

Dieter Büte

Brennpunkte im neuen Unterhaltsrecht

Am 1.1.2008 ist das neue Unterhaltsrecht in Kraft getreten. Zwar liegen bisher nur vereinzelt veröffentlichte Entscheidungen zum neuen Recht vor, in der unterhaltsrechtlichen Literatur und in den unterhaltsrechtlichen Leitlinien der OLG werden jedoch mittlerweile zahlreiche Fragestellungen zum neuen Recht aufgezeigt und unterschiedlich beantwortet. Der folgende Beitrag gibt einen ersten Überblick über die Brennpunkte im neuen Recht mit Lösungs- und Praxishinweisen.

I. Auswirkungen der gesteigerten Erwerbsobliegenheit auf den Trennungsunterhalt?

Hinsichtlich des Trennungsunterhalts ist ausdrücklich lediglich eine redaktionelle Änderung des Abs. 3 erfolgt, bedingt dadurch, dass in § 1579 BGB eine eigene Ziff. 2 zur gefestigten Lebensgemeinschaft eingefügt worden ist und § 1361 Abs. 3 BGB nunmehr auf die Vorschrift des § 1579 Nr. 2–8 BGB Bezug nimmt.

Problematisiert wird jedoch die Frage, ob die gesteigerte Eigenverantwortung in § 1570 BGB Auswirkungen auf den Trennungsunterhalt nach § 1361 Abs. 1 BGB hat. Grundsätzlich wirkt sich die Änderung in § 1570 Abs. 1 BGB nur auf den nahehelichen Unterhalt aus. Die Gesetzesbegründung nimmt ausdrücklich auf die naheheliche Eigenverantwortung Bezug. In den Leitlinien aller OLG¹ ist in Nr. 17.2 geregelt, dass im ersten Jahr der Trennung eine Erwerbsobliegenheit des getrennt lebenden Ehepartners i. d. R. nicht erwartet werden kann. Nach wie vor gilt der Grundsatz, dass im Rahmen des Trennungsunterhalts der nicht erwerbstätige Ehegatte nur dann darauf verwiesen werden kann, seinen Unterhalt durch eine Erwerbstätigkeit selbst zu verdienen, wenn dies von seinen persönlichen Verhältnissen, insbesondere wegen seiner früheren Erwerbstätigkeit unter Berücksichtigung der Dauer der Ehe, und nach den wirtschaftlichen Verhältnissen beider Ehegatten erwartet werden kann (§ 1361 Abs. 2 BGB). Für die Beurteilung kommt es nicht allein auf den Gesundheitszustand des Ehegatten an, sondern es ist eine Gesamtwürdigung anzustellen, die neben den sonstigen persönlichen Verhältnissen, zu denen auch die Betreuung von nicht gemeinschaftlichen Kindern gehört, insbesondere die Dauer der Ehe und der Zuschnitt der ehelichen Lebensverhältnisse einzubeziehen sind.² Schon unter Geltung

des früheren Rechts wurde jedoch bei Scheitern der Ehe teilweise schon vor Ablauf des Trennungsjahres eine Erwerbsobliegenheit verlangt.³ Steht z. B. vor Ablauf des ersten Trennungsjahres endgültig fest, dass die Ehe gescheitert ist und beide Parteien die Fortsetzung der Ehe ablehnen, ist eine Erwerbsobliegenheit zu bejahen.⁴ Auch der BGH⁵ hat eine verstärkte Erwerbsobliegenheit vor Ablauf des Trennungsjahres nach acht Monaten bejaht, nachdem beide Ehegatten einen Scheidungsantrag eingereicht hatten, das eheliche Zusammenleben nur 2½ Jahre gedauert hatte, der unterhaltsberechtigte Ehegatte relativ jung war (23 Jahre) und die Parteien in beengten finanziellen Verhältnissen lebten. Gleiches muss gelten, wenn eine verhältnismäßig junge kinderlose Ehe nach kurzer Zeit gescheitert ist und beide Ehegatten sogleich der Scheidung zustimmen.⁶ Die gleichen Grundsätze gelten bei der Ausübung einer Tätigkeit bzw. dem Wechsel von einer hinter den Fähigkeiten des Unterhaltsberechtigten zurückbleibenden Tätigkeit in eine besser bezahlte Tätigkeit.⁷ Andererseits war es auch nach bisheriger Rechtsprechung möglich, bei einer langen Ehedauer die Verpflichtung zur Erwerbstätigkeit auch erst nach zwei Jahren beginnen zu lassen.⁸

Ein Scheitern der Ehe liegt auch dann vor, wenn die Ehegatten vor Ablauf des Trennungsjahres eine notarielle Trennungs- und Scheidungsfolgenvereinbarung treffen. Diese manifestiert die Trennung und verändert die Struktur der ehelichen Lebensverhältnisse erheblich.⁹

Praxishinweis:

Durch die Stellung eines Scheidungsantrages kann das Scheitern der Ehe dokumentiert werden. Es besteht jedoch die Gefahr, dass das FamG einen vor Ablauf des Trennungsjahres gestellten Scheidungsantrag zurückweist, wenn der Gegner ein Scheitern der Ehe bestreitet.

1 Sonderbeilage zu Heft 4 der FuR 2008

2 BGH FamRZ 1989, 1160

3 Borth FamRZ 2006, 813

4 OLG Koblenz FamRZ 1994, 1253; OLG Schleswig NJW-RR 1993, 391

5 FamRZ 2001, 350, 351 = NJW 2001, 973

6 OLG Köln FamRZ 1996, 1215

7 Bäuml/Büte/Poppen, Unterhaltsrecht 1. Aufl. § 1361 Rdn. 74

8 OLG München FamRZ 2002, 462; vgl. auch OLG Koblenz NJW 2003, 1816: 10-jährige Ehedauer; OLG Köln FamRZ 2002, 1627

9 OLG Düsseldorf ZFE 2006, 394; Viefhues/Mleczko, Das neue Unterhaltsrecht 2008, 2. Aufl. Rdn. 246

Schon unter Geltung des bisherigen Altersphasenmodells¹⁰ näherten sich die Voraussetzungen der Erwerbsobliegenheit mit zunehmender Verfestigung der Trennung, insbesondere wenn die Scheidung nur noch eine Frage war, immer mehr den Maßstäben des naheheulichen Unterhalts an.¹¹ Angesichts der Verstärkung des Grundsatzes der Eigenverantwortung ist deshalb die Erwerbsobliegenheit nach Ablauf des Trennungsjahres ähnlich wie beim naheheulichen Unterhalt zu beurteilen.¹² Ist ein Kind nach Ablauf des Trennungsjahres älter als drei Jahre ist eine Differenzierung nach kindbezogenen Gründen zwischen § 1570 Abs. 1 S. 2 und 3 BGB und § 1361 BGB nicht zulässig.

Grundsätzlich ist das in § 1574 Abs. 3 BGB n. F. erfasste Gebot, die zur Aufnahme einer angemessenen Erwerbstätigkeit erforderliche Aus- und Fortbildung sowie eine Umschulung vorzunehmen, auf den Trennungsunterhalt zu übertragen.¹³ Nach wie vor Gültigkeit hat auch die Entscheidung des BGH¹⁴ zur Angemessenheit einer Erwerbstätigkeit, wonach nicht allein eine der Ausbildung des Unterhaltsberechtigten entsprechende Tätigkeit als angemessen in Betracht kommt. Hat ein Unterhaltsberechtigter lange vor der Trennung den Entschluss gefasst, nicht entsprechend seiner Ausbildung tätig zu werden, ist ihm weiterhin die Ausübung des während der Ehe ausgeübten Berufes zumutbar. Fehlende Bemühungen insoweit führen zur Fingierung des bisherigen Einkommens.

II. Begrenzung des Titels nach § 1570 Abs. 1 S. 1 BGB bis zur Vollendung des 3. Lebensjahres des Kindes, wenn darüber vorher zu entscheiden ist?

Die Frage wird unterschiedlich beantwortet:

a) Eine Befristung im Tenor der Entscheidung befürworten Hauß;¹⁵ Schramm;¹⁶ Peschel-Gutzeit;¹⁷ Schilling;¹⁸ Wever;¹⁹ OLG Bremen.²⁰

b) Dies wird von anderen Teilen der Literatur²¹ zu Recht abgelehnt. Der Betreuungsunterhalt nach § 1570 BGB ist ein einheitlicher Anspruch.²² Darüber kann nicht sicher beurteilt werden, ob ein Ehegatte unmittelbar nach Vollendung des 3. Lebensjahres des Kindes – sofern ein Betreuungsplatz zur Verfügung steht – eine angemessene Erwerbstätigkeit findet. Dies entspricht der bisherigen Rechtsprechung des BGH²³ wonach die Entwicklung eines Kindes im Hinblick auf die Betreuungsbedürftigkeit nicht absehbar ist.

c) Konsequenzen

aa) Geht man von der Möglichkeit der Befristung des Titels aus, muss der Unterhaltsberechtigte erneut Leistungsklage erheben. Er hat dann die Vorausset-

zungen eines weitergehenden auf § 1570 Abs. 1 S. 2 und 3, Abs. 2 BGB gestützten Anspruchs darzulegen, da es sich um Anspruch begründende Tatsachen handelt.²⁴

bb) Ist der Titel nicht zu befristen, hat der Unterhaltsverpflichtete Abänderungsklage nach § 323 ZPO, ggfs. im Wege der Abänderungsstufenklage zu erheben. Zwar muss der Abänderungskläger die Voraussetzungen einer wesentlichen Änderung der dem Titel zu Grunde liegenden Tatsachen darlegen und beweisen.²⁵ Da aber die Unterhaltsberechtigte nach Vollendung des 3. Lebensjahres des Kindes ihren Unterhaltsanspruch nur auf die Verlängerungsmöglichkeit nach § 1570 Abs. 1 S. 2 und 3 und Abs. 2 BGB stützen kann, um letztlich eine Aufrechterhaltung/Weitergeltung des Titels zu erreichen, hat der Abänderungskläger nur darzulegen, dass wegen des Alters des Kindes grundsätzlich eine Teilerwerbsobliegenheit besteht. Es ist dann Sache der Unterhaltsberechtigten, die weiteren Anspruch begründenden Voraussetzungen nach § 1570 Abs. 1 S. 2 und 3, Abs. 2 BGB darzulegen und zu beweisen.²⁶

10 Vgl. dazu nur BGH FamRZ 2006, 846: keine Erwerbsobliegenheit bei Betreuung eines Kindes im Alter bis zu 8 Jahren; BGH NJW 1989, 1083; Einzelfallprüfung bei Betreuung eines grundschulpflichtigen Kindes zwischen 8 und 11 Jahren; BGH NJW 1997, 1851: Teilzeitbeschäftigung bei Betreuung eines Kindes zwischen dem 11. und 15. Lebensjahres, die aber nicht stets den Umfang einer Halbtagsstätigkeit erreichen muss; BGH NJW 1990, 2752: Möglichkeit der Vollzeitbeschäftigung bei Betreuung eines Kindes im Alter von 15 oder 16 Jahren; vgl. weiter Bäumel/Büte/Poppen aaO § 1570 Rdn. 10 ff

11 BGH FamRZ 2001, 350, 351; BGH – Urteil v. 5. 3. 2008 – XII ZR 22/06 – FuR 2008, 283; BGH FamRZ 1990, 283, 286 = NJW-RR 1990, 323; Borth, Unterhaltsrechtsänderungsgesetz Rdn. 74; Hoppenz/Hülsmann, Der reformierte Unterhalt § 1361 Rdn. 19

12 Palandt/Brudermüller BGH Nachtrag zur 67. Aufl. 2008 § 1361 Rdn. 2; Borth aaO Rdn. 74

13 Reinken FPR 2005, 502, 504; vgl. auch BGH FamRZ 1985, 782

14 FamRZ 2005, 23

15 FamRB 2007, 367, 368

16 NJW-Spezial 2007, 596

17 FPR 2007, 24, 27

18 FPR 2007, 27, 30 zu § 1615 I

19 FamRZ 2008, 553, 558

20 OLGR 2008, 281 zu 1615 I

21 Borth FamRZ 2008, 2, 10; Hollinger/Viefhues, Das neue Unterhaltsrecht 2008, § 1570 Rdn. 10; Gerhard FuR 2008, 8, 10

22 BT-Dr. 16/6980 S. 19; Born NJW 2008, 1, 5

23 FamRZ 1997, 671; 1997, 873, 875; 1990, 496

24 BGH – Urteil v. 6. 2. 2008 – XII ZR 14/06 – FuR 2008, 297; Viefhues/Mleczo aaO Rdn. 207; Borth, Unterhalts-Änderungsgesetz Rdn. 72; Ehinger/Rasch FamRZ 2007, 46, 49; Gerhard FuR 2008, 8, 11; Peschel-Gutzeit FPR 2008, 24, 27; Menne FPR 2005, 323; a. A. wohl Hoppenz/Hülsmann aaO § 1570 n. F. Rdn. 13

25 BGH FamRZ 1987, 259

26 BGH FamRZ 1990, 496; Borth aaO Rdn. 73; Viefhues/Mleczo aaO Rdn. 207

Praxishinweis:

Um nicht ggfs. gemäß § 323 Abs. 2 ZPO präkludiert zu sein, ist deshalb bereits im Erstverfahren einzuwenden, dass eine Unterhaltsverpflichtung nach Vollendung des 3. Lebensjahres des Kindes nicht mehr besteht; denn die Grenzen der Unterhaltspflicht sind grundsätzlich voraussehbar. Eine Abänderung kann nur auf Gründe gestützt werden, die nach Schluss der mündlichen Verhandlung in der letzten Tatsacheninstanz des Vorprozesses tatsächlich entstanden sind.²⁷ Unerheblich ist es, ob die Gründe erst später bekannt geworden sind²⁸ oder von welchem Zeitpunkt an sein Entstehen vorausgesehen werden konnte.²⁹

III. Gemeinsame elterliche Sorge und Unterhalt nach § 1570 BGB

Grundsätzlich steht dem tatsächlich betreuenden Elternteil auch bei gemeinsamer elterlicher Sorge der Anspruch nach § 1570 BGB zu, sofern das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt auf Grund der Einwilligung des anderen Elternteils oder nach gerichtlicher Entscheidung über das Aufenthaltsbestimmungsrecht bei dem betreuenden Elternteil hat.³⁰ Herrscht aber Streit der Eltern z. B. über die Zumutbarkeit einer tatsächlich bestehenden Fremdbetreuung, z. B. über die Qualität eines Kindergartens oder des pädagogischen Konzepts des Kindergartens, stellt sich die Frage der Notwendigkeit der Vorschaltung eines Verfahrens nach § 1687 BGB, denn bei der Frage, welchen Kindergarten/welche Betreuungseinrichtung das Kind besucht hat, handelt es sich um eine Frage von wesentlicher Bedeutung iSd § 1687 BGB.³¹ Da grundsätzlich nur bei konkret bestehender Betreuungsmöglichkeit die Verpflichtung zu einer (Teil-)Erwerbstätigkeit besteht, dürfte ein Streit über die Qualität der Betreuungseinrichtung insbesondere dann ausbrechen, wenn am Wohnsitz des betreuenden Elternteils nur eine Betreuungseinrichtung vorhanden ist und – wie im ländlichen Bereich durchaus noch üblich – in dem Nachbarort gar keine Betreuungseinrichtung besteht. Verneint man eine Verpflichtung zum Umzug des ein Kind betreuenden Elternteils³² so kann eine Erwerbsobliegenheit entfallen, denn die Möglichkeit der Fremdbetreuung muss tatsächlich existieren, zumutbar und verlässlich sein und mit dem Kindeswohl in Einklang stehen.³³

Häufig wird die Weigerung des betreuenden Elternteils aber nur vorgeschoben sein, um einer Erwerbsverpflichtung zu entgehen. Gleiches gilt für den angeblichen unbeugsamen Willen eines Kindes, den Kindergarten nicht besuchen zu wollen.³⁴ Gegebenenfalls besteht dann die Notwendigkeit der Einholung

eines Sachverständigengutachtens. Zuständig für ein Verfahren nach § 1687 BGB ist das FamG am Wohnsitz des Kindes. Da die Frage einer bestehenden tatsächlichen Betreuungsmöglichkeit Tatbestandsmerkmal des § 1570 Abs. 1 S. 3 BGB ist, kann diese Frage aber inzident im laufenden Unterhaltsverfahren geklärt werden.³⁵

IV. Rangfragen des Unterhaltsanspruchs nach § 1570 BGB

Unstreitig ist, dass sowohl der Anspruch nach § 1570 Abs. 1 S. 1 BGB als auch der nach § 1570 Abs. 1 S. 2 BGB bei Konkurrenz mit anderen Unterhaltsansprüchen im 2. Rang (§ 1609 Nr. 2 BGB) stehen. Soweit § 1570 Abs. 2 BGB aus den Grundsätzen des Vertrauensschutzes und der nahehelichen Solidarität heraus Raum für eine Verlängerung des Ehegattenunterhaltsanspruchs aus ehebezogenen und damit Billigkeitsgründen gibt ist diese Verlängerungsmöglichkeit unabhängig vom Wohl des Kindes, das bei der Bestimmung der Dauer des Unterhaltsanspruchs wegen der Betreuung eines Kindes nach Abs. 1 maßgeblich ist. Mit diesem Anspruch, der sich gleich einem Annexanspruch an den Betreuungsunterhalt gemäß Abs. 1 anschließen kann, wird der besondere Schutz der Ehe zum Ausdruck gebracht, wie ihn auch das BVerfG³⁶ anerkennt. Nach dem Willen des Gesetzgebers handelt es sich somit auch bei dem nach § 1570 Abs. 2 BGB verlängerten Unterhaltsanspruch um einen Anspruch wegen Kindesbetreuung.³⁷ Der Anspruch ist deshalb in der Rangskala des § 1609 BGB in den 2. Rang einzuordnen.³⁸

Nach der Rechtsprechung des BGH³⁹ können mehrere Unterhaltstatbestände nebeneinander verwirklicht werden. Insoweit war im Hinblick auf die früher nur eingeschränkt mögliche Begrenzung des nahehelichen Unterhalts nach § 1573 Abs. 5 BGB eine genaue Differenzierung notwendig. Bei einer teilweisen Erwerbs-

27 BGH FamRZ 1992, 162

28 BGH FamRZ 1982, 687

29 BGH NJW 1982, 1821

30 Urteil zum Wechselmodell vgl. BGH FamRZ 2006, 1015; 2007, 707

31 Peschel-Gutzeit in: Anwaltskommentar § 1687 Rdn. 11

32 So zutr. Schilling FPR 2008, 27, 28; Kemper FuR 2008, 169, 174; a. A. Viefhues/Mleczko aaO Rdn. 161 ff; zum früheren Recht OLG Nürnberg FamRZ 2003, 1320 = NJW 2003, 3065

33 BGH FamRZ 2006, 1362; OLG Düsseldorf FamRZ 2005, 1732

34 Vgl. dazu Viefhues ZFE 2008, 44, 48

35 Viefhues/Mleczko aaO Rdn. 194

36 FamRZ 2007, 965, 970

37 Klein, Das neue Unterhaltsrecht 2008, S. 174; Kemper FuR 2008, 169, 176; Borth aaO Rdn. 66 a

38 Borth FamRZ 2008, 2, 9; Kemper FuR 2008, aaO; Klein aaO

39 FamRZ 1990, 492, 493; 1999, 708, 709; 2001, 1687, 1691; 2004, 135

tätigkeit des Unterhaltsberechtigten besteht ein Unterhaltsanspruch nach § 1570 BGB a. F. bis zu einer Höhe, wie sie durch eine volle Erwerbstätigkeit zu erlangen wäre. Der restliche Unterhaltsanspruch beruht auf § 1573 Abs. 2 BGB.⁴⁰

Beispiel:

M und F sind geschiedene Eheleute. M erzielt ein Einkommen (bereinigt) von 2 200 €. Die F betreut das gemeinsame Kind (5 Jahre) und erzielt aus einer halbschichtigen Tätigkeit ein laufendes Einkommen von 600 €. Bei vollschichtiger Tätigkeit könnte sie 1 200 € verdienen.

Vom Einkommen des M ist zunächst der Zahlbetrag der DT (Stand: 1. 1. 2008) nach Höhergruppierung der Einkommensgruppe 4 zu entnehmen und beträgt (371 € *.i.* 77 € =) 294 €. Daraus errechnet sich ein Bedarf der F von (2 200 € *.i.* 294 € = 1 906 € \times $\frac{1}{2}$ = 1 634 € + ($\frac{1}{2}$ \times 600 €) 514 € = 2 148 € : 2 = 1 074 €. Unter Berücksichtigung des eigenen anrechenbaren Einkommens ergibt sich ein Unterhaltsanspruch von (1 074 € *.i.* 514 € =) 560 €. Bei einer vollschichtigen Tätigkeit ergibt sich ein Bedarf der F von (1 634 € + ($\frac{1}{2}$ \times 1 200 € =) 1 029 € = 2 663 € : 2 = 1 332 € und damit unter Berücksichtigung des eigenen anrechenbaren Einkommens ein Unterhaltsanspruch von 303 €. Der Anspruch beruht damit in Höhe von (560 € *.i.* 303 € =) 257 € auf § 1570 BGB in Höhe von 303 € auf § 1573 Abs. 2 BGB.

An dieser Rechtsprechung des BGH ist nicht festzuhalten.⁴¹ Die Rechtsprechung des BGH beruht auf der Notwendigkeit, dass nach Einführung des § 1573 Abs. 5 BGB durch das Unterhalts-Änderungsgesetz 1986 erstmals eine Befristung des nachgehenden Unterhalts in Betracht kam, soweit der Anspruch auf § 1573 Abs. 1 und 2 BGB beruhte. Auswirkungen auf den Rang ergeben sich daraus m. E. nicht, solange nur ein Teil des Anspruchs auf § 1570 BGB beruht. Die sachliche Rechtfertigung für die 2. Rangstufe ergibt sich allein aus dem Tatbestandsmerkmal der Kindesbetreuung. Der Vorrang nach § 1609 Nr. 2 BGB umfasst bei Ehegatten damit die gesamte Betreuungszeit, solange nur ein Teil des Anspruchs noch auf § 1570 BGB beruht.

V. Abzug des Tabellenbetrages oder des Zahlbetrages des Kindesunterhalts bei der Ermittlung des Ehegattenunterhalts

Nach § 1612 b BGB ist das auf das Kind entfallende Kindergeld zur Deckung des Barbedarfs zu verwenden und mindert in diesem Umfang dessen Bedarf. Unbestritten ist, dass nach der gesetzlichen Neuregelung

auf Grund der Anrechnungsbestimmung eine Kindergeldverrechnung auch dann entfällt, wenn der Unterhaltspflichtige wegen fehlender Leistungsfähigkeit den Mindestunterhalt nach § 36 Nr. 4 EGZPO bzw. § 1612 a BGB nicht zahlen kann.

Beispiel:

Bei einem Einkommen des Unterhaltspflichtigen von 1 050 € und einem Selbstbehalt von 900 € schuldet der Unterhaltspflichtige für ein Kind nach der 2. Altersstufe der DT, Stand: 1. 1. 2008, einen Mindestunterhalt von (322 € *.i.* 77 € =) 245 €. Unter Berücksichtigung des Selbstbehalts kann er jedoch nur 150 € zahlen. Bei diesem Betrag bleibt es, denn ein anteiliger Kindergeldabzug von diesem Betrag kommt nicht mehr in Betracht, weil der geschuldete Unterhalt hinter dem gesetzlichen geregelten Mindestunterhalt abzüglich des anteiligen Kindergeldes zurückbleibt.

Bei einem Kind der 3. Altersstufe müsste er zahlen (356 € *.i.* 77 € =) 288 €. Das ihm nicht möglich, weil er nur 150 € monatlich unter Wahrung seines Selbstbehalts aufbringen kann. Folglich schuldet er auch nur die verfügbaren 150 €.

Streit herrscht aber darüber, ob bei der Berechnung des Ehegattenunterhalts und dem jetzt nach § 1609 Nr. 1 BGB vorzunehmenden Vorwegabzug des Kindesunterhalts auch im Nichtmangelfall der Tabellenbetrag (Einsatzbetrag der DT, Stand: 1. 1. 2008)⁴² oder aber der Zahlbetrag abzuziehen ist. Nach der Begründung des Gesetzes und der neuen amtlichen Überschrift »Deckung des Barbedarfs durch Kindergeld«, die der Entscheidung des BVerfG⁴³ Rechnung trägt und in Einklang steht mit der geänderten Rechtsprechung des BGH⁴⁴ ist grundsätzlich der Zahlbetrag (Tabellenbetrag abzüglich hälftiges Kindergeld) vom Einkommen des Unterhaltspflichtigen in Abzug zu bringen.⁴⁵ Demgegenüber sind die Auffassungen in

40 Vgl. dazu Bäuml/Büte/Poppen aaO § 1570 Rdn. 22 mwN

41 FAFamR/Gerhardt 6. Aufl. Kap. 6 Rdn. 363 b; Karth-Zurhorst in: Schnitzler: Münchener Anwaltshandbuch Familienrecht 2. Aufl. 2008 Rdn. 22; Menne FamRB 2008, 110, 118; a. A. Weinreich/Klein, Fachanwaltskommentar Familienrecht 3. Aufl. § 1570 Rdn. 32, 45; Borth aaO Rdn. 91; Hoppenz/Hülsmann aaO § 1609 n. F. Rdn. 13

42 Vgl. FuR 2008, 27 ff

43 FuR 2003, 355 = NJW 2003, 2733 = FamRZ 2003, 1370

44 FamRZ 2006, 99 = NJW 2006, 57

45 So auch Gerhard/Gutdeutsch FamRZ 2007, 778, 779; Dose FamRZ 2007, 1289, 1292; Scholz FamRZ 2007, 2021, 2028; Klein »Das neue Unterhaltsrecht« S. 196; Reinken FPR 2008, 9, 11; Klinkhammer FamRZ 2008, 193, 199, 200; Vossenkämper FamRZ 2008, 201, 208; Schürmann FamRZ 2008, 313, 323; Wever FamRZ 2008, 553, 560; vgl. BT-Dr. 16/1830, S. 29; Born NJW 2008, 1 ff

den unterhaltsrechtlichen Leitlinien sehr differenziert: Den Tabellenbetrag ziehen ab der 7. Familiensenat des OLG Düsseldorf, das OLG Stuttgart, der 2. und 7. Senat des OLG Frankfurt, das OLG Hamm, das OLG Naumburg und das OLG Oldenburg. Alle anderen OLGe haben sich für den Zahlbetrag entschieden.

Nunmehr hat der BGH⁴⁶ zu erkennen gegeben, dass der Zahlbetrag abzuziehen ist. Zu Recht weist der BGH⁴⁷ darauf hin, dass das Kindergeld dem allgemeinen Familienlastenausgleich dient und die Unterhaltlast aller Unterhaltspflichtigen erleichtern will. Es ist eine zweckgebundene, Existenz sichernde Leistung,⁴⁸ die für das Kind zu verwenden ist, also unterhaltsrechtlich nicht als Einkommen der Eltern angesehen wird.

VI. Abzug (nur) des Mindestunterhalts (§ 36 Nr. 4 EGZPO, § 1612 a BGB) bei Vorhandensein weiterer nachrangiger Unterhaltspflichtiger?

Reicht die Verteilungsmasse des zur Verfügung stehenden Einkommens nicht aus, um den Unterhalt aller vor- und nachrangigen Unterhaltsberechtigten zu befriedigen, ist streitig, ob der Vorwegabzug für die minderjährigen Kinder nach der dem Einkommen des Unterhaltsschuldners entsprechenden Einkommensgruppe der DT (abzügl. hälftiges Kindergeld) zu bemessen oder aber immer mit dem um das Kindergeld bereinigten Mindestunterhalt in die Mangelfallberechnung einzusetzen ist.⁴⁹ Bei der Bemessung des Unterhaltsbedarfs nach den ehelichen Lebensverhältnissen ist zunächst der volle Unterhaltsbedarf der Kinder zu berücksichtigen, mit dem nunmehr in § 1609 BGB geregelten Vorrang des Unterhalts minderjähriger und privilegiert volljähriger Kinder ist keine Änderung der früheren Rechtslage eingetreten. Nach wie vor beschränkt sich die Vorschrift des § 1609 BGB auf die Regelung der Rangfolge mehrerer Unterhaltsberechtigter. Soweit der Unterhaltsanspruch von Kindern ohne eigene Lebensstellung mit Ansprüchen anderer Unterhaltsberechtigter, z. B. den Unterhaltsansprüchen getrennt lebender oder geschiedener Ehegatten oder Ansprüchen nach § 1615 I BGB konkurriert, kann eine ausgewogene Verteilung des Einkommens mit Hilfe der Bedarfskontrollbeträge der DT erreicht werden.⁵⁰

Beispiel:

M und F sind geschieden. Die beiden 7 und 2 Jahre alten Kinder werden von der F betreut, die kein Einkommen erzielt; M hat ein Einkommen von 2 200 €.

Lösung:

EK M	2 200,00 €
abzügl. Kindesunterhalt Einkommensgruppe 3	
K 1 (355 € ./. 77 € =)	278,00 €
abzügl. Unterhalt K 2 (307 € ./. 77 € =)	230,00 €
Differenz	1 692,00 €
Ehegattenunterhalt (² / ₇)	725,14 €
Verbleibendes EK des M	966,86 €
Bedarfskontrollbetrag	1 100,00 €
<i>2. Berechnungsstufe – Herabgruppierung um eine Gruppe –</i>	
EK M	2 200,00 €
Kindesunterhalt Einkommensgruppe 2	
Unterhalt K 1 (339 € ./. 77 € =)	262,00 €
Unterhalt K 2 (293 € ./. 77 € =)	216,00 €
Differenz	1 522,00 €
Ehegattenunterhalt (² / ₇)	738,00 €
Verbleibendes Resteinkommen des M	984,00 €
Bedarfskontrollbetrag	1 000,00 €
<i>3. Berechnungsstufe – Herabstufung um zwei Gruppen –</i>	
Einkommen M	2 200,00 €
Kindesunterhalt Einkommensgruppe 1	
Unterhalt K 1 (322 € ./. 77 € =)	245,00 €
Unterhalt K 2 (279 € ./. 77 € =)	202,00 €
Differenz	1 753,00 €
Ehegattenunterhalt (² / ₇)	751,29 €
<i>4. Leistungsfähigkeit für den Ehegattenunterhalt</i>	
Einkommen abzügl. Kindesunterhalt (Zahlbeträge)	1 753,00 €
Selbstbehalt gegenüber F	1 000,00 €
Differenz	753,00 €
abzügl. Unterhaltsanspruch	751,29 €

46 FamRZ 2008, 963, 967

47 FamRZ 2008, aaO

48 BVerfG FamRZ 2003, 1371

49 So Klein aaO S. 108

50 BGH FamRZ 2008, 968, 973; Klinkhammer FamRZ 2008, 193, 197, 200; Borth aaO Rdn. 299; a. A.: Grundmann/Menne »Das neue Unterhaltsrecht«, S. 93; Reinken FPR 2008, 9, 12 f

VII. Berechnung bei Unterhaltsansprüchen mehrerer nachrangiger Berechtigter: Gleicher Rang – gleicher Bedarf?

Nach der gesetzlichen Neuregelung des § 1609 Nr. 2 BGB sind Unterhaltsansprüche der zweiten Ehefrau oder der nichtehelichen Mutter nicht mehr gleichrangig. Alle Kinder betreuenden Ehegatten sowie nichteheliche Mütter oder nichteheliche Väter sind gleichrangig, so dass sich deren Bedarf gegenseitig relativiert. Gleichrang besteht auch, soweit sich der – nicht mehr Kinder betreuende – Ehegatte auf eine lange Ehedauer berufen kann mit dem zweiten Ehegatten, der ein Kind betreut. Aus dem Gleichrang des ein Kind betreuenden Elternteils folgt aber nicht zwingend, dass ihre jeweiligen Unterhaltsansprüche auch gleich hoch wären. Der Bedarf der ein nichteheliches Kind betreuenden Mutter richtet sich gemäß §§ 1615 I Abs. 3 S. 1, 1610 Abs. 1 BGB nach der Lebensstellung der Mutter. Maßgeblich ist, in welchen wirtschaftlichen Verhältnissen sie bisher gelebt hat.⁵¹ Sofern sie vor der Geburt des Kindes erwerbstätig gewesen ist, ist ihre Lebensstellung durch das erzielte Einkommen geprägt, wenn dieses nachhaltig erzielt worden ist. Hingegen leitet sich die Lebensstellung der Mutter grundsätzlich nicht aus dem Einkommen des Kindesvaters ab. Ob etwas anderes gelten muss, wenn die Mutter mit dem Vater des Kindes zusammengelebt hat und von ihm nachhaltig unterhalten worden ist,⁵² kann dahingestellt bleiben, denn das Maß für die Höhe des Unterhalts ist begrenzt durch den Halbteilungsgrundsatz.⁵³ Maßstab für die Höhe des Unterhaltsanspruchs der Ehefrau hingegen sind die ehelichen Lebensverhältnisse nach § 1578 Abs. 1 S. 1 BGB. Nach der neuen Rechtsprechung des BGH zu den wandelbaren ehelichen Lebensverhältnissen⁵⁴ wird jedoch keine die früheren ehelichen Lebensverhältnisse unverändert vorschreibende Lebensstandardgarantie begründet. Insbesondere ist die Anknüpfung an den Stichtag der rechtskräftigen Scheidung, wonach für die Bemessung der ehelichen Lebensverhältnisse grundsätzlich die Entwicklung bis zur Rechtskraft des Scheidungsurteils maßgebend und Änderungen in der Folgezeit nur dann zu berücksichtigen sind, wenn diese schon in der Ehe angelegt gewesen sind,⁵⁵ überholt.⁵⁶

Zur Berechnung des Unterhalts bei gleichrangigen Ehegatten/Kinder betreuenden Müttern bietet es sich im Interesse der Klarheit und der Vereinfachung des Unterhaltsrechts⁵⁷ – das deutsche Unterhaltsrecht zählt zu den kompliziertesten in Europa –⁵⁸ an, die Berechnung des Unterhalts außerhalb des Mangelfalls nach dem Verteilungsschlüssel der Leitlinien des OLG Hamm⁵⁹ Ziff. 24.2 zu übernehmen. Danach erhalten die geschiedene Ehefrau und die zweite Ehefrau/Lebenspartnerin die ein Kind betreut, grundsätzlich den gleichen Anteil. Die Verteilung erfolgt im Verhältnis 4:3:3. Sofern der Unterhaltspflichtige nicht erwerbstätig ist, ist das ver-

bleibende Einkommen (nach Vorwegabzug des Kindesunterhalts) im Verhältnis 1:1:1 zu verteilen. Der Vorteil der Ersparnis durch eine gemeinsame Haushaltsführung wird dadurch geregelt, dass das verbleibende Einkommen im Verhältnis 4:3,3:2,7 verteilt wird bzw. wenn der Unterhaltspflichtige nicht erwerbstätig ist im Verhältnis 3,6:3,6:2,8.⁶⁰

Nachdem der BGH⁶¹ mit der Änderung seiner Rechtsprechung zu den wandelbaren ehelichen Lebensverhältnissen auch nach Rechtskraft der Scheidung entstandene vorrangige und gleichrangige Unterhaltsverpflichtungen als die ehelichen Lebensverhältnisse prägend ansieht und beim Bedarf berücksichtigt, wird also der Bedarf des geschiedenen ersten Ehegatten durch den gleichrangigen Anspruch des neuen Ehegatten des Unterhaltspflichtigen tangiert. Denn der neue Ehegatte hat Anspruch auf Familienunterhalt nach dem Grundsatz der Halbteilung. Deshalb bietet es sich an, den Bedarf gleichrangig berechtigter Ehegatten und betreuender Mütter nach der Additionsmethode zu ermitteln und entsprechend der Anzahl der Berechtigten zu quoteln, d. h. bei Vorhandensein zweier Ehefrauen und des Unterhaltspflichtigen zu dritteln.⁶²

Berechnungsformel:

Bedarf F 1 und F 2: $\frac{1}{3} \times (\frac{2}{7} \text{ bereinigtes Erwerbseinkommen M und sonstiges Einkommen M} + \frac{6}{7} \text{ bereinigtes Nettoeinkommen F 1} + \text{sonstiges Einkommen F 1} + \frac{6}{7} \text{ bereinigtes Erwerbseinkommen F 2} + \text{sonstiges Erwerbseinkommen F 2})$

Bedarf nach den Süddeutschen Leitlinien:

$\frac{1}{3} \times (\frac{9}{10} \text{ bereinigtes Erwerbseinkommen M} + \text{sonstiges Einkommen M} + \frac{9}{10} \text{ bereinigtes Nettoeinkommen F 1} + \text{sonstiges Einkommen F 1} + \frac{9}{10} \text{ bereinigtes Erwerbseinkommen F 2} + \text{sonstiges Erwerbseinkommen F 2})$.⁶³

51 BGH FamRZ 2007, 1303, 1304

52 Vgl. dazu OLG Düsseldorf FamRZ 2005, 1772; BGH FamRZ 2005, 442

53 BGH FamRZ 2005, 442 = NJW 2005, 818

54 FamRZ 2003, 590, 591; 2006, 683; 2007, 845; 2008, 968

55 So noch BGH FamRZ 1999, 367, 368

56 BGH FamRZ 2008, 968, 972

57 Vgl. dazu auch Born NJW 2008, 1, 2

58 Scholz FamRZ 2003, 265, 272; Born NJW 2008, 1, 7

59 Abgedr. in der Sonderbeilage zu Heft 4 der FuR 2008

60 Krit. dazu Grandel NJW 2008, 796, 797

61 FamRZ 2006, 683 = NJW 2006, 1654

62 So Gerhard/Gutdeutsch FamRZ 2007, 778; Gutdeutsch FamRZ 2006, 1072; Klinkhammer FF 2007, 13; Hamm »Strategien im Unterhaltsrecht« § 5 Rdn. 13; Klein »Das neue Unterhaltsrecht« 2008, S. 180; Borth »Unterhaltsrechtänderungsgesetz« Rdn. 301 ff; Reinken FPR 2008, 9, 11

63 Vgl. dazu Gerhardt FuR 2008, 62 ff; FAFamR/Gerhardt 6. Aufl. Rdn. 303

Diese rechnerisch einfache Berechnung erfordert Korrekturen beim Wegfall des Anspruchs eines Ehegatten durch die Drittelteilung. Das ist der Fall, wenn bei zwei bedürftigen Ehegatten einer ein Eigeneinkommen zwischen einem Drittel und der Hälfte des Gesamtbedarfs hat und damit seinen Bedarf selbst deckt.⁶⁴ Ebenfalls eine Korrekturberechnung ist vorzunehmen bei nicht prägenden Einkünften, so z. B. bei Zinseinkünften aus einer Erbschaft, die während der zweiten Ehe angefallen ist. Gleiches gilt für den sog. Karrieresprung.⁶⁵

VIII. Weitergeltung der Rechtsprechung zum Splittingvorteil

Die Berechnung des Unterhalts erweist sich als besonders kompliziert, wenn der Unterhaltspflichtige wieder verheiratet ist.

Mit Beschluss vom 7. 10. 2003 hat das BVerfG⁶⁶ entschieden, dass steuerliche Vorteile, die der neuen Ehe eines geschiedenen Unterhaltspflichtigen durch das Ehegattensplitting erwachsen, nicht schon in der früheren Ehe angelegt und deswegen die Lebensverhältnisse dieser Ehe auch nicht bestimmt haben. Dieser Rechtsprechung hat der BGH⁶⁷ insofern Rechnung getragen, dass bei der Bemessung des Unterhaltsanspruchs eines früheren Ehegatten der Splittingvorteil eines wieder verheirateten Unterhaltspflichtigen außer Betracht zu lassen und sein unterhaltsrechtlich relevantes Einkommen anhand einer fiktiven Steuerberechnung nach der Grundtabelle zu ermitteln ist. Hingegen hat der BGH⁶⁸ entschieden, dass der Splittingvorteil bei der Bemessung der Unterhaltsansprüche von Kindern zu berücksichtigen ist. Denn insoweit kommt das höhere Nettoeinkommen auch dem Kind des Unterhaltsverpflichteten aus der zweiten Ehe zugute und die Unterhaltsansprüche der leiblichen Kinder aus verschiedenen Ehen können nicht auf unterschiedlichen Einkommensverhältnissen beruhen. In Fortführung und als Konsequenz der Rechtsprechung des BVerfG⁶⁹ hat der BGH⁷⁰ entschieden, dass der Steuerfreibetrag nach § 32 Abs. 6 S. 1 EStG als Einkommen einzubeziehen ist; denn der Freibetrag für das sächliche Existenzminimum eines Kindes und der weitere Freibetrag für den Betreuungs und Erziehungs oder Ausbildungsbedarf des Kindes werden für jedes zu berücksichtigende Kind des Steuerpflichtigen gewährt, werden also unabhängig vom Bestehen einer Ehe der Eltern oder deren Zusammenleben gewährt. Hingegen setzt die Inanspruchnahme des Steuerfreibetrages nach § 32 Abs. 6 S. 2 EStG, d. h. die Verdoppelung der vorgenannten Beträge voraus, dass das Kind zu beiden Ehegatten in einem Kindschaftsverhältnis steht. Dieser Steuer-

vorteil muss deshalb der bestehenden Ehe und nicht geschiedenen Ehe zugute kommen.⁷¹ Der Familienzuschlag für Stiefkinder steht allein der neuen Ehe zu,⁷² während der beamtenrechtliche Familienzuschlag (§ 40 Abs. 1 Nr. 1 und 3 BBesG) bei der Bemessung des Unterhaltsanspruchs der geschiedenen Ehefrau hälftig anzusetzen ist, wenn er sowohl wegen des Unterhaltsanspruchs aus einer geschiedenen Ehe als auch für eine bestehende Ehe gezahlt wird.⁷³ Wird dem geschiedenen Ehegatten wegen der zweiten Ehe Arbeitslosengeld gezahlt, steht der darauf anfallende Teil des Arbeitslosengeldes nicht der ersten Ehefrau zu.⁷⁴ Zur Errechnung des konkreten Unterhalts sind – würde man die frühere Rechtsprechung fortführen – drei fiktive Berechnungen erforderlich, nämlich eine fiktive Bereinigung um den Steuervorteil der zweiten Ehe, die Ermittlung des fiktiven Realsplittingvorteils und ein fiktiver Kindesunterhalt. Ist dann noch – wie nach BGH⁷⁵ – das Einkommen des Unterhaltspflichtigen auf einen Karrieresprung zurückzuführen, so ist auch dieser herauszurechnen und ein fiktives Einkommen ohne Karrieresprung zu ermitteln. All dies lässt sich mit der geplanten Vereinfachung des Unterhaltsrechts nicht vereinbaren. Ganz unabhängig davon aber gilt, dass die Rechtsprechung des BVerfG⁷⁶ auf der seinerzeit geltenden unterschiedlichen Rangfolge zwischen erster und zweiter Ehegatten beruht.⁷⁷ Nur dann, wenn die unterhaltsberechtigten Ehegatten nicht im gleichen Rang stehen, gilt die Rechtsprechung des BVerfG und des BGH weiter.

*Dieter Büte, Vors. Richter am OLG, Bad Bodenteich/
Celle*

64 Vgl. dazu die Beispiele bei Gerhardt/Gutdeutsch FamRZ 2007, 778, 781; Gerhardt FamRZ 2008, 62, 65

65 Vgl. dazu BGH FamRZ 2007, 783

66 FamRZ 2003, 1821, 1823

67 FamRZ 2005, 1817, 1819; 2007, 882, 885; 2007, 1081, 1082; 2008, 968, 970, 971

68 Zuletzt FamRZ 2008, 968, 971

69 FamRZ 2003, aaO

70 FamRZ 2007, 882 = NJW 2007, 1969

71 BGH FamRZ 2007, 882

72 BGH FamRZ 2005, 1817; OLG Hamm FamRZ 2005, 1177

73 BGH FamRZ 2007, 793 = NJW 2007, 1961; a. A. OLG Celle

FamRZ 2005, 716 = NJW 2005, 1516; OLG Oldenburg FamRZ 2006, 1127

74 BGH FamRZ 2007, 983

75 AaO

76 AaO

77 So zutr. Gerhardt/Gutdeutsch FamRZ 2007, 778, 779; 2007, 945, 947; FuR 2008, 62, 65; a. A. Borth aaO Rdn. 283; Reinken FPR 2008, 9, 11, 13; Schürmann FamRZ 2008, 313, 325; Klein aaO S. 72; Maurer Anm. zu BGH FamRZ 2008, 977