

DEUTSCHES INSTITUT
FÜR JUGENDHILFE UND
FAMILIENRECHT e. V.



FORUM FÜR FACHFRAGEN

Postfach 10 20 20
D-69010 Heidelberg

Fon 0 62 21/98 18-0
Fax 0 62 21/98 18-28

institut@dijuf.de
www.dijuf.de

U 1.230-1 DI/K

STELLUNGNAHME

vom 18. Mai 2009

Neue Rechtsprechung des BGH zu Kindergartenbeiträgen als Mehrbedarf des Kindes; Beteiligung des barunterhaltspflichtigen Elternteils hieran

*In dem erst vor kurzem bekannt gewordenen **Urteil vom 26.11.2008**, XII ZR 65/07 hat der zuständige Senat des BGH Folgendes entschieden: „**Kindergartenbeiträge** bzw vergleichbare Aufwendungen für die Betreuung eines Kindes in einer kindgerechten Einrichtung **sind in den Unterhaltsbeträgen, die in den Unterhaltstabellen ausgewiesen sind**, unabhängig von der sich im Einzelfall ergebenden Höhe des Unterhalts **nicht enthalten**. Das gilt sowohl für die Zeit vor dem 31.12.2007 als auch für die Zeit nach dem Inkrafttreten des Unterhaltsänderungsgesetzes 2007 am 01.01.2008. Die in einer Kindereinrichtung anfallenden **Verpflegungskosten sind dagegen mit dem Tabellenunterhalt abgegolten.**“*

Der Senat hat damit ausdrücklich **seine frühere Rechtsprechung aufgegeben**. Noch in einem Urteil vom 05.03.2008 (FamRZ 2008, 1152, 1154) hatte er erkannt: „Die für den Kindergartenbesuch anfallenden Kosten sind unabhängig davon, ob die Einrichtung halb- oder ganztags besucht wird, zum Bedarf eines Kindes zu rechnen. Einen Mehrbedarf des Kindes begründeten diese Kosten für die Zeit bis zum 31.12.2007 grundsätzlich aber nur insoweit, als sie den Aufwand für den halbtägigen Kindergartenbesuch überstiegen. Im Übrigen waren die Kosten regelmäßig in dem laufenden Kindesunterhalt enthalten, falls dieser das Existenzminimum für ein Kind dieses Alters deckte. An dieser Beurteilung, die sich auf sozialverträglich gestaltete Kindergartenbeträge bezieht, hält der Senat für Fälle fest, in denen der nach der früheren Düsseldorfer Tabelle titulierte **Unterhalt die Kosten für den halbtägigen Kindergartenbesuch bis zu einer Höhe von etwa 50 EUR monatlich umfasst** (im Anschluss an Senatsurteil vom 14.03.2007, XII ZR 158/04 = FamRZ 2007, 882 ff).“

Die neue Entscheidung wirft für die Praxis eine Reihe von Fragen auf. Im Folgenden wird der Versuch unternommen, hierzu vorläufig Stellung zu nehmen:

I. Art der Betreuungsaufwendungen

Welche Art von Betreuungsaufwendungen sind hiervon betroffen? Gilt es nur für Kindergarten- und/oder für Betreuungsaufwendungen im Kindergartenalter (3. Lebensjahr bis Schulbeginn)?

1. Bereits im vorangegangenen Urteil vom 05.03.2008 (XII ZR 150/05 = FamRZ 2008, 1152 = JAmt 2008, 332) hatte der BGH in einem wesentlichen Punkt für Klarheit gesorgt. Nach Darstellung der diesbezüglich in Rechtsprechung und Literatur zuvor erkennbar gewordenen Meinungsverschiedenheiten legte er dar: Der **Besuch eines Kindergartens nach Vollendung des dritten Lebensjahrs ist aus pädagogischen Gründen für ein Kind vorteilhaft** und gehört deshalb zum **Kindesbedarf**. Das gilt **unabhängig** davon, ob hierdurch zugleich eine **Berufstätigkeit des betreuenden Elternteils ermöglicht** oder erleichtert wird. Es bedeutet auch keinen Unterschied, ob die Einrichtung von dem jeweiligen Kind halb- oder ganztägig besucht wird.

Das hat der Senat wie folgt begründet:

„Wenn Aufwendungen in erster Linie erzieherischen Zwecken dienen, wie es bei denjenigen für den Kindergartenbesuch der Fall ist, bestimmen sie jedenfalls den **Bedarf des Kindes und nicht denjenigen des betreuenden Elternteils**.

Durch die **Kindergartenbetreuung** soll ein Kind **Förderung** in seiner Entwicklung erfahren und den Eltern zugleich Hilfe bei der **Erziehung** zuteil werden. Diese Zielsetzung kommt auch in den **Kindergartengesetzen der Länder** zum Ausdruck. So heißt es etwa in Art. 13 des hier relevanten Bayerischen Kinderbildungs- und -betreuungsgesetzes vom 08.07.2005 (GVBl S. 236 ff): ‚Das pädagogische Personal ... hat die Kinder in ihrer Entwicklung zu eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeiten zu unterstützen mit dem Ziel, zusammen mit den Eltern die hierzu notwendigen Basiskompetenzen zu vermitteln. Dazu zählen beispielsweise positives Selbstwertgefühl, Problemlösefähigkeit, lernmethodische Kompetenz, Verantwortungsübernahme sowie Kooperations- und Kommunikationsfähigkeit. Das pädagogische Personal hat ... die Kinder ganzheitlich zu bilden und zu erziehen und auf deren Integrationsfähigkeit hinzuwirken. Der Entwicklungsverlauf des Kindes ist zu beachten.‘ Nach Art. 15 Abs. 2 des Gesetzes haben die Kindertageseinrichtungen mit Kindern ab Vollendung des 3. Lebensjahrs im Rahmen ihres eigenständigen Bildungs- und Erziehungsauftrags mit der Grund- und Förderschule zusammenzuarbeiten. Sie haben die Aufgabe, Kinder, deren Einschulung ansteht, auf diesen Übergang vorzubereiten und hierbei zu begleiten. Vergleichbare Regelungen finden sich auch in den anderen Landesgesetzen, etwa in § 2 des Baden-Württembergischen Kinderbetreuungsgesetzes vom 09.04.2003 (GBl S. 164 ff). Nach § 22 Abs. 2 SGB VIII sollen Tageseinrichtungen für Kinder unter anderem die Entwicklung des Kindes zu einer eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit fördern und die Erziehung und Bildung in der Familie ergänzen.

Danach bietet der Kindergarten zum einen **fürsorgende Betreuung mit dem Ziel einer Förderung sozialer Verhaltensweisen**. Zum anderen stellt er zugleich eine **Bildungseinrichtung im elementaren Bereich** dar. Mit der Schaffung von Kindergärten gewährleistet der Staat Chancengleichheit im Bezug auf die Lebens- und Bildungsmöglichkeiten von Kindern und trägt damit sozialstaatlichen Belangen Rechnung (BVerfG FamRZ 1998, 887, 888 f). Darüber hinaus wird in der aktuellen gesellschaftspolitischen Diskussion gerade unter Hinweis auf das **Wächteramt des Staates zum Schutz des Kindeswohls** (Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG) gefordert, dass Kinder Kindergärten oder vergleichbare Einrichtungen besuchen, damit **sie selbst sowie das Erziehungsverhalten der Eltern einer Kontrolle unterliegen** (vgl. KG FamRZ 2007, 2100, 2101). Nach alledem

kann nicht bezweifelt werden, dass der Kindergartenbesuch dem Kindeswohl in maßgeblicher Weise dient. Ein **Kind würde benachteiligt**, wenn ihm die Möglichkeit, insofern Förderung in seiner Erziehung und Entwicklung zu erfahren, vorenthalten würde. Damit korrespondiert, dass ein Kind **vom vollendeten 3. Lebensjahr an bis zum Schuleintritt Anspruch auf den Besuch einer Tageseinrichtung** hat. Die Träger der öffentlichen Jugendhilfe haben darauf hinzuwirken, dass für diese Altersgruppe ein bedarfsgerechtes Angebot an Ganztagsplätzen oder ergänzend Förderung in der Kindertagespflege zur Verfügung steht (§ 24 Abs. 1 SGB VIII). Dieser Anspruch dient in erster Linie dem Kind.

Bei dieser Sach- und Rechtslage stehen die **erzieherischen Aufgaben des Kindergartens** derart im Vordergrund, dass dem Gesichtspunkt der Ermöglichung einer **Erwerbstätigkeit des betreffenden Elternteils nur untergeordnete Bedeutung**, eher diejenige eines Nebeneffekts, zukommt. Deshalb müssen die durch den Kindergartenbesuch entstehenden Kosten als solche der Erziehung und damit als Bedarf des Kindes angesehen werden. Für die Beurteilung kann es auch **nicht darauf ankommen**, ob der Kindergarten **halbtags, überhalbtags oder ganztags** erfolgt. Denn die erzieherische Bedeutung ist davon unabhängig und in jedem Fall gegeben.“

2. An dieser Beurteilung hat sich **mit dem neueren Urteil vom 26.11.2008 nichts geändert**. Wesentlich ist vielmehr, dass der BGH – abweichend von der früheren Entscheidung – nicht mehr der Ansicht ist, wenigstens die Kosten für einen halbtägigen Kindergartenbesuch bis zu einer Größenordnung von 50 EUR seien regelmäßig im Mindestunterhalt enthalten. Vielmehr wird mit ausführlicher Begründung dargelegt, dass es sich allgemein um über den Grundbedarf – und damit dessen Deckung durch den Mindestunterhalt – hinausgehenden **Mehrbedarf des Kindes** handle, für den nach den üblichen Maßstäben **beide Elternteile nach Maßgabe ihrer Leistungsfähigkeit** aufzukommen haben.

3. Daraus lassen sich jedenfalls folgende Schlüsse ziehen:

- In Betracht kommen nur Aufwendungen für ein Kind **nach Vollendung des dritten Lebensjahrs** bis zum Schuleintritt. Betreuungskosten, die zuvor anfallen (zB auch in Kinderkrippen, Krabbelstuben usw), sind nicht nach allgemeinen pädagogischen Grundsätzen erforderlich und deshalb kein Kindesbedarf.

- Auch für ein Kind ab dem vierten Lebensjahr kommen nur solche finanziellen Aufwendungen als Bedarfsposition des Kindesunterhalts in Betracht, die **für Kindergärten oder vergleichbare Einrichtungen** (Kindertagesstätten, Kindergruppen) erbracht werden, bei denen die **gezielte pädagogische Betreuung und die Begegnung mit anderen Kindern** im Vordergrund steht. Maßstab müssen die vom BGH zitierten gesetzlichen Vorgaben für die Qualität von Kindergärten sein.

II. Bedarfsberechnung

Wie ist der Bedarf konkret zu berechnen?

1. Auszugehen ist von dem Betrag, der vom Träger der Einrichtung für den Besuch des Kindes **in Rechnung gestellt** wird. Hierbei wird man den **Rahmen der üblichen Beitragssätze** zu berücksichtigen haben. In der Entscheidung vom 05.03.2008 sprach der BGH von „sozialverträglich gestalteten Kindergartenbeiträgen.“

Besucht ein Kind eine Einrichtung, die aus bestimmten Gründen besonders hohe Kosten verursacht, etwa weil es sich um einen **privaten Träger mit besonders anspruchsvollen Konzept** handelt, wird es darauf ankommen, ob bei gemeinsamer Sorge beide Eltern zugestimmt haben. Ist dies nicht der Fall und sprechen nicht ausnahmsweise besondere zwingende Gründe für diese Einrichtung, wird die Heranziehung des anderen Elternteils nur nach Maßgabe der Kosten in Betracht kommen, die eine für das Kind zumutbare übliche Einrichtung in Rechnung stellen würde.

2. Von den hiernach zugrunde zu legenden Beträgen sind aber die **Verpflegungskosten** abzuziehen. Möglicherweise werden Kindergartenträger künftig dazu übergehen, diese gesondert auszuweisen, um insofern die Unterhaltsermittlung zu erleichtern.

Hilfsweise käme in Betracht – da es um eine **pauschalierende Berücksichtigung häuslicher Ersparnis** geht –, die Werte aus der „Verordnung über die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung von Zuwendungen des Arbeitgebers als Arbeitsentgelt (**SvEV**)“ zugrunde zu legen. Nach § 2 Abs. 1 Nr 2 dieser Regelung beträgt der **monatliche Wert eines Mittagessens 82 EUR**. Wird das Mittagessen nicht im vollen Monat gewährt, ist die Zahl der Tage mit jeweils 1/30 des genannten Betrags zu vervielfachen. Da hierbei nur Durchschnittswerte der Tage des Kindergartenbesuchs angesetzt werden können, käme man zu einer monatlichen **Größenordnung von höchstens ca 55 EUR**.

III. Weitere Einzelfragen zur Berechnung des Mehrbedarfs

1. Anteilige Haftung der Eltern für den Mehrbedarf

In welcher Weise haften die Eltern für diesen Mehrbedarf?

Hierfür sind die **allgemein bekannten Grundsätze für die Ermittlung und Verteilung eines Mehrbedarfs** auf die Eltern heranzuziehen. Die anrechenbaren Einkommen beider Eltern über dem Sockelbetrag des angemessenen, ggf des notwendigen Selbstbehalts werden ins Verhältnis zueinander gesetzt und hieraus eine Haftungsquote gebildet (vgl zB Nr 13.3 Abs. 1 bzw 4 der Süddeutschen Leitlinien).

Zur **Bereinigung der anrechenbaren Nettoeinkommen** bemerkt *Klinkhammer* (in: Wendl/Staudigl, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, 7. Aufl. 2008, § 2 Rn 294):

„Von dem jeweiligen Nettoeinkommen sind zunächst **alle notwendig zu erfüllenden Verpflichtungen** für Steuern, Krankheits- und Altersvorsorge, Pflegeversicherung, mit der Berufstätigkeit eines Elternteils zusammenhängende Betreuungskosten, ggf ein Betreuungsbonus (vgl Rn 275, 275a) abzuziehen, ferner berücksichtigungswürdige Verbindlichkeiten und **Unterhaltszahlungen an andere Berechtigte**, insbesondere an gleichrangige Geschwister und Halbgeschwister des unterhaltsberechtigten minderjährigen Kindes; denn die entsprechenden Gelder stehen zur Bestreitung des eigenen Bedarfs nicht zur Verfügung in (BGH FamRZ 1988, 1039).“

In dem zuletzt genannten BGH-Urteil aaO ist hierzu ausgeführt:

„Bei der Bemessung der Haftungsanteile gemäß § 1606 Abs. 3 S. 1 BGB handelt es sich um die Verteilung der Unterhaltslast nach der Leistungsfähigkeit zwischen gleichrangig Verpflichteten (hier: der Eltern). Diese ist nach den für Unterhaltszwecke tatsächlich verfügbaren Mitteln zu bestimmen. Das rechtfertigt es, aufseiten des Beklagten den an seine Tochter während deren Minderjährigkeit zu zahlenden Barunterhalt von 605 DM vorweg abzusetzen, denn dieser Betrag steht für seinen eigenen und den Unterhalt des Klägers nicht mehr zur Verfügung (vgl Senatsurteil vom 06.11.1985, IVb ZR 69/84 = FamRZ 1986, 153, 154).“

2. Vorwegabzug des Mindestunterhalts gleichrangiger Berechtigter?

Ist der Mindestunterhalt eines gleichrangigen Berechtigten vorweg abzuziehen?

Nach den vorstehend dargelegten Grundsätzen sollte außer Frage stehen, dass jedenfalls die Erfüllung des Unterhaltsanspruchs eines gleichrangigen Berechtigten mindernd zu berücksichtigen ist, weil sie das verfügbare Einkommen des Schuldners verringert.

3. Vorwegabzug des Mindestunterhalts des Berechtigten?

Gilt das auch für den laufenden Mindestunterhalt des Berechtigten selbst?

Es erscheint dann nur folgerichtig, bei der Ermittlung der Leistungsfähigkeit für den Mehrbedarf eines bestimmten Kindes auch den an dieses zu entrichtenden Mindestunterhalt abzuziehen. Denn da dieser Betrag in jedem Fall geschuldet wird, steht auch der entsprechende Einkommensanteil des Pflichtigen nicht mehr zur Verfügung, um hieraus ggf den Mehrbedarf zu decken.

4. Abzug mit oder ohne Kindergeldverrechnung?

Geschieht der Abzug mit oder ohne Kindergeldverrechnung?

Nach dem oben ausführlich dargestellten Zweck der Berücksichtigung anderweitiger Unterhaltsverpflichtungen sollte es keiner näheren Begründung mehr bedürfen, dass nur die tatsächlich an ein bestimmtes Kind erbrachte Leistung – und damit unter Kürzung in Höhe des gem. § 1612b Abs. 1 BGB anzurechnenden Kindergeldanteils – zu berücksichtigen ist.

5. Wertmäßiger Vorwegabzug beim betreuenden Elternteil?

Der Betreuungsunterhalt eines Elternteils entspricht wertmäßig dem Barunterhalt (§ 1606 Abs. 3 S. 2 BGB). Ist bei der Berechnung der Haftungsquote für diesen Elternteil ebenfalls der Mindestunterhalt wertmäßig vorweg abzuziehen?

In dem oben zitierten Urteil hat der BGH (FamRZ 1988, 1039) klar ausgesprochen, dass bei der Feststellung des anrechnungsfähigen Einkommens zwecks Ermittlung der Haftungsquoten nur Barunterhalt mindernd angesetzt werden kann, nicht aber der von

einem Elternteil ggf erbrachte Betreuungsunterhalt. Dies hat der Senat wie folgt begründet:

„Demgegenüber wird aufseiten der Mutter des Klägers deren **verfügbares Einkommen nicht dadurch geschmälert**, dass sie ihrer Tochter **Betreuungsunterhalt** leistet. Durch die Pflege und Erziehung der Tochter erfüllt die Mutter zwar ihre Verpflichtung, zu deren Unterhalt beizutragen (§ 1606 Abs. 3 S. 2 BGB). Das hat indessen nur zur Folge, dass sie während der Minderjährigkeit der Tochter zu deren Unterhalt nicht außerdem durch Barleistungen beitragen muss. Aus der Bestimmung lässt sich aber **nicht herleiten**, dass die Mutter ihre **Einkünfte um einen fiktiven Betrag kürzen** kann, um die für die Berechnung des Haftungsanteils am Unterhalt des (volljährigen) Klägers maßgeblichen Erverbsverhältnisse zu ihren Gunsten zu beeinflussen. Auch wenn die der Tochter erbrachten Betreuungsleistungen die Kräfte der Mutter neben ihrer Erwerbstätigkeit zusätzlich beanspruchen, bleibt das tatsächlich verfügbare Einkommen der Mutter unangetastet; sie wird durch den mit der Betreuung des noch minderjährigen Kindes verbundenen Arbeits- und Zeitaufwands allenfalls daran gehindert, einem Nebenerwerb (zB Nachhilfestunden) nachzugehen.“

IV. Formulierung von Unterhaltstiteln

Wie ist ein entsprechender Unterhaltstitel zu formulieren?

Da es sich um Mehrbedarf handelt, der neben den Mindestunterhalt tritt, muss er auch gesondert festgesetzt werden. Ausgehend von der den barunterhaltspflichtigen Elternteil treffenden Haftungsquote muss der entsprechende Betrag **konkret als zusätzliche Verpflichtung in der Urkunde formuliert** bzw ggf ausgeurteilt werden.

Eine urkundliche Verpflichtung könnte etwa sinngemäß lauten:

„Außerdem verpflichte ich mich, ab ... ebenfalls monatlich im Voraus, die rückständigen Beträge sofort, einen Anteil zu den Kindergartenkosten in Höhe von ... EUR zu zahlen. Diese Verpflichtung besteht fort, solange mein Kind den Kindergarten besucht.“

Im Fall einer **Steigerung der Kindergartenbeiträge**, die eine **Abänderung des Titels** rechtfertigt, ist diese nach Maßgabe des ab 01.09.2009 geltenden § 239 Abs. 1 FamFG möglich. Insoweit ist keine Wesentlichkeitsschranke vorgesehen (FGG-RG-

RegE in BT-Drucks. 16/6308, 258). Eine solche ist aber weiterhin – wie bisher gem. § 323 Abs. 1 ZPO – bei der Abänderung gerichtlicher Entscheidungen nach § 238 Abs. 1 FamFG zu beachten.

V. Rückwirkende Geltendmachung des Mehrbedarfs?

Kann der Mehrbedarf nach den neuen Rechtsprechungsgrundsätzen rückwirkend gefordert werden?

1. Zwar hat der BGH im Urteil vom 26.11.2008 betont: Seine nunmehrige Auffassung, dass Kindergartenbeiträge keinesfalls in dem Grundbedarf oder Mindestunterhalt enthalten seien, gilt sowohl für die Zeit vor dem 31.12.2007 als auch für die Zeit nach dem Inkrafttreten des Unterhaltsänderungsgesetzes 2007 am 01.01.2008.

2. Doch kann selbstverständlich nicht ein betreuender Elternteil nunmehr nach Belieben die Forderung nach einer rückwirkenden Beteiligung des anderen Elternteils an den bisher schon erbrachten Kosten erheben. Auch insoweit gilt wie bei jeder Unterhaltsforderung die **Schranke des § 1613 Abs. 1 S. 1 BGB** und der hierdurch gewährleistete **Vertrauensschutz**.

Wurde der Unterhalt in der Vergangenheit ohne Berücksichtigung von Mehrbedarf durch Kindergartenbeiträge tituliert, schließt dies eine rückwirkende Nachforderung aus.

3. Soweit allerdings derzeit **Einkommensüberprüfungen laufen** und der Schuldner zu diesem Zweck jedenfalls erstmals zur Mitteilung seiner wirtschaftlichen Verhältnisse aufgefordert wurde, ermöglicht dies bei entsprechender Leistungsfähigkeit auch seine rückwirkende Heranziehung ab dem nach § 1613 Abs. 1 BGB maßgebenden Monat.

Fraglich ist, ob sich der Schuldner auf einen Vertrauensschutz berufen kann, wenn ein Titel auf der Grundlage seines bisherigen Einkommens vorliegt, ihm aber eine turnusgemäße Aufforderung zur Auskunft gem. § 1605 BGB zugegangen ist. Theoretisch denkbar wäre der Einwand, er habe vor Bekanntwerden des BGH-Urteils im Mai 2009 nur mit Erhöhungen rechnen müssen, die sich im Rahmen des bisherigen Bedarfs des Kindes unter Berücksichtigung seines nunmehr ggf. höheren Einkommens hielten, nicht aber mit für ihn nicht erkennbarem Mehrbedarf. Diese Frage ist sicher streitträchtig. Es bleibt abzuwarten, zu welcher Meinung die Gerichte im Einzelfall neigen werden.

VI. Umgang mit der neuen Rechtslage

Wie sollen die Beistände auf die neue Rechtslage reagieren?

1. Eindeutig ist, dass die neue Rechtslage **jedenfalls mit Wirkung für die Zukunft zu berücksichtigen** ist und nach Maßgabe der unter V. gegebenen Hinweise ggf im Rahmen bereits laufender Einkommensprüfungen zum Zweck der Unterhaltsfestsetzung.
2. Jedenfalls dann, wenn ein **betreuender Elternteil sich ausdrücklich an den Beistand wendet** und bittet, den anderen Elternteil zur entsprechenden Kostenbeteiligung aufzufordern, wird das Jugendamt nicht umhin können, dem alsbald zu entsprechen.
3. Wir halten es aber auch für **notwendig und zumutbar, in einem überschaubaren Zeitraum von 2 bis 3 Monaten alle Elternteile zu kontaktieren**, die eine Beistandschaft für ein Kind im Alter von 3 bis 7 Jahren beantragt haben und sie **auf die neue Rechtslage hinzuweisen**. Dabei sollte allerdings von vornherein klargestellt werden, dass der Beistand nur dann sachgerecht tätig werden kann, wenn dieser Elternteil die **notwendigen Angaben über sein eigenes Einkommen übermittelt**. Die aufgrund der neuen Rechtslage vermehrte Belastung der Jugendämter kann allenfalls dann erträglich gehalten werden, wenn die betreuenden Elternteile sich hier kooperativ und mitwirkungsbereit zeigen und die Vorlage der für weitere Schritte notwendigen Einkommensangaben veranlassen.