden. Wie nicht anders zu erwarten, prallten die unterschiedlichen Meinungen aufeinander. Deutlich wurde, dass diejenigen, die den absoluten Schutz der betreuenden Erstfrau im Auge hatten, die neue Rangfolge aus § 1609 E Ziff. 2 BGB ablehnten, während die Vertreter der aktuellen Ehefrau wie auch der nichtehelichen Elternteile die neue Regelung begrüßten. Die sozialen Brüche, die die neue Rang-

<sup>39</sup> *Maunz/Dürig*, a.a.O. Rn 25.

<sup>40</sup> BVerfG, Beschl. v. 10.11.1998 – 2 BvR 1057/1991 u.a.; *FamRZ* 1999, 285.

<sup>41</sup> Siehe Fn 31.

<sup>42</sup> *FPR* 2005, Heft 12.

<sup>43</sup> Siehe Fn 25.

<sup>44</sup> Vgl. hierzu *Reinken*, *FPR* 2005, Heft 12.

<sup>45</sup> Vgl. Vorlagebeschlüsse OLG Hamm *FamRZ* 2004, 1893 ff.; KG *FamRZ* 2004, 1895 ff.; zu allem: *Schilling*, § 1615I BGB E – Ein Fortschritt?, *FPR* 2005, Heft 12.

<sup>46</sup> *Grundmann*, a.a.O., 216.

regelung der betreuenden Elternteile erzeugen werden, sind nicht zu verkennen. Sie sind auch nicht leicht zu überbrücken.<sup>47</sup> Erkennbar kollidiert hier das Interesse der geschiedenen Ehefrau auf nachhaltige Unterhaltssicherung mit dem Betreuungsbedarf aller von demselben Vater abstammenden minderjährigen Kinder.

Die jetzt von dem Kabinettsentwurf vorgeschlagene Lösung nimmt einen vor längerer Zeit schon geäußerten Vorschlag<sup>48</sup> auf, die den Betreuungsbedarf minderjähriger Kinder deren eigenen Unterhaltsanspruch gem. § 1610 BGB zuordnen wollte. Zwar gab es gegen diese Lösung systematische Bedenken, aber der zugrunde liegende Gedanke ist richtig.

Würde der Betreuungsbedarf Teil des kindlichen Unterhaltsanspruchs sein, gäbe es über die Rangfragen keine Diskussionen. Insoweit ist der Kabinettsentwurf konsequent. Er trägt der gebotenen Gleichbehandlung aller betreuenden Elternteile durch den Gleichrang der Betreuungsunterhaltsansprüche in angemessener Weise Rechnung und stärkt damit zugleich das Kindeswohl.

## V. Erleichterung für die Verlängerung des Betreuungsunterhalts nach § 1615I BGB

1. Der Entwurf will durch eine kleine Änderung im geltenden § 1615I Abs. 2 S. 3 BGB die Möglichkeit schaffen, den Betreuungsunterhaltsanspruch über die bisherige dreijährige Begrenzung hinaus unter erleichterten Bedingungen zu verlängern. Dies geschieht dadurch, dass der Entwurf das Wörtchen „grob“ in § 1615I Abs. 2 S. 3 BGB streichen will. Damit senkt er die Schwelle für eine Verlängerung des Betreuungsunterhalts über die ersten drei Jahre hinaus ab. Der Entwurf nimmt damit Kritik auf, die in Literatur und Rechtsprechung geäußert ist. So haben das OLG Hamm<sup>49</sup> und das Kammergericht<sup>50</sup> in zwei Vorlagebeschlüssen die Ansicht vertreten, dass die grundsätzliche zeitliche Befristung in § 1615I Abs. 2 S. 3 Hs. 2 BGB, wonach der Anspruch der nichtehelichen Mutter auf Betreuungsunterhalt auf bis zu drei Jahre nach der Geburt des Kindes befristet sei, gegen Art. 6 Abs. 5 GG verstoße. Andere Gerichte ziehen aus § 1615I Abs. 2 S. 3 BGB den Schluss, dass die Rechtsprechung zu § 1570 BGB ausufere und an eine Annäherung beider Betreuungsunterhaltsansprüche zu denken sei,<sup>51</sup> und es ist vorgeschlagen worden, den gesamten Betreuungsunterhaltsanspruch auf die Frist von § 1615I BGB zu reduzieren.<sup>52</sup>

An dieser Stelle soll nicht entschieden werden, ob die Privilegierung des Anspruchs aus § 1570 BGB wegen der so bezeichneten nachehelichen Solidarität<sup>53</sup> nach geltendem Recht gerechtfertigt ist oder ob Art. 6 Abs. 5 GG die Gleichbehandlung nichtehelicher und ehelicher Kinder bei der Ausgestaltung des Betreuungsunterhaltsanspruchs verlangt.

Die Streichung des Wörtchens „grob“ in § 1615I Abs. 2 S. 3 BGB wird jedenfalls bewirken, dass in Zukunft Betreuungsdefizite, die über das dritte Lebensjahr des Kindes hinaus

bestehen und die von der Mutter auch nicht ohne weiteres behoben werden können, dazu führen können, dass ein Betreuungsunterhaltsanspruch länger geschuldet wird. Hierzu macht *Schilling*<sup>54</sup> einen interessanten Alternativvorschlag, indem er eine Art Basisunterhalt vorschlägt, der für alle Kinder betreuenden Elternteile gleichermaßen gelten könnte. Dieser Unterhalt könnte durch einen elternbezogenen Anschlussunterhalt ergänzt werden. Den Basisunterhalt will *Schilling* für eheliche wie nichteheliche Kinder mit Vollendung des dritten Lebensjahrs enden lassen, eine Verlängerung des Unterhalts soll nach seiner Vorstellung in Betracht kommen, wenn es unter Berücksichtigung der Belange des betreuenden Elternteils unbillig wäre, einen Unterhaltsanspruch nach Ablauf dieser Frist zu versagen. Dies, so *Schilling*, könnte insbesondere der Fall sein, wenn das Kind aus einer Ehe hervorgegangen ist und der betreuende Elternteil deshalb darauf vertrauen durfte, das Kind über einen längeren Zeitraum persönlich zu betreuen.

2. Da die Reform des nichtehelichen Betreuungsunterhalts durch die Streichung des Wörtchens „grob“ in § 1615I Abs. 2 S. 3 BGB und die Ranganhebung recht mager ausgefallen ist, verdient es nach hiesiger Auffassung Anerkennung, über eine Angleichung und zugleich Differenzierung von §§ 1570 und 1615I Abs. 2 S. 3 BGB nachzudenken. Mit Recht weist *Schilling*<sup>55</sup> darauf hin, dass weitere offene Fragen im Betreuungsunterhalt der nicht verheirateten Eltern bestehen, die in dem Entwurf keiner Lösung zugeführt sind.

Das betrifft einerseits das Erlöschen des Anspruchs aus § 1615I BGB etwa bei Heirat, andererseits die Verwirkung,<sup>56</sup> schließlich den Unterhalt für die Vergangenheit und den Anspruch auf Prozesskostenvorschuss. Im Interesse des Kindes, dessen Eltern nicht miteinander verheiratet sind oder waren, ist zu fordern und zu hoffen, dass die Diskussion des vorliegenden Entwurfs diese wertvollen Anregungen aufnimmt, um Unklarheiten, Unzulänglichkeiten und Defizite im Betreuungsunterhalt gem. § 1615I BGB bei dieser Gelegenheit zu revidieren.

## VI. Schlussbemerkung

Die vorstehenden Ausführungen machen deutlich, dass die Stärkung des Kindeswohls in dem vorgelegten Entwurf insgesamt gut gelungen ist. Die Kritik an der Rangverbesserung

<sup>47</sup> Vgl. *Klein/Schlechta*, Will die Unterhaltsrechtsreform den Wert der Frau auf ihre Gebärtüchtigkeit reduzieren?, FPR 2005, Heft 12.

<sup>48</sup> *Schwenzer*, Verhandlung des 59. Deutschen Juristentages, Band I, A 4 ff.

<sup>49</sup> FamRZ 2004, 1893.

<sup>50</sup> FamRZ 2004, 1895.

<sup>51</sup> OLG Karlsruhe NJW 2004, 523, 524; ebenso *Wever*, FF 2005, 174, 177; *Luthin*, FPR 2004, 567, 570.

<sup>52</sup> *Ebert*, JR 2003, 182, 187.

<sup>53</sup> Siehe Fn 42.

<sup>54</sup> FPR 2005, Heft 12.

<sup>55</sup> A.a.O.

<sup>56</sup> *Peschel-Gutzeit*, FPR 2005, 344 ff.

für die Ehefrau aus bestehender Ehe und der nichtehelichen Mutter, soweit sie Kinder betreuen, wird anhalten. Das gilt auch für die Kritik an der Rangverschlechterung für die geschiedene Ehefrau. Insofern ist all denen zuzustimmen, die mit Recht darauf hinweisen, dass der Entwurf Lücken aufweist, soweit es um Alteen, vor allem also um den Vertrauensschutz geschiedener Ehefrauen geht. Hier werden Alternativlösungen erarbeitet werden müssen.<sup>57</sup> So wichtig es ist, soziale Gerechtigkeit anzustreben, so ist doch das Interesse geschiedener Eheleute an der Aufrechterhaltung ihres Unterhaltsanspruchs nicht höher zu bewerten als das Interesse

minderjähriger Kinder, durch Alimentierung des betreuenden Elternteils die für sie lebensnotwendige Fürsorge und Betreuung zu erhalten. Unter diesem Aspekt verdienen die vorgeschlagenen Regelungen zum Mindestunterhalt, zum ersten Rang für alle minderjährigen Kinder, zum zweiten Rang für alle betreuenden Elternteile Zustimmung. Soweit der Betreuungsunterhalt gem. § 1615I Abs. 2 S. 3 BGB betroffen ist, ist auf eine Ergänzung und Erweiterung der Reformbemühungen zu hoffen.

<sup>57</sup> Vgl. *Peschel-Gutzeit*, ZRP 2005, 177 ff.; *Weber*, FPR 2005, Heft 12.