



## **Stellungnahme**

18. Juli 2005

zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Unterhaltsrechts

Sehr geehrte Damen und Herren,

Der Deutsche Familiengerichtstag (DFGT) begrüßt den Entwurf zur Reform des Unterhaltsrechts als angemessene und notwendige Reaktion auf familiäre und gesellschaftliche Entwicklungen in der Bundesrepublik Deutschland und die sich verbreitende Erkenntnis, dass es dringend geboten ist, das Kindeswohl zu stärken und – damit einhergehend – die unterhaltsrechtliche Position von Elternteilen, die Kinder betreuen, zu verbessern sowie die Eigenverantwortung von Ehegatten nach der Scheidung herauszufordern, (wenngleich die Bedingungen des Arbeitsmarktes und die oft unzureichenden Betreuungsangebote für Kinder der Rückkehr von Unterhaltsbedürftigen in die Erwerbstätigkeit oder der Ausweitung einer Erwerbstätigkeit häufig entgegenstehen dürften).

Zu kritisieren ist allerdings die Begrenztheit des Reformansatzes, der eine konsequente Unterscheidung zwischen ehebedingten Nachteilen und solchen Umständen, die nur naheheliche Solidarität erheischen, bei den Rechtsfolgen nicht neu reflektiert. Auch die Verzahnung des bürgerlichen Unterhaltsrechts mit dem öffentlichen Hilferecht wird im Wesentlichen ausgeblendet und auf die Neuregelung zur Kindergeldanrechnung reduziert. (So erscheint es z.B. äußerst fragwürdig, dass bürgerlich-rechtlich Großeltern für den Unterhalt ihrer Enkel nachrangig haften, während § 33 SGB II Enkeln die Wahl läßt, ob sie ihre Großeltern oder öffentliche Hilfe nach dem SGB II in Anspruch nehmen wollen).

Vier Aspekte sollen aus dem Reformentwurf herausgegriffen und kommentiert werden:

- 1) Mindestbedarf für Minderjährige und Rang des Kindesunterhalts,
- 2) die gesteigerte Erwerbsobliegenheit im Rahmen des nahehelichen Betreuungsunterhalts,
- 3) der Unterhaltsanspruch wegen Betreuung eines nicht ehelichen Kindes und
- 4) die Rangposition von ein gemeinschaftliches Kind betreuenden Elternteilen und weitere Rangzuweisungen.

## 1) Mindestbedarf für Minderjährige und Rang des Kindesunterhalts

a) Erfreulich ist, dass der Gesetzgeber wieder die Verantwortung für den **Mindestbedarf von Minderjährigen** übernehmen soll. Mit dem steuerlichen Kinderfreibetrag ist ein plausibler Anknüpfungspunkt für die Bemessung des Mindestbedarfs gefunden. Die im Einzelfall anzustellenden, etwas kompliziert anmutenden Rechenoperationen werden Tabellen wie die Düsseldorfer Tabelle oder die Berliner Tabelle übernehmen.

b) Die **Verbesserung der Rangposition von unverheirateten Minderjährigen und privilegierten Volljährigen** durch Einräumung ihres Vorrangs vor allen anderen Unterhaltsansprüchen entspricht der gesellschaftlich akzeptierten Bedeutung, die der Deckung des Kindesbedarfs bis zur Volljährigkeit bzw. bis zum Abschluss der allgemeinen Schulausbildung spätestens im Alter von 21 Jahren eingeräumt wird, und der Bereitschaft von Unterhaltsschuldern, solchen Verpflichtungen nachzukommen. Die Rangverschiebung führt auch zu einer notwendigen Vereinfachung des Unterhaltsrechts bei Konkurrenz mehrerer Unterhaltsberechtigter, insbesondere in Mangelfällen.

c) Problematisch ist allerdings die **steuerrechtliche Konsequenz der Rangverschiebung**. Da der bedürftige Ehegatte nur den Unterhalt bekommt, den der Unterhaltsschuldner nach Abzug der Mittel für seinen eigenen Lebensunterhalt unter Berücksichtigung des Unterhalts für Minderjährige und privilegierte Volljährige aufbringen kann, wird der Vorteil des begrenzten Realsplitting wegen Zahlung von Ehegattenunterhalt nach Trennung und Scheidung beim Unterhaltsschuldner im Vergleich zum Vorteil der derzeitigen Regelung deutlich zusammenschrumpfen. Im Ergebnis wird dem Unterhaltsschuldner weniger Geld für den eigenen Lebensunterhalt und den aller ihm gegenüber Unterhaltsberechtigten zur Verfügung stehen. Diese Folge ist von den Verfassern des Reformentwurfs sicher nicht angestrebt worden. In der Öffentlichkeit wird die Frage diskutiert, ob man der beschriebenen Auswirkung wegen die Rangverbesserung für Kinder nicht bleiben lassen sollte. Dem DFGT erschien dies jedoch nicht sachgerecht. Vielmehr macht die Rangverschiebung deutlich, dass die steuerliche Behandlung von Familien mit Kindern, auch nach Trennung und Scheidung, dringend einer Reform bedarf und anstelle des Ehegattensplitting das **Familiensplitting** treten muss, bei dem auch Unterhaltszahlungen für Kinder größere steuerliche Vorteile als bisher bringen. Bis zu einer solchen Reform sollte die Einbuße an Vorteilen des begrenzten Realsplitting infolge der Rangverschiebung hingenommen werden. Immerhin ist zu bedenken, dass die Schmälerung steuerlicher Vorteile des Unterhaltsschuldners mit einer Vermehrung seiner Steuerlasten korrespondiert und mit den entsprechenden Steuerzahlungen die öffentlichen Versorgungssysteme gespeist werden, aus denen notfalls die Mittel für die nicht ausreichend vom Unterhaltsschuldner alimentierten Unterhaltsgläubiger aufgebracht werden müssen.

## 2) Gesteigerte Erwerbsobliegenheit im Rahmen des nahehelichen Betreuungsunterhalts

Der Reformentwurf will die **Eigenverantwortung von bedürftigen Ehegatten durch Erzielung eigenen Erwerbseinkommens stärken**. Dazu sollen nach dem Entwurf nicht die einzelnen Unterhaltstatbestände modifiziert werden, vielmehr soll der dem nahehelichen Unterhaltsrecht vorgestellte neu ausgestaltete Grundsatz der Eigenver-

antwortung (§ 1569 BGB-E) bewirken, dass die Tatbestände abweichend von der bisherigen Interpretation bezüglich der Erwerbsobliegenheit interpretiert werden.

**a) Wenn der Tatbestand des § 1570 BGB**, der den nachehelichen Ehegatten-unterhalt wegen Betreuung eines gemeinschaftlichen Kindes regelt, in der bisherigen Fassung aufrechterhalten bleiben sollte, besteht nach Auffassung des DFGT die Gefahr, dass die gewollte Wirkung ausbleibt. Dafür sind folgende Überlegungen maßgeblich:

Ein Gesetzgeber, der in **Kenntnis der gefestigten Rechtsprechung** des Bundesgerichtshofs und der Oberlandesgerichte zur Frage, von welchem Kindesalter und von welcher Anzahl zu betreuender Kinder an von einem betreuenden Elternteil eine Erwerbstätigkeit erwartet werden kann, die einschlägige Vorschrift nicht ändert, akzeptiert nach der Überzeugung der Gerichte die bisherige Rechtsprechung. Anderenfalls hätte er sie zum Anlaß für eine Gesetzesänderung genommen. Da die veränderte Generalklausel des § 1569 BGB-E sich nicht unmittelbar auf § 1570 BGB bezieht und die Gerichte das Phasenmodell als Ausdruck der nachehelichen Solidarität beurteilen, erscheint Skepsis angebracht, ob der Grundsatz der verstärkten Eigenverantwortung sich im Rahmen des § 1570 BGB durchsetzen wird.

**b) Die geplante Änderung des § 1615 I BGB-E zum Unterhalt bei Betreuung eines nicht ehelichen Kindes** wird zu einer neuen anderen Interpretation des § 1570 BGB im Sinne eines früheren Einsetzens der Erwerbsobliegenheit des ein gemeinschaftliches Kind nach der Scheidung betreuenden Elternteils nicht beitragen können. Da nach § 1615 I BGB-E die Unterhaltspflicht –anders als nach dem Wortlaut in § 1570 BGB –regelmäßig enden soll, wenn das nicht eheliche Kind 3 Jahre alt ist, lassen sich dem Gesetz keine Regeln dazu entnehmen, ab wann nach dem vollendeten dritten Lebensjahr eines ehelichen Kindes eine Erwerbsobliegenheit beim betreuenden Elternteil einsetzen soll. Vielmehr wird man den bei § 1615 I BGB-E nicht maßgeblichen Aspekt der nachehelichen Solidarität weiter heranziehen, um den Beginn der Erwerbsobliegenheit des ein gemeinschaftliches eheliches Kind betreuenden Elternteils entsprechend dem bisherigen Phasenmodell festzulegen, wonach eine Teil-Erwerbstätigkeit erst dann erwartet werden kann, wenn das jüngste gemeinschaftliche Kind die dritte Grundschulklasse im Alter von etwa 8 Jahren besucht.

Will man im Interesse der wirtschaftlichen Selbständigkeit von unterhaltsbedürftigen geschiedenen Ehegatten, die gemeinschaftliche Kinder betreuen, die Erwerbsobliegenheit nach der Scheidung früher einsetzen lassen als nach dem bisherigen Phasenmodell, wird man die beabsichtigte gesetzliche Neuorientierung so im Reformwerk verankern müssen, dass die Gesetzesanwendung im Einzelfall das erstrebte Ergebnis erbringt. Der DFGT plädiert nicht dafür, in § 1570 BGB Altersgrenzen von Kindern einzufügen, bis zu deren Erreichen ein Betreuungsbedarf ehelicher Kinder ganz oder teilweise angenommen werden soll, weil dies der gebotenen individuellen Beurteilung zuwiderliefe.

Vielmehr sollte klargestellt werden, dass in § 1570 BGB **nur die Bedürfnisse des Kindes nach einer der Erwerbstätigkeit entgegenstehenden Betreuung** festzustellen sind, wobei modernere Überlegungen zum Förderungsprinzip etwa bei Besuch einer Kindertagesstätte, eines Kindergartens oder einer Vorschule berücksichtigt werden könnten, als dies beim bisherigen Phasenmodell geschieht, welches in den 70iger Jahren

des vorigen Jahrhunderts entwickelt worden ist. Die vorgeschlagene Änderung könnte dahingehen, dass das Unterhaltsverlangen berechtigt ist, „**solange und soweit wegen der Betreuungsbedürftigkeit eines gemeinschaftlichen Kindes eine Erwerbstätigkeit nicht erwartet werden kann**“.

c) In § 1574 Abs. 2 BGB, der die angemessene Erwerbstätigkeit des geschiedenen Ehegatten regelt, sollte die **Vereinbarkeit von Erwerbstätigkeit und Kindesbetreuung** als ein **weiteres Kriterium für die Bestimmung der individuell angemessenen Erwerbstätigkeit des bedürftigen Ehegatten eingefügt** werden, da diese Vorschrift der individuellen nahehelichen Solidarität bei der Beurteilung der Frage Rechnung tragen soll, welche Anspannungen dem bedürftigen Ehegatten bei der Ausübung seiner Erwerbstätigkeit anzusetzen sind.

Durch die vorgeschlagenen Änderungen in § 1570 BGB einerseits und § 1574 Abs. 2 BGB andererseits würde gewährleistet, dass zunächst nach objektiven Gesichtspunkten der Betreuungsbedarf eines gemeinschaftlichen Kindes nach dessen entwicklungspsychologisch und pädagogisch wohlverstandenen Interesse im Rahmen des § 1570 BGB geprüft wird, was die einen objektiven Maßstab nahelegende Formulierung „erwartet werden kann“ ohnehin erfordert. In einem zweiten Schritt würden die Verhältnisse abgewogen, die die besondere individuelle Situation der geschiedenen Ehegatten und ihre ehespezifischen Verhältnisse kennzeichnen, wobei die „Vereinbarkeit von Erwerbstätigkeit und Kindesbetreuung“ als neues Kriterium hinzukäme, um so die individuelle Erwerbsanspannung unter Berücksichtigung aller weiteren in § 1574 BGB normierten Gesichtspunkte zu bestimmen.

### **3) Der Unterhaltsanspruch wegen Betreuung eines nicht ehelichen Kindes**

a) Der Deutsche Familiengerichtstag begrüßt die Ausweitung des Unterhalts bei Betreuung eines Kindes, dessen Eltern nicht miteinander verheiratet sind (§ 1615 I BGB-E).

b) Unklar bleibt aber nach dem Entwurf das Spannungsverhältnis zwischen § 1570 BGB einerseits und § 1615 I BGB-E andererseits wegen der auch im Entwurf vorgesehenen Begrenzung des Betreuungsunterhalts auf regelmäßig drei Jahre bei Betreuung eines nicht ehelichen Kindes bei im übrigen gleichem Wortlaut der beiden Vorschriften (wegen Kindesbetreuung kann „eine Erwerbstätigkeit nicht erwartet werden“).

Die Regelbegrenzung des § 1615 I BGB bewirkt, wenn nicht Billigkeitsgesichtspunkte eine Abweichung ergeben, regelmäßig eine Erwerbsobliegenheit des ein nicht eheliches Kind nach Vollendung des 3. Lebensjahres betreuenden Elternteils. Eine Erwerbsobliegenheit wird nach der Zielvorstellung des Entwurfs zwar auch bei Betreuung ehelicher Kinder nach der Scheidung (§ 1570 BGB) angenommen, ohne dass jedoch die Kriterien dafür aus dem Gesetzestext eindeutig hervorgehen (vgl. dazu oben zu 2.), zumal eine Befristung des Unterhaltsanspruchs auf regelmäßig 3 Jahre fehlt. Die Beurteilung der Betreuungsbedürftigkeit ehelicher und nicht ehelicher Kinder muss jedoch bei gleichen Ausgangsbedingungen der Kinder nach Art. 6 GG gleich ausfallen.

Eine **verfassungskonforme Harmonisierung beider Vorschriften** erscheint möglich, wenn man einen Paradigmenwechsel vornimmt: Maßgeblich sollte in beiden Vorschriften

auf die **Betreuungsbedürftigkeit des ehelichen oder nicht ehelichen Kindes** abgestellt werden, deretwegen eine Erwerbstätigkeit nicht erwartet werden kann und welche die Ursache für das durch Unterhaltsansprüche zu kompensierende mangelnde Erwerbseinkommen ist; nach dem **Status des betreuenden Elternteils** sollte **bei der Erwerbsanspannung** differenziert werden.

Auch weiterhin dürften die **Anforderungen an die Erwerbsobliegenheit** von betreuenden Elternteilen im Sinne von **individueller Anspannung**, selbst für den eigenen Unterhalt sorgen zu müssen, davon abhängig sein, ob die Eltern des betreuten Kindes miteinander verheiratet waren. Deswegen sind die **statusrechtlichen Erwägungen zur Ausgestaltung der Erwerbsanspannung** bei erforderlicher Kindesbetreuung infolge nachwirkender ehelicher Solidarität gesetzlich besonders herauszustellen und sollten daher Eingang in den Kriterienkatalog des § 1574 Abs. 2 BGB finden, der die dem betreuenden Elternteil abzuverlangende Erwerbsanspannung nach auch ehebezogenen Aspekten auf das angemessene Maß festzulegen ermöglicht. Als zusätzliches Kriterium wird daher die „**Vereinbarkeit von Erwerbstätigkeit und Kindesbetreuung**“ vorgeschlagen, womit etwa die eingeschränkte Verfügbarkeit von Kinderbetreuungsstätten oder die zeitraubenden Wege dorthin bei der Beurteilung herangezogen werden könnten, ob die Erwerbstätigkeit im Einzelfall (ehe-) angemessen ist. Hingegen wird einem Elternteil, der die erforderliche Betreuung für ein nicht eheliches Kind leistet, eine grundsätzlich höhere Erwerbsanspannung abverlangt werden müssen, weil die gesetzlich besonders geschützte Lebensform der Ehe zwischen den Elternteilen nicht bestanden hat, weshalb die regelmäßige Befristung des Unterhaltsanspruchs des Elternteils, der ein nicht eheliches Kind betreut, bis zur Vollendung des 3. Lebensjahres des Kindes vertretbar erscheint. Sollte etwa die Möglichkeit der Fremdbetreuung des nicht ehelichen Kindes nicht gewährleistet oder nicht in angemessener Zeit erreichbar sein, können die § 1615 I BGB-E vorgesehenen Billigkeitserwägungen anstellt werden. Der Gesichtspunkt der Billigkeit eröffnet aber auch im Rahmen des § 1615 I BGB-E eine unterhaltsrechtliche Kompensation für berechtigt in Anspruch genommenes Vertrauen des betreuenden Elternteils (etwa bei langjähriger nicht ehelicher Lebensgemeinschaft und gemeinsamem Kinderwunsch) oder für schadensersatzrechtliche Erwägungen (etwa bei Betreuung eines aus einer Vergewaltigung stammenden nicht ehelichen Kindes).

**c) Die Verweisung in § 1615 I BGB-E auf die Vorschriften des Verwandtenunterhalts** erscheint nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofs zur Bemessung des Unterhaltsbedarfs des ein nicht eheliches Kind betreuenden Elternteils nach seiner Lebensstellung unter Heranziehung des die Bemessung des Ehegattenunterhalts beherrschenden Halbtteilungsgrundsatzes (BGH FamRZ 2005, 442) noch weniger sinnvoll als bisher schon. **Nur § 1579 BGB-E** berücksichtigt –anders als § 1611 BGB – den **notwendigen Kinderschutz** bei Kürzung des Unterhalts aus Billigkeitsgründen. Auch die Verweisung auf die entsprechende Anwendung des **§ 1577 Abs. 2 BGB** im Rahmen des § 1615 I BGB-E ist aufgrund der zitierten Entscheidung naheliegend. Auch sollte eine entsprechende Anwendung der einjährigen Ausschlussfrist des **§ 1585 b Abs. 3 BGB** zum Schutz des Unterhaltsschuldners und zur beschleunigten Klärung der Verhältnisse im Rahmen des § 1615 I BGB erwogen werden. Künftig sollten **Unterhaltsabfindungen** im Rahmen des § 1615 I BGB gestattet sein, wobei bei Abfindungsvereinbarungen zum Schutz der Beteiligten eine notarielle oder gerichtliche Beurkundung vorgesehen werden sollte; bislang werden Abfindungen durch die Verweisung in § 1615 I BGB auf den Verwandtenunterhalt (dort § 1614 BGB) vereitelt.

**d)** Wenn schon das **Maß des Unterhaltsbedarfs** des ein nicht eheliches Kind betreuenden Elternteils nach seiner Lebensstellung durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur entsprechenden Heranziehung des Halbteilungsgrundsatzes im Rahmen des § 1615 I BGB (vgl. BGH FamRZ 2005, 442 ff.) begrenzt wird und der Gesetzentwurf daran in Kenntnis dieser Rechtsprechung nichts ändern will, wäre dringend der Anspruch des ein nicht eheliches Kind betreuenden Elternteils auf **Altersvorsorgeunterhalt** neben dem Elementarunterhalt in das Gesetz aufzunehmen. Dies erscheint erforderlich, damit

- durch überobligatorische Anstrengung vom Betreuenden erzielte Erwerbseinkünfte dem Betreuenden anrechnungsfrei bis zur Deckung auch seines Bedarfs auf Altersvorsorge zugute kommen können und
- der betreuende Elternteil mit dem für die Existenz des Kindes gleichermaßen verantwortlichen Unterhaltsschuldner gleichgestellt wird. Letzterer erleidet nach derzeitiger Rechtslage keine Einbuße bei seiner Altersvorsorge, weil der Aufwand dafür sein unterhaltsrechtlich relevantes Einkommen schmälert, während der betreuende Elternteil eine Versorgungslücke bei seiner Altersvorsorge während der Dauer der Betreuungsbedürftigkeit des Kindes hinnehmen muss.

#### **4) Rang von Kinder betreuenden Elternteilen und weitere Rangpositionen**

**a)** Die **zweite Rangposition für alle gemeinsame Kinder betreuenden Elternteile** bei Unterhaltsansprüchen gegen den anderen Elternteil wird vom DFGT begrüßt. Diese Rangposition verschafft ehelichen wie nicht ehelichen minderjährigen Kindern und privilegierten Volljährigen den von ihnen benötigten besonderen Schutz, der ihnen über die erforderliche Betreuung durch einen Elternteil zuteil wird.

**b)** Allerdings sollten Unterhaltsansprüche von Ehegatten nach **langer Ehedauer** de lege ferenda nicht in den zweiten Rang eingestellt werden, weil dies dem Reformziel der Stärkung der Eigenverantwortung von bedürftigen Ehegatten widerspricht und sich künftig jeder Ehegatte bei der Eheschließung auf die Eigenverantwortlichkeit einstellen kann und muss. Vielmehr sollten Unterhaltsansprüche von Ehegatten nach langer Ehedauer **durch die Übergangsvorschriften geschützt werden**. In diese einbezogen werden müssten die Unterhaltsansprüche, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes zur Änderung des Unterhaltsrechts noch nicht tituliert, aber nach langer Ehedauer bereits entstanden sind. Darüber hinaus erschiene es aus Gründen der Rechtsklarheit geboten, eine gesetzliche Zeitvorgabe für die Beurteilung einer Ehe als lang zu machen, zumal Billigkeitserwägungen im Rahmen einer Rangordnung nicht angezeigt sind.

**c)** An der **dritten Rangposition** sollten neben den nicht im zweiten Rang erfassten Ehegatten auch die volljährigen unverheirateten Kinder bis zum ersten berufsqualifizierenden Abschluss, längstens bis zum Alter von 27 Jahren, beteiligt sein, um die Verantwortung der Eltern für die Ausbildung ihrer Kinder zu unterstreichen.

**d)** In der **vierten Rangstufe** sollten der Unterhalt für Volljährige im übrigen und in der **letzten Rangposition der Elternunterhalt** angesiedelt sein.

Hamburg, den 18. Juli 2005  
(Jutta Puls, RiinOLG)