

HINWEISE

des Deutschen Instituts für Jugendhilfe und Familienrecht (DIJuF) e. V.

vom 15. Juni 2005

zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz
Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Unterhaltsrechts (Unterhalts-
rechtsänderungsgesetz)

I. Vorbemerkung

Die nachfolgende Stellungnahme beschränkt sich schwerpunktmäßig auf die Regelungen, die unmittelbar bzw. mittelbar Auswirkungen auf den Kindesunterhalt sowie den Unterhaltsanspruch von Kinder erziehenden Elternteilen haben. Das entspricht der Aufgabenstellung des Instituts und der ihm als Mitglieder angeschlossenen Jugendämter, denen die gesetzliche Vertretung unterhaltsberechtigter minderjähriger Kinder als Beistand (§§ 1712 ff. BGB) und die Beratung sowie Unterstützung von allein erziehenden Elternteilen und von volljährigen Kindern obliegt (§ 18 Abs. 1, 2 und 4 SGB VIII).

Unter diesem Blickwinkel ist die **Zielrichtung des Entwurfs uneingeschränkt zu begrüßen**. Das gilt in ganz besonderem Maße für

- den absoluten Vorrang des Unterhaltsanspruchs minderjähriger Kinder,
- die Festlegung eines ausdrücklichen Mindestunterhaltsanspruchs als Beitrag zu größerer Rechtsklarheit.

II. Zu einzelnen Bestimmungen

1. § 1609 BGB-E

a) Grundsätzlich ist das **klar abgestufte Verhältnis der Unterhaltsberechtigungen** nach dieser Entwurfsvorschrift eine deutliche Verbesserung im Vergleich zum bisherigen Recht. Der absolute Vorrang minderjähriger Kinder ist familienpolitisch sachgerecht und kann in nicht wenigen Fällen insoweit auch die Zahlungsbereitschaft der Schuldner erhöhen, weil diese in der Regel noch am ehesten einsehen, für den Unterhalt dieser Kinder aufkommen zu müssen.

Vielfach werden auch **Unterhaltsberechnungen ausschließlich für Kinder vereinfacht**, weil für den Anspruch eines familienfernen Kindes nicht mehr der – bisher konkurrierende – Unterhaltsanspruch der jetzigen Ehefrau des Schuldners berücksichtigt werden muss mit der häufigen Folge einer Mangelfallberechnung.

Eine solche ist künftig bei der Berechnung des Kindesunterhalts nur dann noch erforderlich, wenn das zur Verfügung stehende Einkommen des Schuldners über dem notwendigen Eigenbedarf nicht einmal zur Deckung des Bedarfs aller gleichrangigen minderjährigen Kinder ausreicht.

b) Dass der **Unterhaltsanspruch eines Elternteils, der Kinder betreut**, an zweiter Stelle steht, ist ebenso sachgerecht. Im Ergebnis führt dies insbesondere zu einer Aufwertung des bisher stets nachrangigen Anspruchs der nicht verheirateten Mutter. Vor diesem Schritt hatte der Gesetzgeber der Kindschaftsrechtsreform zum 1. Juli 1998 noch zurückgeschreckt, weil er den Vorwurf fürchtete, hierdurch eine Regelung „zu Lasten der Ehe“ zu schaffen. Über diese Bedenken ist die Zeit offenbar hinweggegangen.

c) Nicht unbedenklich erscheint allerdings, dass der **Unterhaltsanspruch volljähriger Kinder viertrangig** werden soll und damit auch hinter den Anspruch einer „sonstigen“ – selbst einer geschiedenen – Ehefrau (die sich weder auf Kindererziehung berufen kann noch auf eine Ehe von langer Dauer im Sinne der 2. Rangstufe) zurückfällt. Es wäre zu prüfen, ob diese beiden Unterhaltsberechtigten aus grundsätzlichen Erwägungen nicht zumindest gleichen Rang erhalten sollten. Eine ausdrückliche Rechtfertigung dafür, volljährige Kinder im Rang noch hinter den „zweitklassigen“ Ehegatten zurücktreten zu lassen, lässt sich der Begründung jedenfalls nicht entnehmen.

Der aus Sicht der Entwurfsverfasser möglicherweise eintretende Nachteil, die lupenrein abgestufte Rangfolge auf einer Stufe doch wieder durch einen Gleichrang zu durchbrechen, sollte abgewogen werden mit dem andererseits familienpolitisch un-

günstigen Signal, dass volljährige Kinder im Unterhaltsrecht weniger zählen als Ehegatten selbst der „zweiten unterhaltsrechtlichen Ordnung“.

d) Es dürfte jedenfalls anzunehmen sein, dass nach Ausschöpfung der Unterhaltsansprüche auf der ersten und zweiten Rangstufe in der ganz überwiegenden Zahl der Unterhaltsfälle kaum noch etwas zu verteilen sein wird und daher schon die dritte Rangstufe, erst recht aber volljährige Kinder der vierten Rangstufe zumeist leer ausgehen werden.

Zwar sollen mehrstufige Mangelfallberechnungen entfallen, was sicherlich eine **Ver-einfachung** darstellt. Die **Berechnung für nachrangig Berechtigte** bleibt aber nach wie vor teilweise **schwierig**, wie die Hinweise auf Seite 37/38 der Entwurfsbegründung belegen (leistungssteigernde Verwendung des Kindergeldanteils, Reduzierung der Selbstbehaltsätze, rechnerische Behandlung des einkommensteuerlichen Splittingvorteils aus einer neuen Ehe).

Wenngleich die Unterhaltsberechnungen der Jugendämter als Beistände aus dem unter a) genannten Grund einfacher werden mögen, ist doch nicht zu verkennen, dass eine wesentliche Aufgabe auch die **Beratung** und Unterstützung in Unterhaltsfragen **nach § 18 Abs. 1 SGB VIII** darstellt, auf die neben allein erziehenden unverheirateten Müttern auch Volljährige bis 21 Jahre Anspruch haben (vgl. Absatz 2 und 4 der Vorschrift). Insoweit müssen sich die **Jugendämter** in Einzelfällen doch weiterhin mit der Systematik der **Berechnung auch nachrangiger Unterhaltsansprüche befassen**, was den in der Entwurfsbegründung hervorgehobenen Entlastungseffekt beim Kindesunterhalt etwas relativiert.

e) Mit dem Vorrang der Kindesunterhaltsansprüche nach § 1609 Nr. 1 BGB-E erwarten wir eine durchaus signifikante **Entlastung der Unterhaltsvorschusszahlungen**. Die Fallzahlen aktiver Gewährung dürften spürbar sinken und es wird eine Verlagerung zu Lasten des Elternteils stattfinden, der Betreuungs-, Ehegatten- oder nahehehlichen Unterhalt verlangen kann. Ist dieser Elternteil seinerseits sozialleistungsberechtigt, so trifft die Erwartung im Referentenentwurf zu, dass sich die Haushaltsentlastung ausgleichen könnte. Allerdings sind durchaus nicht alle Elternteile, die für ihr Kind Unterhaltsvorschuss beziehen, selbst sozialleistungsberechtigt bzw. beziehen solche.

Daher dürften die Änderungen insgesamt Einsparungen für die öffentlichen Haushalte bringen. Allerdings ist zu bedenken, dass die Entlastung bei den Unterhaltsvorschussleistungen nicht allein den Kommunen zugute kommt, sondern auch dem Bund (und den Ländern). Die Mehrbelastungen im Bereich der Sozialhilfe und des Arbeitslosengelds II treffen hingegen die Kommunen (allein).

2. § 1612 a BGB-E

Zu Absatz 1

a) Zu begrüßen ist die ausdrückliche **Klarstellung** im Gesetzeswortlaut wie auch in der Begründung, dass nunmehr – wieder – ein **Mindestunterhalt** für minderjährige Kinder festgelegt werde. Damit entfallen künftig die begrifflichen und inhaltlichen Schwierigkeiten, die sich insbesondere im Anschluss an das Urteil des BGH vom 6. Februar 2002 (JAmt 2002, 141= FamRZ 2002, 536) ergeben hatten.

b) Die **Anknüpfung an den Kinderfreibetrag** gem. § 32 Abs. 6 S. 1 EStG erscheint für sich genommen gut begründbar und folgerichtig. Sie beseitigt einen Wertungswiderspruch zwischen Unterhalts- und Steuerrecht.

Erfreulich ist, dass damit ohne weiteres auch die bisherige Unterscheidung zwischen dem Unterhaltsbedarf von Kindern in den alten Bundesländern und dem Beitrittsgebiet entfällt, die nach 15 Jahren seit der Wiedervereinigung nicht mehr zeitgemäß ist. In anderen Bereichen (z. B. Rechtsanwaltsvergütung, Gerichtsgebühren, Vormund- und Betreuervergütung) wurde zum Teil auf Druck des Bundesverfassungsgerichts inzwischen eine vergleichbare Differenzierung aufgegeben.

Hinzuweisen ist aber auf folgende **regelungstechnische Problematik**:

Im geltenden Recht ist die periodische Zuordnung des Unterhalts einfach: § 1612 a Abs. 1 BGB verweist auf die Regelbetrag-Verordnung, diese legt *monatliche* Regelbeträge fest.

Demgegenüber ist in § 1612 a Abs. 1 BGB-E rechtssystematisch nicht unproblematisch die Definition des *jährlichen* Mindestunterhalts ohne Klarstellung, wie sich hieraus die **Anknüpfung an den Anspruch auf eine monatlich im Voraus zu zahlende Geldrente** (§ 1612 Abs. 3 S. 1 BGB) ergeben kann. Offenbar gewollt und praktisch sinnvoll ist allein, die monatliche Rente als **1/12 des maßgebenden jährlichen Mindestunterhalts** (bzw. eines Prozentsatzes hiervon) aufzufassen. Das sollte aber auch deutlich gemacht werden, um die mögliche Fehlvorstellung zu unterbinden, es sei eine *taggenaue* Berechnung des auf den jeweiligen Monat entfallenden anteiligen Jahresunterhalts erforderlich.

Vorgeschlagen wird folgende Formulierung:

„Ein minderjähriges Kind kann von einem Elternteil, mit dem es nicht in einem Haushalt lebt, den Unterhalt als Prozentsatz *von einem Zwölftel* des Mindestunterhalts verlangen.“

c) Der derzeit maßgebende Freibetrag ist 1.824 EUR, verdoppelt 3.648 EUR. Hiervon sind 1/12 als monatliche Bezugsgröße = 304 EUR. Für die Kindergeldanrechnung gilt § 1612 b Abs. 5 BGB-E.

Gesehen werden muss, dass die sich hiernach **bei der derzeitigen Höhe des Freibetrags ergebenden Zahlbeträge**

1. Altersstufe 85% von 304 EUR = 259 EUR abzgl. 77 EUR KG-Anteil = **182 EUR**,
2. Altersstufe 100% von 304 EUR = 304 EUR abzgl. 77 EUR KG-Anteil = **227 EUR**,
3. Altersstufe 115% von 304 EUR = 350 EUR abzgl. 77 EUR KG-Anteil = **273 EUR**

unter den Zahlbeträgen liegen, die **ab 1. Juli 2005 aus den maßgebenden Regelbeträgen (West)** folgen.

Diese sind für die

1. Altersstufe 199 EUR, also eine Differenz von **17 EUR** zu 182 EUR,
2. Altersstufe 257 EUR, also eine Differenz von **30 EUR** zu 227 EUR,(*)
3. Altersstufe 316 EUR, also eine Differenz von **43 EUR** zu 273 EUR.(**)

(*) *außer in der ersten Einkommensgruppe, bei der sich ein Zahlbetrag von 247 EUR und damit nur eine Differenz von 20 EUR ergibt.*

(**) *außer in den beiden ersten Einkommensgruppen, in denen sich Zahlbeträge von 291 EUR bzw. 312 EUR und damit jeweils nur eine Differenz von 18 EUR bzw. 39 EUR ergeben.*

Soweit in der Entwurfsbegründung (V.1 auf S. 20, 2. Abs.) bemerkt wird, die gesetzliche Definition des Mindestunterhalts minderjährigen Kinder werde „zu allenfalls **geringfügigen** Verschiebungen bei der Höhe des Kindesunterhalts führen“, ist diese **Aussage fragwürdig**, weil Änderungen jedenfalls in der 2. und 3. Altersstufe von 11,6 % bzw. 13,6 % wohl kaum mehr als geringfügig bezeichnet werden können.

Abgesehen davon, dass jede Verringerung von Zahlbeträgen von den in Unterhaltsbelangen sorgeberechtigten Elternteilen als Beeinträchtigung empfunden wird und auch aus familienpolitischer Sicht keine günstige Signalwirkung haben kann, ist auch Folgendes zu bedenken: Seit der Änderung des § 1612 b Abs. 5 BGB zum 1. Januar 2001 wurde von Politik, Rechtsprechung und auch der jugendamtlichen Praxis vertreten, dass **135 % des Regelbetrags das Existenzminimum eines Kindes** und damit faktisch den Mindestunterhalt darstellten. Es bringt zumindest **argumentative Schwierigkeiten**, nunmehr die Bezugnahme auf den steuerrechtlichen Freibetrag und damit im Ergebnis zum Teil deutlich niedrigere Unterhaltsbeträge zu rechtfertigen (auch wenn dies abstrakt mit den Ausführungen auf S. 45/46 möglich sein mag).

Wenn in der Entwurfsbegründung auf S. 20 a. a. O. ausgeführt ist, die bisherige Regelung habe sich zunehmend von dem tatsächlichen Existenzminimum entfernt, kommt dies letztlich dem **Eingeständnis** gleich, dass zumindest in den letzten zwei bis drei Jahren der Unterhalt aufgrund einer **Fehlentscheidung des Gesetzgebers** im KindUG zu § 1612 a BGB bzw. anlässlich der Neufassung des § 1612 b Abs. 5 BGB im Allgemeinen zu hoch festgesetzt worden sei.

Es ist zu hoffen, dass bis zum In-Kraft-Treten einer Neuregelung auch der steuerrechtliche Freibetrag in einer Weise angehoben werden kann, welche die Differenz zu den dann maßgebenden Regelbeträgen verringert, um die Brisanz der sicherlich zu erwartenden Diskussionen mit den sorgeberechtigten Elternteilen zu entschärfen.

Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass sich die Problematik wohl aber nur für Kinder stellt, die bisher Unterhalt auf der Grundlage des § 1 RegelbetragVO erhalten haben. Für die **im Beitrittsgebiet** maßgebenden Unterhaltsbeträge dürften sich in der Tat allenfalls **unwesentliche Verschiebungen** ergeben.

Zur Aufhebung der Absätze 3 bis 5

a) Die Aufhebung der Absätze 3 bis 5 ist grundsätzlich folgerichtig, soweit diese sich auf die Regelbeträge des geltenden Rechts beziehen, welche nach der Entwurfskonzeption für „Neufälle“ keine Bedeutung mehr haben.

Allerdings ist auf Folgendes hinzuweisen: Die Bestimmung in § 1612 a Abs. 3 S. 2 BGB legt sinngemäß fest, dass der **für eine höhere Altersstufe** geschuldete Unterhalt bereits **ab dem Beginn des Monats maßgebend ist, in dem das Kind das betreffende Lebensjahr vollendet**. Damit wird die praktische Arbeit bei der Unterhaltseinziehung wesentlich erleichtert, indem eine anteilige Berechnung aus der bisherigen und der höheren Altersstufe für den jeweiligen Monat vermieden wird.

Beispiel: Vollendet ein Kind das sechste Lebensjahr am 12. August, müsste andernfalls der Unterhalt vom 1. bis 11. dieses Monats (vgl. § 187 Abs. 2 S. 2 BGB) nach dem Regelbetrag der ersten Altersstufe, für den 12. bis 31. August hingegen nach der zweiten Altersstufe berechnet werden.

Es ist kein überzeugender Grund dafür ersichtlich, der Praxis künftig diese Erleichterung zu versagen und zu der vor dem 1. Juli 1998 gezwungenermaßen erforderlich gewesen Komplizierung einer taggenauen Berechnung zurückzukehren.

Deshalb sollte **an Absatz 1 Satz 1 als weiterer Satz angefügt** werden:

„Der Mindestunterhalt einer höheren Altersstufe ist ab dem Beginn des Monats maßgebend, in dem das Kind das betreffende Lebensjahr vollendet.“

b) Darüber hinaus sollte sogar erwogen werden, ob dieser Gedanke nicht auch **für den Monat der Geburt** gelten kann, für welchen auch nach geltendem Recht noch eine Bruchteilsrechnung erforderlich ist:

„Der Mindestunterhalt der ersten Altersstufe ist ab dem Beginn des Monats maßgebend, in dem das Kind geboren wird.“

Dieser Satz wäre gegebenenfalls dem zuvor vorgeschlagenen Satz voranzustellen.

Es führt nämlich zu einer übertriebenen Genauigkeit und Scheingerechtigkeit zu Gunsten der Unterhaltspflichtigen, auch in diesem Fall etwa bei Geburt des Kindes am 4. Februar den Unterhalt um 3/28 zu kürzen, in Schaltjahren um 3/29, zumal gerade vor dem und im Geburtsmonat im Allgemeinen erhöhte Kosten anfallen und nicht in jedem Fall die Säuglingerstausstattung als Sonderbedarf geltend gemacht wird. In Einzelfällen mag es der Unterhaltspflichtige als ungerecht empfinden, für den gesamten Monat aufkommen zu müssen, wenn das Kind in den letzten Tagen dieses Monats geboren wird. Das ist aber das Risiko jeder pauschalierenden Regelung und hat den Gesetzgeber auch nicht davon abgehalten, im geltenden § 1612 a Abs. 3 S. 2 BGB die Maßgeblichkeit des Regelbetrags der höheren Altersstufe allgemein vorzuschreiben. Auch in diesem Fall kann es schließlich vorkommen, dass der Pflichtige z. B. den höheren Unterhalt der dritten Altersstufe für den gesamten Monat Dezember auch dann zahlen muss, wenn das Kind etwa am 30. Dezember Geburtstag hat.

Die Praxis würde es sehr schätzen, wenn durch diese Vereinfachung auch für den Monat der Geburt eine taggenaue Berechnung entfiel.

3. § 1612 b Abs. 5 BGB-E

a) Grundsätzlich ist zu begrüßen, dass auch weiterhin das Kindergeld zur Deckung des Kindesbedarfs herangezogen werden soll, soweit der Pflichtige außer Stande ist, den Mindestunterhalt zu leisten. Ungeachtet der anlässlich der Neufassung des § 1612 b Abs. 5 BGB zum 1. Januar 2001 verbreitet geäußerten Kritik an der gesetzlichen Regelungssystematik ist die abgestufte Nichtanrechnung des Kindergelds der Praxis inzwischen vertraut und vor allem mit Hilfe der in der „Düsseldorfer Tabelle“ und den Unterhaltsleitlinien aufgenommenen Spezialtabellen auch zu bewältigen.

b) Allerdings sperrt sich ein Teil der Rechtsprechung offenbar noch immer gegen eine an den Gesetzeswortlaut angelehnte dynamische Formulierung der Kindergeldanrechnung, die nach neuem Recht im Regelfall etwa in folgendem Sinne lauten müsste:

„Angerechnet wird die Hälfte des gesetzlichen Kindergelds für ein erstes Kind. Die Anrechnung unterbleibt, soweit der Unterhaltsbetrag unter dem gesetzlichen Mindestunterhalt liegt.“

Im bisherigen Recht wurde eine entsprechende Dynamisierung insbesondere abgelehnt vom OLG München JAmt 2001, 295; OLG Naumburg FamRZ 2001, 854 und FamRZ 2002, 837; OLG Saarbrücken JAmt 2002, 94; OLG Oldenburg JAmt 2002, 270; *Soyka* FamRZ 2001, 740 (742). Hingegen hält eine ebenfalls verbreitete Auffassung in Rechtsprechung und Literatur eine **dynamische Anrechnung des Kindergelds grundsätzlich für zulässig** (OLG Düsseldorf JAmt 2001, 550 unter Aufgabe der früheren abweichenden Entscheidungen in JAmt 2001, 368 und JAmt 2001, 550; OLG Düsseldorf FamRZ 2002, 1046; OLG Hamm JAmt 2001, 369; OLG-Report Frankfurt 2001, 348; *Gerhardt* FamRZ 2001, 73; *Bäumel* JAmt 2001, 264 (268); *Knittel* DAVorm 2000, 826).

Jedoch würde nur eine solchermaßen **offen gehaltene Formulierung den Titel wirklich dynamisieren**, d. h., sowohl bei einer Erhöhung des Kindergelds als auch einer Veränderung des nach dem Einkommen des Schuldners maßgebenden Tabellenbetrags erlauben, daraus den geschuldeten Betrag abzulesen und zu vollstrecken. Bei einer Anrechnung des hälftigen Kindergelds als Festbetrag wäre in beiden genannten Fällen der Unterhaltstitel jeweils nicht mehr aktuell und müsste gegebenenfalls im Rahmen der gesetzlichen Möglichkeiten abgeändert werden. Der hiermit verbundene Verfahrensaufwand kann aber erspart werden, wenn die zulässige Dynamisierung des Titels auch auf die Kindergeldanrechnung erstreckt wird.

Es wäre wünschenswert, wenn der Gesetzgeber sich zumindest **in den Gründen der Neuregelung die Auffassung zu eigen machen** könnte, dass eine an den Gesetzeswortlaut des § 1612 b Abs. 5 S. 1 BGB angelehnte Tenorierung der Kindergeldanrechnung **hinreichend bestimmt** und damit vollstreckbar sei.

c) Zu begrüßen ist ferner die Festlegung in § 1612 b Abs. 5 S. 2 BGB-E, dass die abgestufte Anrechnung des Kindergelds nach Maßgabe der Unterhaltszahlung unter dem Mindestunterhalt **auch für volljährige Kinder** gelte. Insoweit wird ein erheblicher Streit in der obergerichtlichen Rechtsprechung beendet.

Die Auswirkungen und etwaige Folgeprobleme seien an folgenden Beispielen aufgezeigt:

Beispiel 1: Unterhaltsbedarf eines volljährigen Studenten 640 EUR. V allein und uneingeschränkt leistungsfähig. KG wird nicht an ihn ausbezahlt, obwohl es ihm allein zusteht (§ 64 Abs. 3 S. 2 EStG).

Anrechnung nach § 1612 b Abs. 3 BGB

V schuldet (640 – 154 =) 486 EUR

Beispiel 2: Unterhaltsbedarf eines volljährigen Studenten 640 EUR. V und M hatten anteilig nach ihren Einkommensverhältnissen z. B. auf 410 und 230 EUR. KG wird an M ausbezahlt, obwohl es V allein zusteht.

Anrechnung nach § 1612 b Abs. 1 und 2 BGB

Unterhaltsanspruch gegen V (410 – 77 =) 333 EUR

Unterhaltsanspruch gegen M (230 + 77=) 307 EUR

Beispiel 3: Unterhaltsbedarf eines volljährigen Studenten 640 EUR.

M leistungsunfähig, V kann nur 450 EUR aufbringen.

KG wird nicht an V ausbezahlt.

Zwar grundsätzlich Anrechnung nach § 1612 b Abs. 3 BGB,

wegen Absatz 5 S. 2-E aber im Erg. keine Anrechnung!

Die Anwendung der Vorschrift auf Volljährige mit eigener Lebensstellung bereitet somit wohl keine Probleme.

Soweit allerdings ein privilegierter volljähriger Schüler oder sonstiger **Volljähriger**, der **im Haushalt eines Elternteils** wohnt, den Bedarf nach Altersstufe vier der Düsseldorfer Tabelle geltend macht, ist auf folgendes **Problem** hinzuweisen:

Es ist in der Rechtsprechung höchst umstritten, ob dem Elternteil, bei dem das Kind wohnt, im Fall seiner Unfähigkeit zum Barunterhalt dennoch **im Hinblick auf tatsächliche Naturalleistungen die Hälfte des Kindergelds gutzubringen** und deshalb dem tatsächlich allein den Barunterhalt leistenden Elternteil nur zur Hälfte anzurechnen sei. Nach einer verbreiteten Auffassung soll diesem Elternteil das Kindergeld nach der gesetzlichen Wertung von § 64 Abs. 2 S. 1 EStG auch zur Hälfte angerechnet werden, weil er nach der Lebenserfahrung immer noch jedenfalls tatsächliche Unterhaltsleistungen erbringe (so OLG Celle FamRZ 2001, 47; OLG Brandenburg FamRZ 2002, 1216; OLG Düsseldorf FuR 2002, 331; OLG Nürnberg NJW-RR 2000, 598; Scholz, in: Wendl/Staudigl, Rn. 2/515; Büttner/Niepmann FamRZ 2001, 2215 (2218)). Die Gegenmeinung wendet hingegen § 1612 b Abs. 3 BGB entsprechend an mit der Begründung, die Halbteilung sei nur gerechtfertigt, wenn der das Kindergeld beziehende Elternteil nach dem Muster von § 1606 Abs. 3 S. 2 BGB Unterhalt leiste und hierzu auch verpflichtet sei (so OLG Düsseldorf FamRZ 1999, 1452; OLG Schleswig FamRZ 2000, 1245; OLG Braunschweig FamRZ 2000, 1246; OLG Hamburg JAmt 2001, 300; OLG Celle JAmt 2003, 615; OLG Stuttgart FamRZ 2004, 219; vgl. auch Becker FamRZ 1999, 65; Schumacher, in: Luthin, Rn. 3251).

Es wäre wenig erfreulich, wenn diese praktisch wichtige und von der Rechtsprechung nicht im Sinne einer h. M. beantwortete Streitfrage auch in das kommende Recht hineingetragen würde. Deshalb erscheint prüfenswert, ob dieser **Streit** nicht **durch den Gesetzgeber entschieden** werden könnte, wobei eine Lösung im erstgenannten Sinn wohl vorzugswürdig wäre.

4. § 1615 I BGB-E

Die **zeitliche Ausweitung des Anspruchs** des nicht verheirateten allein erziehenden Elternteils **auf Betreuungsunterhalt** über das vollendete dritte Lebensjahr des Kindes hinaus durch Herabstufung des Merkmals seiner Verweigerung von „grob unbillig“ auf „unbillig“ ist grundsätzlich **ein richtiger Schritt** im Interesse der betroffenen Kinder (vgl. auch oben b zu § 1609 BGB). Die damit notwendige Wertung des Einzelfalls wird allerdings auch – zumindest über mehrere Jahre hinweg – zu einer verbreiteten **Unsicherheit in der Rechtsanwendung** führen. Insbesondere die Jugendämter, die gem. § 18 Abs. 2 SGB VIII zur Beratung allein erziehender Mütter über deren Unterhaltsanspruch verpflichtet sind, werden bis zur Herausarbeitung gesicherter Maßstäbe in der Rechtsprechung über das Merkmal der „Billigkeit“ im Zweifel zu einer Klage raten müssen. Gleiches dürfte für die anwaltliche Beratung gelten.

5. Übergangsregelung in Art. 229 (15) EGBGB

Für die Übergangsproblematik sind beim **Kindesunterhalt** folgende **Fallgruppen** zu unterscheiden

(wobei im Folgenden zur Vereinfachung darauf abgestellt wird, dass ein nach bisherigem Recht errichteter **Unterhaltstitel vorliegt**. Nicht vollstreckbare Vereinbarungen über den Kindesunterhalt spielen in der Praxis eine absolut untergeordnete Rolle. Im Übrigen ist § 1612 a Abs. 1 BGB in der geltenden wie in der künftigen Fassung dahingehend zu verstehen, dass das Kind Anspruch auf einen *vollstreckbaren Titel* hat und diesen errichten lassen kann, auch wenn der Schuldner bisher freiwillig einen ausdrücklich oder stillschweigend vereinbarten Unterhaltsbetrag zahlt, vgl. BGH FamRZ 1998, 1165 = DAVorm 1998, 705).

a) **Regelbetragstitel ohne Mangelfallberechnung wegen konkurrierender Ehegatten-Ansprüche**

aa) In diesem Fall soll der **Titel** grundsätzlich in der Weise **fortgelten**, dass der Unterhalt

- *in gleicher Höhe,*
- *als Prozentsatz des Mindestunterhalts zu leisten ist (Art. 229 § (15) Abs. 2 EGBGB).*

Die konkrete Umsetzung der Regelung bereitet allerdings einige **Verständnisschwierigkeiten**, wie auch erste Äußerungen aus der jugendamtlichen Praxis belegen. Deshalb sollte zumindest in der Begründung klargestellt werden, wie die Umrechnung vorgenommen werden muss.

Die Vorgabe, dass nach der Umrechnung vom Regelbetrag in den Mindestunterhalt die Zahlungspflicht des Schuldners in gleicher Höhe fortbestehen solle, lässt sich rechnerisch nur umsetzen, wenn *nicht* – wie die Gesetzesformulierung nahe legen könnte – *der geschuldete Regelbetrag bzw. ein Prozentsatz hiervon*, sondern **der Zahlbetrag nach – teilweiser – Anrechnung des Kindergelds in den Mindestunterhalt umgerechnet** wird (an dieser Stelle wird noch einmal deutlich, dass es regelungstechnisch sinnvoll wäre, die oben zu § 1612 a Abs. 1 BGB-E vorgeschlagene Klarstellung der Zwölfteilung des jahresbezogenen Mindestunterhalts aufzunehmen).

Beispiel: In 2002 wurde der Unterhalt für ein zehnjähriges Kind in Höhe von 121 % des Regelbetrags (West) unter dynamischer Anrechnung von Kindergeld nach Maßgabe des § 1612 b Abs. 5 BGB tituliert. Der Titel ist in der ersten Jahreshälfte 2007 schon nach neuem Recht zu vollstrecken. Der Zahlbetrag des zuletzt maßgebenden Regelbetrags nach der Kindergeldanrechnungstabelle beträgt für die jetzt einschlägige dritte Altersstufe 316 EUR.

Der Freibetrag nach § 32 Abs. 6 S. 1 EStG ist – hier zur Vereinfachung unterstellt – unverändert geblieben; für die dritte Altersstufe beträgt der bezifferte Mindestunterhalt weiterhin 350 EUR.

Die Rechnung müsste somit lauten: $316/350 = 90,3 \%$.

Das würde bedeuten, dass **in den Übergangsfällen die Anrechnung des Kindergelds** beim Ausgangsbetrag des Regelbetrags eine Rolle spielt, **bei dem Ergebnis aber vernachlässigt** wird: Im konkreten Beispiel wird der Prozentsatz des Mindestunterhalts geschuldet, ohne dass die Formel über die Kindergeldanrechnung auf den Mindestunterhalt nach neuem Recht nochmals herangezogen werden muss.

Wenn dieses Verständnis der Umrechnungsregel zutreffend ist, sollte es in der Gesetzesbegründung beispielhaft kurz erläutert werden, um mögliche Missverständnisse auszuschließen.

Hierdurch könnten auch bereits jetzt erkennbare Vorbehalte aus der jugendamtlichen Praxis gegen eine vermeintliche Kompliziertheit und Unübersichtlichkeit der Fortgeltung von Alttiteln abgebaut werden. Es ist zwar verständlich, wenn der Wunsch geäußert wird, durch eine Neutitulierung nach den dann maßgebenden Vorschriften über den Mindestunterhalt alsbald größere Klarheit zu schaffen. Gesehen werden muss aber auch, dass die Aufforderung an den Schuldner, den Unterhalt neu zu beurkunden, diesen auch zu dem Wunsch veranlassen kann, sich nur noch zu dem Betrag zu verpflichten, der nach neuem Recht geschuldet wäre. Zumindest müsste die Urkundsperson beim Jugendamt ihn entsprechend belehren. Der Wunsch nach Neutitulierung könnte somit dem Gläubiger den Vorteil der weiteren Geltendmachung des nach altem Recht in manchen Fällen höheren Unterhalts nehmen, ohne dass der Schuldner die Hürden eines sonst notwendigen Anpassungsverlangens überspringen musste (vgl. hierzu unten bb)

bb) Soweit die nach neuem Recht geschuldeten Unterhaltsbeträge zum Teil deutlich niedriger liegen als die – auch umgerechneten – Beträge der Alttitel (beim Regelbetrag nach § 1 der VO; vgl. oben zu § 1612 a Abs. 1 BGB-E unter c), käme eine **Anpassung zugunsten des Schuldners** in Betracht.

Die hierfür maßgebende Übergangsvorschrift in Art. 229 § (15) Abs. 1 EGBGB ermöglicht ein spezielles Abänderungsverfahren in entsprechender Anwendung des § 323 ZPO – ohne dessen Absatz 2 –, wenn

- das Ergebnis eine wesentliche Änderung der Unterhaltsverpflichtung wäre und
- die Änderung dem anderen unter besonderer Berücksichtigung seines Vertrauens in die getroffene Regelung zumutbar ist.

Die erstgenannte Voraussetzung dürfte aber zumindest in denjenigen Fällen erfüllt sein, in denen die von der Rechtsprechung für § 323 Abs. 1 ZPO als nicht schematische Faustregel angesetzte Schwelle von 10 % überschritten wird.

Schwieriger ist die zweite Voraussetzung zu erfüllen, da der Gläubiger im Regelfall ein **schutzwürdiges Vertrauen auf den Fortbestand der titulierten Unterhaltsforderung** hat. Es könnte allenfalls daran gedacht werden, in der Praxis eine zeitliche Schranke für den Vertrauensschutz dahingehend anzunehmen, dass mit Bekanntwerden eines entsprechenden Regierungsentwurfs danach noch nach altem Recht vorgenommene Titulierungen nach In-Kraft-Treten des Gesetzes nicht mehr schutzwürdig sind.

Abgesehen von dieser Ausnahme dürfte es aber schwer fallen, einem Unterhaltsgläubiger das berechtigte Vertrauen in die Fortgeltung eines nach derzeitigem Recht errichteten Unterhaltstitels abzusprechen.

Diese Überlegungen dürften auch **Absichten einzelner Jugendämter** entgegenstehen, als Beistand **allgemein den Unterhaltspflichtigen** dadurch **entgegenzukommen**, dass nach Überprüfung sämtlicher Alttitel diejenigen, bei denen sich eine wesentliche Veränderung zugunsten des Pflichtigen ergibt, ohne weiteres durch eine Herabsetzungsvereinbarung oder einen teilweisen Vollstreckungsverzicht anzupassen. Zwar wurde dieses in der Vergangenheit teilweise praktiziert bei Rechtsänderungen zugunsten des Schuldners, etwa einer Anhebung des Kindergelds mit der Folge der Erhöhung der anzurechnenden hälftigen Beträge.

Maßgebend hierfür war nicht zuletzt der durchaus vernünftige Gedanke, dass ein fairer Umgang mit dem Schuldner auch dessen Zahlungsmoral positiv beeinflussen könne. Jedoch unterscheidet sich die hier gegebene Rechtslage von derjenigen bei früheren Anpassungswellen darin, dass ein **Anspruch des Schuldners auf Herabsetzung nicht nur eine wesentliche Veränderung des Zahlbetrags** zu seinen Gunsten voraussetzt. Vielmehr muss auch dem Gläubiger das schutzwürdige Vertrauen am Fortbestand des Alttitels abgesprochen werden. Es erscheint fraglich, ob dies die Jugendämter als Beistand und damit als gesetzliche Vertreter der betroffenen Kinder selbstständig tun sollten oder ob es nicht vorzugswürdig wäre, zumindest ein Abänderungsverlangen des Schuldners abzuwarten und diesem bis zu einer weiteren Klärung der Voraussetzungen schutzwürdigen Vertrauens durch die Rechtsprechung zunächst entgegenzutreten.

b) Regelbetragstitel mit Mangelfallberechnung wegen konkurrierender Ehegattenansprüche

Wurde nach derzeitigem Recht ein Regelbetragstitel unter Berücksichtigung konkurrierender Ehegattenansprüche errichtet und war hierfür eine Mangelfallberechnung notwendig, wäre nach neuem Recht der Anspruch des Kindes grundsätzlich höher, weil der im Rang zurücktretende Ehegattenunterhalt außer Betracht bliebe. Für die **Abänderung zugunsten des Gläubigers** gelten wiederum die Voraussetzungen des Art. 229 § (15) Abs. 1 EGBGB. Wird die Wesentlichkeitsschwelle überschritten, was bei Wegfall eines konkurrierenden Unterhaltsberechtigten durchaus in Betracht kommen kann, sollte ein entgegenstehendes Vertrauen des Schuldners in den Fortbestand der Regelung unbeachtlich sein. Er wird durch die Abänderung im Ergebnis nicht belastet, weil er unter Hinweis auf diese seinerseits die Abänderung einer etwa titulierten Unterhaltsforderung des Ehegatten erreichen kann.

Zu berücksichtigen ist allerdings, dass mit dem **Erhöhungsverlangen** des Gläubigers ein **gegenläufiges Herabsetzungsverlangen** des Schuldners aus den unter a) bb) genannten Gründen zusammentreffen kann, so dass unter Umständen die Erhöhung zugunsten des Gläubigers geringer ausfallen oder gänzlich unterbleiben kann.

c) Festbetragstitel

Ein Festbetragstitel kann **angepasst** werden

- **zugunsten des Gläubigers,**

- wenn er nach einer Mangelberechnung unter Berücksichtigung konkurrierender Ehegattenansprüche errichtet wurde,
- auch sonst ohne nachwirkenden triftigen Grund einen derart niedrigen Unterhaltsbetrag ausweist, dass eine Anwendung des neuen Rechts zu wesentlich höheren Zahlbeträgen führen würde. Dies wird um so näher liegen, je älter der Festbetragstitel ohne zwischenzeitliche Anpassungen ist.

In beiden Fallgestaltungen dürfte eine Abänderung nicht an einem schutzwürdigen Vertrauen des Schuldners scheitern.

- **zugunsten des Schuldners,**

- wenn der Titel einen Betrag ausweist, der nach neuem Recht nicht mehr geschuldet wird, falls sich die Berechnungsgrundlagen nachvollziehen und in Bezug zum Mindestunterhalt nach neuem Recht bringen lassen.
- Voraussetzung ist eine wesentliche Änderung des zu zahlenden Betrags und ein fehlendes schutzwürdiges Vertrauen des Gläubigers auf den Fortbestand des höheren Titels.

Insgesamt wird die **Übergangsphase** zu einer wesentlichen **zusätzlichen Arbeitsbelastung der Jugendämter führen**, weil zumindest sämtliche vorhandenen Alttitel daraufhin überprüft werden müssen, ob sich eine Änderungsmöglichkeit zugunsten des Gläubigers ergibt und diese bei Erfolgsaussicht gegebenenfalls geltend zu machen ist.