

Dieter Büte

## Die Neuregelung der §§ 1585 b, 1585 c, 1586 a BGB und die Übergangsvorschrift des § 36 EGZPO

### A. Unterhalt für die Vergangenheit, § 1585 b BGB

Die Erleichterungen, die durch das KindUG vom 1. 7. 1998 für die rückwirkende Geltendmachung von Kindesunterhalt geschaffen wurden (isoliertes Auskunftsverlangen statt Mahnung; Wegfall des Verzugerfordernisses bei Verhinderung einer rechtzeitigen Mahnung; Rückwirkung auf jeweiligen Monatsanfang) und die Kraft Verweisung in §§ 1361 Abs. 4, 1360 a Abs. 3 BGB auch für den Trennungs- und Familienunterhalt gelten, sind seinerzeit nicht in § 1585 b Abs. 2 BGB übernommen worden.<sup>1</sup> Eine analoge Anwendung des § 1613 Abs. 1 BGB kam nicht in Betracht, da der Unterhaltsgläubiger die Möglichkeit hatte, den nachehelichen Unterhalt im Verbund geltend zu machen.<sup>2</sup> Diese seit langem kritisierte Fassung<sup>3</sup> ist durch die Neufassung des § 1585 b Abs. 2 BGB und den Verweis auf § 1613 Abs. 1 BGB aufgegeben.

Der Unterhaltsgläubiger kann nunmehr für die Vergangenheit bezüglich des nachehelichen Unterhalts Erfüllung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung von dem Zeitpunkt an fordern, in dem der Unterhaltsschuldner in Verzug gekommen oder der Unterhaltsanspruch rechtshängig geworden ist. Ein Anspruch auf rückständigen Unterhalt kann also begründet werden durch:

- Verzug,
- Rechtshängigkeit,
- Stufenmahnung,<sup>4</sup>
- Auskunft.

#### Praxishinweis:

Zwar genügt nunmehr grundsätzlich ein Auskunftsverlangen nach § 1613 Abs. 1 BGB, um den Unterhaltsschuldner bezüglich des nachehelichen Unterhalts in Verzug zu setzen, das Auskunftsbegehren muss jedoch nach Rechtskraft der Ehescheidung erfolgen. Denn ein vor Rechtskraft der Ehescheidung verfolgtes Auskunftsbegehren oder eine Mahnung begründen keinen Verzug wegen des nachehelichen

Unterhalts.<sup>5</sup> Wegen der Nichtidentität der Streitgegenstände von Trennungsunterhalt und nachehelichem Unterhalt<sup>6</sup> setzt eine Mahnung wegen des Trennungsunterhalts den Schuldner nicht in Verzug wegen des nachehelichen Unterhalts.<sup>7</sup> Ist im Hinblick auf die Regelung in § 629 a ZPO unklar, wann die Rechtskraft der Ehescheidung eingetreten ist, sollte vorsorglich wiederholt Auskunft verlangt werden.

Nach wie vor kann nachehelicher Unterhalt gemäß § 1585 b Abs. 3 BGB nur für die Zeit von einem Jahr vor Rechtshängigkeit verlangt werden, außer der Unterhaltspflichtige hat sich seiner Leistungspflicht absichtlich entzogen.<sup>8</sup>

Auch nicht beseitigt ist die Ungleichbehandlung von Unterhaltsberechtigten und Unterhaltsverpflichteten bei Erhebung einer Abänderungsklage. § 323 Abs. 3 S. 2 ZPO ermöglicht nur dem Unterhaltsberechtigten die rückwirkende Erhöhung und Abänderung eines Unterhaltstitels ab Vorliegen der Voraussetzungen des § 1613 Abs. 1 BGB,<sup>9</sup> eine entsprechende letztlich rückwirkende Regelung für ein Herabsetzungsverlangen des Unterhaltsverpflichteten im Rahmen einer Abänderungsklage besteht nicht. Nach § 249 FamVG-E ist eine rückwirkende Änderungsmöglichkeit auch für den Unterhaltsschuldner geplant.

### B. Vereinbarungen über den Unterhalt, § 1585 c BGB

Nach bisherigem Recht können Vereinbarungen über den nachehelichen Unterhalt auch privatschriftlich oder sogar mündlich geschlossen werden. Im Hinblick auf die große Bedeutung der Absicherung des laufenden Unterhalts für den Berechtigten soll in Zukunft die notarielle Beurkundung Wirksamkeitserfordernis für Vereinbarungen über den nachehelichen Unterhalt sein. In der Begründung wird angeführt, eine beson-

1 BGH FamRZ 2007, 353, 354

2 Büte in: Bäuml/Büte/Poppen, Unterhaltsrecht, 1. Aufl., § 1585 b Rdn. 2; Johannsen/Henrich/Büttner, Eherecht, 4. Aufl., § 1585 b Rdn. 1

3 Gerhardt FuR 2005, 529, 537; Weinreich/Klein, Fachanwaltskommentar Familienrecht, 3. Aufl., § 1585 b Rdn. 1 a

4 BGH FamRZ 1990, 283; Weinreich/Klein § 1585 b Rdn. 5

5 BGH NJW 1992, 1956 = FamRZ 1992, 920

6 Büte, Vorbem. §§ 1360 ff BGB Rdn. 4

7 BGH NJW 1988, 1137 = FamRZ 1988, 370; Weinreich/Klein § 1585 b Rdn. 8

8 Vgl. dazu BGH NJW 1986, 526; NJW-RR 2005, 718; Büte § 1585 b Rdn. 10; Weinreich/Klein § 1585 b Rdn. 13

9 OLG Düsseldorf FamRZ 2006, 1211; Büte § 323 Rdn. 26; Viehues/Mleczo, Das neue Unterhaltsrecht, 2. Aufl. Rdn. 522; Johannsen/Henrich/Brudermüller § 323 Rdn. 117; a. A. Borth, Unterhaltsrechtsänderungsgesetz Rdn. 229

dere Schutzbedürftigkeit des Ehegatten, der sich in der schwächeren Verhandlungsposition befinde, werde in aller Regel nur bis zur Rechtskraft des Scheidungsurteils bestehen. Eine spätere, im Verlaufe des Unterhaltsverhältnisses möglicherweise nötig werdende Anpassung an geänderte Umstände soll durch die Einführung eines generellen Formzwanges nicht unnötig erschwert werden. Durch die Mitwirkung eines Notars soll die fachkundige und unabhängige Beratung der vertragsschließenden Parteien sichergestellt werden. Die Partner sollen vor übereilten Erklärungen bewahrt und ihnen die rechtliche Tragweite ihrer Vereinbarungen vor Augen geführt werden. Der Notar darf jedoch nach wie vor nicht einseitig Interessen vertreten und daher auch nicht einseitig beraten. Eine unabhängige Beratung der Eheleute gemeinsam führt aber möglicherweise nicht zum Schutz des schwächeren Verhandlungsteils. Deshalb werden Eheleute, bevor sie eine notarielle Vereinbarung treffen, häufig entsprechenden anwaltlichen Rat benötigen.

Der Formzwang gilt nicht

- für nach Rechtskraft der Ehescheidung geschlossene nacheheliche Unterhaltsvereinbarungen,<sup>10</sup>
- für den Trennungsunterhalt,
- den Unterhalt des nichtehelichen Elternteils nach § 1615 I BGB,
- für den Verwandtenunterhalt einschließlich des Kindesunterhalts.

Hier sind nur die materiell-rechtlichen Grenzen des § 1614 BGB beim Kindes- und Trennungsunterhalt zu beachten.

Durch den unmittelbar vor Verabschiedung des Gesetzes eingefügten S. 3 in § 1585 c BGB wird die notarielle Form gemäß § 127 a BGB durch einen gerichtlichen Vergleich, der in einem Verfahren in Ehesachen vor dem Prozessgericht protokolliert wird, ersetzt. Damit wollte der Gesetzgeber Unterhaltsvereinbarungen bezüglich des Formzwangs gleichbehandeln mit Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich (§§ 1408 Abs. 2, 1587 o BGB) und den güterrechtlichen Regelungen (§§ 1410, 1378 Abs. 3 BGB).

Diese vom Gesetzgeber sicherlich gut gemeinte Regelung ist missraten.<sup>11</sup> Nach der Neufassung reicht es nicht aus, dass ein gerichtlicher Vergleich »durch die Aufnahme der Erklärungen in ein nach den Vorschriften der ZPO errichtetes Protokoll« (§ 127 a BGB) beurkundet wird. Notwendig ist, dass die Vereinbarung in einem Verfahren in Ehesachen vor dem Prozessgericht protokolliert wird. Dazu zählen gemäß § 606 Abs. 1 S. 1 ZPO Verfahren auf Scheidung oder Aufhebung der Ehe pp. Nach der gesetzlichen Neufassung wird es deshalb nicht mehr möglich sein, in einem Verfahren über den Trennungsunterhalt formfrei ei-

nen Vergleich über den nachehelichen Unterhalt abzuschließen. Notwendig und damit kostenaufwendiger müssen sie die Regelung zum nachehelichen Unterhalt vor einem Notar beurkunden lassen. Sofern nach Anhängigkeit eines Ehescheidungsverfahrens auch noch das Verfahren über den Trennungsunterhalt anhängig ist, muss der Vergleich im Scheidungsverfahren geschlossen werden.<sup>12</sup>

### C. Wiederaufleben des Unterhaltsanspruchs, § 1586 a BGB

Mit Eingehung einer neuen Ehe oder Lebenspartnerschaft erlischt ein Unterhaltsanspruch gegen den geschiedenen Ehegatten. Die Unterhaltspflicht lebt wieder auf bei Auflösung der späteren Ehe. Auflösungsgründe sind der Tod des neuen Ehegatten, die Scheidung oder die Auflösung der neuen Ehe nach §§ 1313 ff BGB.<sup>13</sup> Pflügt oder erzieht ein Unterhaltsberechtigter ein gemeinsames Kind aus der früheren Ehe und ist er deshalb an einer Erwerbstätigkeit gehindert,<sup>14</sup> so lebt der Anspruch aus § 1570 BGB mit Eintritt der Betreuungsbedürftigkeit des gemeinsamen Kindes, jedoch erst ab Auflösung der späteren Ehe, wieder auf.<sup>15</sup>

§ 1586 a Abs. 1 S. 2 BGB sah Anschlussunterhaltsansprüche nach Beendigung der Pflege und Erziehung eines Kindes nach den §§ 1571–1573 BGB und § 1575 BGB vor. Diese Regelung des § 1586 a Abs. 1 S. 2 BGB ist ersatzlos aufgehoben worden. Im Gegensatz zu dem aus Gründen des Kindeswohls gebotenen Betreuungsunterhaltsanspruches gegen den früheren Ehegatten nach § 1586 a Abs. 1 S. 1 BGB fehlt es für den Anschlussunterhalt an einer inneren Rechtfertigung. Der unterhaltsbedürftige Ehegatte löst sich mit der Eingehung einer neuen Ehe endgültig von der aus der früheren, geschiedenen Ehe abgeleiteten nachehelichen Solidarität; der Grundsatz der Eigenverantwortung des geschiedenen Ehegatten steht dem Wiederaufleben von Anschlussunterhaltsansprüchen entgegen.

10 Borth Rdn. 237; Bergschneider FamRZ 2008, 17

11 So zutr. Weinreich/Klein § 1585 c Rdn. 3 d

12 So zutr. Bergschneider aaO; a. A. Borth Rdn. 235: aus dem Regelzweck des durch den Rechtsausschuss eingefügten S. 3 ist nicht abzuleiten, dass eine Vereinbarung zum nachehelichen Unterhalt nicht mehr in einem selbstständigen Verfahren zum Trennungsunterhalt abgeschlossen werden kann, weil S. 3 lediglich eine Klarstellung in Bezug auf den Abschluss einer Vereinbarung in einer Ehesache beinhaltet, nicht aber Einschränkung des Anwendungsbereichs des § 127 a BGB

13 OLG Saarbrücken FamRZ 1987, 1046; Büte § 1586 a Rdn. 2

14 Vgl. dazu OLG Hamm FamRZ 2004, 1726

15 Büte Rdn. 3

## D. Die Übergangsvorschrift des § 36 EGZPO

### I. Grundlagen und Regelungsbereich

Die Voraussetzungen für die Anwendung der ab 1. 1. 2008 geltenden neuen Unterhaltsregeln auf bereits vor dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Änderung des Unterhaltsrechts (UÄndG 2007)<sup>16</sup> entstandene Unterhaltsansprüche ist in Art. 3 Abs. 2 UÄndG geregelt und in § 36 EGZPO normiert. Die neu durch das UÄndG 2007 geschaffenen Vorschriften gelten für alle Unterhaltsansprüche ab Inkrafttreten der Neuregelung (1. 1. 2008), finden also Anwendung auf

- Ehen, die vor dem 1. 1. 2008 geschlossen worden sind
- Kinder, die vor dem 1. 1. 2008 geboren worden sind
- Ansprüche nach § 16151 BGB, wenn dessen Voraussetzungen vor dem 1. 1. 2008 eingetreten sind.

Im Interesse einer einheitlichen Rechtsanwendung sowie Rechtssicherheit soll eine alsbaldige generelle Anwendung des neuen Rechts angestrebt sowie sich aus dem bisherigen Recht ergebende unbillige und ungerechte Ergebnisse beseitigt werden.<sup>17</sup> Da Unterhaltsansprüche, die vor dem 1. 1. 2008 fällig geworden sind, nicht erfasst werden, können unterschiedliche Rechtsfolgen, z. B. über § 1570 BGB im Hinblick auf die gesteigerte Erwerbsobliegenheit, bei der Rangfolge nach § 1609 sowie dem Betreuungsunterhalt nach § 16151 BGB eintreten. Klaganträge in laufenden Verfahren sind deshalb für die Zeit ab 1. 1. 2008 zu überprüfen.

### II. Die Änderung von Alttiteln und Vereinbarungen sowie die Anpassung an das neue Recht, § 36 Nr. 1 und 2 EGZPO

#### 1. Allgemeines

Ohne eine Änderung in den tatsächlichen Verhältnissen kommt es auf Grund der gesetzlichen Neuregelung – Mindestunterhalt, Rangfolge, Kindergeldberechnung, Betreuungsunterhalt, Begrenzung pp. – in vielen Fällen zu Auswirkungen auf die Unterhaltsberechnung. Die Vorschrift ermöglicht die Anwendung des ab 1. 1. 2008 geltenden neuen Unterhaltsrechts auf alle bestehenden Unterhaltsregelungen, also Urteile, Prozessvergleiche, Titel nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO, Anwaltsvergleiche nach § 796 a ZPO, Jugendamtsurkunden nach §§ 59, 60 SGB VIII und formlose Vereinbarungen. Sie gilt nicht für einstweilige Anordnungen, weil diese keine bindende Unterhaltsvereinbarung darstellen. Erfasst werden damit auch Umstände, die bereits vor dem 1. 1. 2008 bestanden haben, aber erst

durch das UÄndG 2007 erheblich geworden sind.<sup>18</sup> Diese Umstände sind nicht nach § 323 Abs. 2 ZPO präkludiert. War jedoch eine Alttatsache im Ausgangsverfahren von Bedeutung, kann sie keinen Abänderungsgrund auf Grund des neuen Rechts bilden. Gleiches gilt bei Unterhaltsvereinbarungen im Hinblick auf eine Störung der Geschäftsgrundlage. Das neue Recht begründet dann eine Störung der Geschäftsgrundlage, wenn eine bereits bei Vertragsabschluss/Vergleichsabschluss vorliegende Alttatsache erheblich geworden ist.

#### 2. Voraussetzungen

##### a) Wesentliche Änderung

Eine Anpassung kann nur verlangt werden, wenn damit eine wesentliche Änderung der Unterhaltspflicht eintritt. Die Gesetzesbegründung verweist ausdrücklich darauf, dass der Begriff genauso zu verstehen ist wie in § 323 ZPO.<sup>19</sup> In der Praxis wird überwiegend bei Urteilen eine wesentliche Änderung des Unterhaltsanspruchs ab 10 % bejaht.<sup>20</sup> Die Abänderungsvoraussetzungen werden aber auch bei geringeren Prozentzahlen angenommen.<sup>21</sup> Eine Abänderungsklage, die auf Anpassung einer auf 100 % Regelbetrag der 1. Altersgruppe abzgl. anteiliges Kindergeld lautende Unterhaltsregelung auf 100 % des Mindestunterhalts nach § 36 Nr. 4 EGZPO abzüglich des hälftigen Kindergeldes gerichtet ist, scheidet aus, da die Veränderung unter 10 % (hier: 6 €) liegt.

##### b) Bindungswirkung

Wie bei allen Abänderungsklagen ermöglicht die Abänderung auch hier keine freie, von der bisherigen Höhe unabhängige Neufestsetzung des Unterhalts oder eine abweichende Beurteilung der Verhältnisse. Vielmehr kann die Abänderungsentscheidung nur in einer unter Wahrung der Grundlagen des abzuändernden Titels vorzunehmenden Anpassung des Unterhalts an die veränderten Verhältnisse bestehen.<sup>22</sup> Die Bindung erstreckt sich auf die Einkommensverhältnisse, die Bestimmung der dabei zu berücksichtigenden besonderen Zu- und Abschläge, die Anrechnung oder Nichtanrechnung bestimmter Einkommensteile, die Einbeziehung fiktiver Einkünfte, die Berücksichtigung von Belastungen, Feststellungen zur Arbeitsfähigkeit und Bedürftig-

16 BGBl. 2007 I 3189

17 BT-Dr. 16/1830 S. 32

18 BT-Dr. 16/1830 S. 33

19 BT-Dr. 16/1830 S. 33, 34

20 OLG Düsseldorf FamRZ 1993, 1103; Büte § 323 Rdn. 18 mwN; Johannsen/Henrich/Brudermüller § 323 Rdn. 78 mwN

21 Büte aaO; OLG Hamm FamRZ 2004, 1051; BGH FamRZ 2005, 608; Anpassung an die Regelbetragsätze des § 1612 a BGB a. F.

22 BGH NJW 1994, 1855

keit, die Berücksichtigung weiterer Unterhaltspflichtiger und Unterhaltsberechtigter, die Berücksichtigung eines Wohnvorteils und die Feststellung einer bestimmten Bedarfsposition.<sup>23</sup> Durch § 36 Nr. 1 EGZPO ist klargestellt, dass in der Abänderungsentscheidung nur durch das UÄndG erheblich gewordene Umstände einer Neubeurteilung unterliegen. Ausreichend ist auch, dass Umstände, die der Erstentscheidung zu Grunde gelegen haben, durch das neue Rechte eine andere Bewertung in Bezug auf die Voraussetzung und die Höhe des Unterhaltsanspruchs erfahren – z. B. Dauer der Ehe und die frühere Erwerbstätigkeit – und deshalb die Höhe der Unterhaltsverpflichtung maßgeblich beeinflussen. Denn die Änderung einer gefestigten höchstgerichtlichen Rechtsprechung stellt einen eigenständigen Abänderungsgrund ab Verkündung der Entscheidung dar.<sup>24</sup>

Nicht präkludiert mit Alttatsachen ist jedoch der Abänderungsbeklagte, so dass z. B. eine früher vorrangig unterhaltsberechtigter Ehefrau, die nunmehr auf Grund der Neuregelung des § 1609 Nr. 2 oder 3 BGB gleichrangig mit der zweiten Ehefrau des Unterhaltspflichtigen ist, zur Verteidigung gegen eine gegen sie gerichtete Abänderungsklage unberücksichtigt gebliebene Einkommensbestandteile des Unterhaltspflichtigen in die Unterhaltsberechnung einbeziehen kann.<sup>25</sup>

Bei Vergleichen ist für die Abänderung ausschlaggebend, ob in den Verhältnissen, die die Parteien zur Grundlage der Vereinbarung gemacht haben, derartig gewichtige Änderungen eingetreten sind, dass nach materiellem Recht ein unverändertes Festhalten an der Vereinbarung nicht zugemutet werden kann.<sup>26</sup> Insofern kann auch eine Änderung der gefestigten höchstgerichtlichen Rechtsprechung eine Anpassung rechtfertigen.<sup>27</sup> Wird die Geschäftsgrundlage durch das UÄndG verändert, hat eine Anpassung gemäß § 313 BGB zu erfolgen, allerdings erst ab Inkrafttreten des neuen Rechts am 1. 1. 2008.

### c) Zumutbarkeit der Änderung

Das neue Recht verlangt die Berücksichtigung des Vertrauens in den Fortbestand einer Unterhaltsregelung. Dadurch soll eine flexible, an der Einzelfallgerechtigkeit orientierte Überleitung bestehender Unterhaltsregelungen auf die neue Rechtslage erreicht werden.<sup>28</sup> Nach der Gesetzesbegründung ist eine umfassende Abwägung aller Umstände erforderlich. Das Vertrauen sowohl des Berechtigten als auch des Verpflichteten auf einen Unterhaltstitel aber auch auf ausdrückliche oder stillschweigende Unterhaltsvereinbarungen ist grundsätzlich schutzwürdig und bei der Unterhaltsabänderung zu berücksichtigen. Das gilt insbesondere dann, wenn die Unterhaltsvereinbarung Bestandteil einer größeren, umfassenderen Regelung ist, so z. B. bei einer Vereinbarung der Ehegatten aus Anlass der

Trennung oder Scheidung über Unterhalt, Güterrecht, Hausrat und Wohnung. Insoweit ist zu prüfen, welche Auswirkungen sich bei einer Änderung des Unterhalts auf die verbleibenden Bereiche ergeben.<sup>29</sup> Angesichts dessen, dass gerade im familiären Bereich bei bestehenden Unterhaltsregelungen Entscheidungen getroffen werden, die nur schwer korrigierbar sind und finanziell erhebliche Auswirkungen haben, ist bei der Vertrauensschutzprüfung eingehend zu prüfen, ob es dem Betroffenen zumutbar ist, einen Wegfall oder eine Kürzung des Unterhalts hinzunehmen. Bei einer Heraufsetzung des Unterhalts infolge der Geltendmachung höheren Kindesunterhalts auf Grund Wegfalls der Mangelfallberechnung ist der Selbstbehalt des Unterhaltsverpflichteten zu beachten. Von entscheidender Bedeutung ist es, in welchem Maße sich der Unterhaltsberechtigte auf den Fortbestand der Regelung eingestellt hat. Insoweit kann dem Schutzbedürfnis durch eine gestufte Anpassung an die neue Rechtslage Rechnung getragen werden.

Als Kriterien bei der Abwägung des Vertrauensschutzes kommen in Betracht:

- die zeitliche Dauer der Unterhaltsregelung,
- die Fähigkeit und Möglichkeit, Unterhaltsreduzierungen durch eigene Einkünfte oder Erträge aus dem Vermögen auszugleichen,
- Vertrauensdispositionen im Hinblick auf die Planung mit einem titulierten Unterhalt unter Berücksichtigung der Gestaltung von Kinderbetreuung und Haushaltsführung, bereits bestehender Möglichkeiten der Befristung oder Herabsetzung des Unterhalts nach §§ 1573 Abs. 5, 1578 Abs. 1 S. 2 BGB,
- die zeitliche Nähe der Titulierung zum neuen Recht,
- der Zeitraum der Diskussion über die gesetzlichen Neuregelungen sowie
- Entwicklungen, mit denen auch nach bisherigem Recht zu rechnen war.

23 BGH FamRZ 1984, 374; NJW/RR 1944, 1155; Büte aaO

24 BVerfG NJW 2002, 1185; BGH NJW-RR 2001, 1225; NJW 2003, 1796; 2005, 3639; FamRZ 2007, 793; Änderung der Rechtsprechung zu § 1573 Abs. 5 BGB und Abstellen auf ehebedingte Nachteile

25 Borth FamRZ 2008, 105, 107

26 BGH NJW 1986, 2054

27 BGH NJW 2001, 3618

28 BT-Dr. 16/1830 S. 33

29 BT-Dr. 16/1830 S. 33 f

**Praxishinweis:**

Bei der Geltendmachung von Kindesunterhalt, gestützt auf den Vorrang des Kindesunterhalts nach § 1609 Nr. 1 BGB vor dem Ehegattenunterhalt ist sofort Abänderungsklage gegen den Ehegatten zu erheben, um den Ehegattenunterhalt entsprechend herabsetzen zu lassen. Bei unterschiedlicher Zuständigkeit für Abänderungsklagen der Kinder gegen den Vater und zum anderen des Vaters gegen die Kindesmutter muss versucht werden, eine einheitliche Entscheidung bei einem Gericht herbeizuführen. Insoweit kann das gemeinsame OLG oder das gemäß § 36 Abs. 2 ZPO zuständige OLG, zu dessen Bezirk das zuerst mit der Sache befasste Gericht gehört, gemäß § 36 Nr. 3 ZPO eine gerichtliche Bestimmung der Zuständigkeit vornehmen.

**d) Keine Präklusion nach §§ 323 Abs. 2, 767 Abs. 2 ZPO**

Bei Vorliegen der in § 36 Nr. 1 EGZPO genannten Umstände kann die erstmalige Änderung eines vollstreckbaren Unterhaltstitels nach Inkrafttreten des Gesetzes ohne die Beschränkungen der §§ 323 Abs. 2, 767 Abs. 2 ZPO geltend gemacht werden, § 36 Nr. 2 EGZPO.

**II. Die Anpassung von dynamisierten Titeln und Vereinbarungen, § 36 Nr. 3 EGZPO**
**1. Allgemeines**

Die Vorschrift stellt eine Sondernorm für bestehende dynamisierte Unterhaltstitel und Vereinbarungen nach § 1612 a BGB a. F. dar und ermöglicht nach Wegfall der Regelbetrags-VO und Einführung eines Mindestunterhalts in § 1612 a Abs. 1 S. 2 BGB iVm § 36 Nr. 4 EGZPO eine gesetzliche Anpassung ohne ein gesondertes gerichtliches Verfahren durch eine vom Vollstreckungsorgan (Gerichtsvollzieher oder Vollstreckungsgericht) vorzunehmende bloße Umrechnung. Dabei bleiben die vom Unterhaltsschuldner zu zahlenden Beträge gleich. Es erfolgt also keine Anpassung der Altregelung an das neue materielle Recht. Aus bereits errichteten Titeln kann weiterhin die Zwangsvollstreckung betrieben werden.

**2. Methode der Titelanpassung**

Bei der Titelanpassung ist wie folgt vorzugehen:

- Maßgeblich ist zunächst der sich aus dem Titel bis zum 31. 12. 2007 ergebende Zahlbetrag.
- Das hälftige Kindergeld ist hinzuzurechnen.

- Der sich dabei ergebende Betrag ist als Prozentsatz gegenüber dem Mindestunterhaltsbedarf der Altersstufe des Kindes, der den Basisbetrag von 100 % angibt, festzustellen.

Angesichts der verschiedenen in § 1612 b Abs. 1–5 BGB a. F. geregelten Konstellationen sind vier Fallgruppen (§ 36 Nr. 3 S. 4 Buchst. a – d EGZPO) zu unterscheiden.

**Beispiel:<sup>30</sup>**

Tituliert sind 121 % des jeweiligen Regelbetrages nach § 1 der RegelbetragsVO. Darauf wird das hälftige Kindergeld für ein erstes Kind angerechnet, soweit dieses zusammen mit dem Unterhalt 135 % des Regelbetrages übersteigt. War das Kind am 31. 12. 2007 zehn Jahre alt, betrug der zu diesem Zeitpunkt titulierte Bedarfsbetrag 297 €. Darauf waren 43 € Kindergeld anzurechnen, so dass sich ein Zahlbetrag von 254 € ergibt. Rechnet man 77 € hälftiges Kindergeld hinzu, ergibt sich ein Betrag von 331 €. Bildet man daraus den Verhältniswert aus dem um das hälftige Kindergeld erhöhten Betrag und dem neuen Mindestunterhalt (331 €: 322 € [Mindestbedarf = 100 %]) beläuft sich der Titel ab 1. 1. 2008 auf 102,8 % des Mindestbedarfssatzes abzügl. ein halbes Kindergeld für ein erstes Kind. In dieser Form nimmt der Titel an zukünftigen Änderungen des Mindestbedarfssatzes – auch nach Erreichen der nächsten Altersstufe – teil.

**Praxishinweis:**

Beruhete der bisherige Titel auf einem Einkommen des Pflichtigen in der 4. Einkommensgruppe der DT, Stand 1. 7. 2007, würde bei einem Einkommen von 1 700 € bis 1 900 € der Unterhaltsbedarf im Falle einer Neutitulierung auf der Grundlage der ab 1. 1. 2008 geltenden DT nach der 2. Einkommensgruppe (1 501 € bis 1 900 €) 339 € betragen, der Zahlbetrag sich also auf (339 € ./ 77 € =) 262 € belaufen. Diese Erhöhung um 8 € gegenüber dem bisherigen Titel kann nur mit der Abänderungsklage nach § 323 ZPO erreicht werden, scheidet jedoch an der Wesentlichkeitsgrenze des § 323 ZPO.

**Weiterer Praxishinweis:**

Besonderheiten ergeben sich aus der Umrechnung von Titeln auf der Grundlage der RegelbetragsVO

<sup>30</sup> Zu weiteren Beispielen vgl. den Anh. der DT

Ost. Hier wird sich häufig ein neuer Prozentsatz errechnen, der deutlich unter 100 % des Mindestunterhalts liegt, denn die § 36 Nr. 4 EGZPO genannten Mindestunterhaltsbeträge liegen erheblich über den alten Regelbeträgen Ost.<sup>31</sup>

### III. Die Übergangsregelung des § 36 Nr. 4 EGZPO

Die Vorschrift regelt abweichend von § 1612 a BGB den Mindestunterhalt minderjähriger Kinder für eine Übergangszeit. Er beträgt:

- für die Zeit bis zur Vollendung des 6. Lebensjahres 279 €,
- für die Zeit vom 7. bis zur Vollendung des 12. Lebensjahres 322 € sowie
- für die Zeit vom 13. Lebensjahr an 365 €.

Diese entsprechen den ab 1. 7. 2007 geltenden Regelbeträgen zuzüglich des hälftigen Kindergeldes für ein erstes Kind.<sup>32</sup> Während der Mindestunterhalt nach § 1612 a Abs. 1 BGB in der 1. Altersstufe 87 % eines Zwölftel des doppelten Kinderfreibetrages nach § 32 Abs. 6 S. 1 EStG beträgt, in der 2. Altersstufe 100 % (= 304 €) und in der 3. Altersstufe 117 %, belaufen sich die Bedarfssätze nach § 36 Nr. 4 EGZPO in der 1. Altersstufe auf 86,6 %, in der 2. Altersstufe auf 100 % und in der 3. Altersstufe auf 113,3 %. Grund dafür ist die Addition des Kindergeldes als Festbetrag zu diesen Bedarfssätzen nach der RegelbetragsVO. Erst wenn der doppelte Kinderfreibetrag nach § 32 Abs. 6 S. 1 EStG sich auf 3 864 € beläuft (zur Zeit 3 648 €) wird der in § 36 Nr. 4 EGZPO in der 2. Altersstufe auf 322 € festgesetzte Betrag erreicht. Da die Bedarfssätze in der 1. und 3. Altersstufe nach § 1612 a BGB (87 % bzw. 117 %) nicht mit dem jeweils geltenden Bedarfssatz nach § 36 Nr. 4 EGZPO (86,6 % bzw. 113 %) übereinstimmen, kann die Festschreibung des Mindestunterhalts in § 36 Nr. 4 EGZPO zu unterschiedlichen Zeitpunkten enden und insbesondere in der 3. Altersstufe zu einer überproportionalen Erhöhung des Mindestunterhalts führen.<sup>33</sup>

### IV. Die Berücksichtigung des neuen Rechts im Revisionsverfahren (§ 36 Nr. 5 EGZPO)

Die Vorschrift ermöglicht die Anwendung des ab 1. 1. 2008 geltenden Unterhaltsrechts auf beim BGH am

1. 1. 2008 anhängige Revisionsverfahren und damit abweichend von den Grundsätzen der §§ 546, 559 ZPO die Berücksichtigung neuen Tatsachenvortrages in Unterhaltssachen nach § 621 Abs. 4 Nr. 4, 5 oder 11 ZPO<sup>34</sup> und letztlich bei unstreitigem Sachverhalt eine eigene Sachentscheidung (§ 563 Abs. 3 ZPO) des BGH. Bei Notwendigkeit einer Beweisaufnahme ist eine Zurückverweisung möglich (§ 36 Nr. 5 S. 2 EGZPO), es steht jedoch im Ermessen des Revisionsgerichts, kleinere Beweisaufnahmen selbst durchzuführen.

### V. Wiedereröffnung einer mündlichen Verhandlung, § 36 Nr. 6 EGZPO

Die Vorschrift ermöglicht eine Anwendung des am 1. 1. 2008 in Kraft getretenen Rechts auf am 1. 1. 2008 noch nicht abgeschlossene Unterhaltsverfahren, wenn die mündliche Verhandlung bereits vor Inkrafttreten des UÄndG 2007 geschlossen und ein Termin zur Verkündung einer Entscheidung anberaumt war. Entsprechendes gilt im schriftlichen Verfahren nach § 128 Abs. 2 ZPO. Sofern eine Partei einen Antrag auf Wiedereröffnung bis zum Verkündungstermin stellt oder gestellt hat, ist abweichend von § 156 ZPO (Ermessen des Gerichts) die mündliche Verhandlung zwingend wiederzueröffnen. Unterbleibt der Antrag, kann eine Partei über eine Abänderungsklage nach § 323 Abs. 2 ZPO eine für sie günstige Änderung durch das ab 1. 1. 2008 geltende neue Recht erreichen.

### VI. Beschränkung der Rückwirkung, § 36 Nr. 7 EGZPO

Die Regelung stellt klar, dass für vor dem 1. 1. 2008 fällig gewordene Unterhaltsansprüche das bis dahin geltende Recht anwendbar ist und für Ehen, die nach dem bis zum 30. 6. 1977 geltenden Recht geschieden worden sind, weiterhin die §§ 58 ff EheG gelten.

*Dieter Büte, Vors. RiOLG, Bad Bodenteich/Celle*

31 Vgl. dazu näher Diehl JAmt 2007, 566, 569

32 Rechtsausschuss vom 7. 11. 2007, Dr. 16/6980, S. 23

33 So zutreffend Rasch FPR 2008, 15, 20

34 Klein, Das neue Unterhaltsrecht 2008, S. 216