

## E. Weitere Gestaltungsoptionen

Vermutlich gilt die BFH-Rechtsprechung auch nicht, wenn die Scheidungsvereinbarung bereits im Vorfeld einer Scheidung eine Unterhaltsabfindung regelt.

Denkbar ist auch, dass die Ehegatten anstatt eines Unterhaltes eine Leibrente vereinbaren – nach ein paar Jahren lässt sich diese ebenfalls steuerfrei abfinden. Im Zweifel sollte immer ein schriftliches Steuergutachten zur jeweils aktuellen Gestaltung vorliegen.

## F. Ehevertrag als Gestaltungsinstrument zur Sanierung

Auch in wirtschaftliche Bedrängnis geratene Unternehmer können durch einen Wechsel von der Zugewinnsgemeinschaft zur Gütertrennung einen Schritt zur Sanierung und Sicherung der ehelichen Altersvorsorge einleiten. Manches Familienheim, welches bisher nur der Unternehmer allein besessen hatte, kann damit bei rechtzeitiger Übertragung vor dem Zugriff der Gläubiger geschützt werden – denn es handelt sich dabei um keine Schenkung.

*Dr. Johannes Fiala, Rechtsanwalt (München), MBA Finanzdienstleistungen (Univ.), MM (Univ.), Geprüfter Finanz- und Anlageberater (A.F.A.), Bankkaufmann ([www.fiala.de](http://www.fiala.de))*

## Stellungnahme der Ständigen Fachkonferenz 3 »Familienrecht und Beistandschaft, Amtsvormundschaft« des Deutschen Instituts für Jugendhilfe und Familienrecht (DIJuF) e. V. vom 7. 4. 2008

### Hinweise zum neuen Unterhaltsrecht

Gegenstand der 12. Sitzung der Ständigen Fachkonferenz 3 (SFK 3) am 7. 4. 2008 im OLG Frankfurt/M. waren die ersten Erfahrungen mit dem neuen Unterhaltsrecht aus der Sicht der unterschiedlichen Professionen. Im Zuge der Diskussion ergab sich, dass wie zu erwarten noch erhebliche Unsicherheiten in der Rechtsanwendung bestehen. Als besonders problematisch wurden dabei folgende Punkte angesprochen:

- Einstufung in die Unterhaltstabelle, vor allem die Frage, welche Unterhaltsberechtigten zu berücksichtigen sind;
- Unterhaltsansprüche der Ehefrauen und Mütter, insbesondere Betreuungsunterhaltsansprüche und deren Befristung;
- praktische Anwendung der Vorgaben der Übergangsvorschrift des § 36 Nr. 1 EGZPO und
- Konsequenzen aus der Entscheidung des BGH, wonach Kindergartenkosten, soweit sie nicht ohnehin in den Tabellenbeträgen enthalten sind, als Mehr-

bedarf des Kindes anzusehen sind (BGH, Urt. vom 5. 3. 2008 – XII ZR 150/05).<sup>1</sup>

Um dem aktuellen Bedürfnis der Rechtsanwender/-innen, v. a. in den Jugendämtern, Rechnung zu tragen, hat die SFK 3 folgende kurze Hinweise zu besonders dringenden Fragen erarbeitet:

### I. Einstufung in die Unterhaltstabelle – Berücksichtigung von Unterhaltsberechtigten

Die SFK 3 verweist darauf, dass bei der Einstufung in die Unterhaltstabelle nicht nur gleichrangige Unterhaltsberechtigte zu berücksichtigen sind. Nach den Unterhaltsleitlinien der einzelnen OLG beruht die Tabelle auf einer Unterhaltsverpflichtung gegenüber drei Berechtigten<sup>2</sup>. Als Berechtigte in diesem Sinne gelten die Personen, die einen Unterhaltsanspruch gegen den Unterhaltspflichtigen haben, den zumindest teilweise zu erfüllen dieser wirtschaftlich in der Lage ist.

Nur dann, wenn entweder ein Unterhaltsanspruch solcher Personen ausscheidet, weil die gesetzlichen Voraussetzungen für einen Unterhaltsanspruch nicht gege-

<sup>1</sup> Zu den angesprochenen Problempunkten wird die SFK 3 zu einem späteren Zeitpunkt noch ausführlicher Stellung nehmen.

<sup>2</sup> Anders Ziff. 11.2 der Unterhaltsrechtlichen Leitlinien der Familiensenate des OLG Oldenburg, in denen als Grundlage der Tabellensätze von einem Bedarf für zwei Kinder ausgegangen wird. Allerdings bemisst sich nach Ziff. 12.1 dieser Leitlinien bei minderjährigen Kindern der Bedarf im Regelfall allein nach dem – *um die für nachrangig Berechtigte gewährten Vorteile verminderten* – Einkommen des das Kind nicht betreuenden Elternteils.

ben sind, oder ein gesetzlich bestehender Unterhaltsanspruch an der Leistungsfähigkeit des Verpflichteten scheitert, sind sie bei der Einstufung nicht zu berücksichtigen. Letzteres kommt insbesondere bei Unterhaltsansprüchen von Eltern gegen ihre Kinder in Betracht.

## II. Betreuungsunterhaltsansprüche nach § 1570 BGB und § 1615 I BGB

### 1. Altersphasenmodell

Die SFK 3 ist der Auffassung, dass ausgehend vom Gesetzeswortlaut und der Gesetzesbegründung der §§ 1570, 1615 I BGB ein Altersphasenmodell früheren Zuschnitts nicht mehr zu rechtfertigen ist. Beide Vorschriften erfordern jedoch keinen abrupten Wechsel nach dem dritten Geburtstag des Kindes von der Betreuung hin zu einer Vollzeitstätigkeit. Vielmehr ist ein gleitender Übergang vorgesehen. Im Mittelpunkt steht dabei das Wohl des Kindes und seine Bedürfnisse. Diese Voraussetzungen sind in jedem Einzelfall gesondert zu prüfen.

### 2. Befristung der Unterhaltstitel

Nach Auffassung der SFK 3 ist eine Befristung der Betreuungsunterhaltstitel, wie sie nach altem Recht bei Ansprüchen nach § 1615 I BGB erfolgte, nicht mehr zu rechtfertigen. Die Situation entspricht derjenigen der minderjährigen Kinder beim Wechsel in die Volljährigkeit. Auch bei Titeln minderjähriger Kinder ist eine Befristung nicht vorgesehen, vielmehr muss die Veränderung, die sich aus der Volljährigkeit ergibt, gesondert geltend gemacht werden.

Die SFK 3 weist jedoch darauf hin, dass die Nichtbefristung eines Titels nur dann rechtlich unbedenklich ist, wenn zugleich die durch die §§ 1570, 1615 I BGB vorgegebene Darlegungs- und Beweislastverteilung beibehalten wird, nämlich dass derjenige, der sich auf eine fehlende Erwerbsverpflichtung beruft, dies auch darlegen muss. Diese Darlegungs- und Beweislastverteilung muss auch bei Änderungsverfahren beibehalten werden.

### 3. Betreuung durch Verwandte und Bekannte

Die SFK 3 empfiehlt eine Klarstellung dahingehend, dass eine Kinderbetreuung von Verwandten und Bekannten i. d. R. als nicht zumutbar angesehen wird, es sei denn, dass diese Personen das Kind bereits in der Vergangenheit regelmäßig betreut haben. Eine solche Regelung erscheint aus der Sicht des SFK 3 sinnvoll, um einen Streit darüber zu vermeiden, ob und inwieweit Freunde, Bekannte bzw. Verwandte unter Kindeswohlgesichtspunkten geeignet sind, das Kind zu

betreuen. Eine Beweisaufnahme zu diesem Punkt überfrachtet die Unterhaltsverfahren.

### 4. Differenzierung

Die SFK 3 ist der Auffassung, dass angesichts des Wortlauts beider Vorschriften und der klaren Vorgaben des BVerf eine unterschiedliche Behandlung der Unterhaltsberechtigten nach § 1570 BGB und § 1615 I BGB bei der Frage der Erwerbsverpflichtung und der Titelbefristung nicht zu rechtfertigen ist.

## III. Die Übergangsvorschrift § 36 Nr. 1 EGZPO

### 1. Anwendungsbereich des § 36 Nr. 1 EGZPO und Übergangsfrist

Die SFK 3 verweist darauf, dass keine allgemeingültigen Aussagen dazu getroffen werden können, wie die Übergangsvorschrift im Einzelfall anzuwenden ist.

Die Vorschrift des § 36 Nr. 1 EGZPO regelt den Fall, dass sich die tatsächlichen Verhältnisse nicht ändern, sondern allein die Rechtsänderungen zu einem veränderten Unterhalt führen. Die Vorschrift ist die Spezialnorm zu § 323 ZPO für Rechtsänderungen durch das Unterhaltsrechtsänderungsgesetz. Zunächst ist daher bei der Rechtsanwendung darauf zu prüfen, ob ein Fall der Änderung der tatsächlichen Verhältnisse und damit ein Fall des § 323 ZPO gegeben ist oder ob die Änderung allein aus dem neuen Recht folgt, so dass § 36 Nr. 1 EGZPO zur Anwendung kommt.

Bei der Prüfung ist strikt auf den Einzelfall abzustellen, wobei auch eine strenge Zeitvorgabe für die Übergangszeit nicht gegeben ist. Der immer wieder genannte Übergangszeitraum von *sechs Monaten* ist keine verbindliche Größe. Vielmehr entspricht der Vorschlag eines Übergangszeitraumes von sechs Monaten der bisherigen Rechtsprechung in vergleichbaren Fällen und kann so als Anhaltspunkt dienen. *Erforderlich ist aber immer eine Einzelfallprüfung.*

### 2. Gerichtliche Geltendmachung und Prozessrisiko

Bei einer gerichtlichen Geltendmachung der Unterhaltserhöhung ist zu berücksichtigen, dass ein nicht unerhebliches *Prozessrisiko* gegeben ist. Dies ist dem Umstand geschuldet, dass derjenige, der unter Berufung auf § 36 Nr. 1 EGZPO eine Erhöhung seiner Unterhaltsansprüche begehrt, auch die Darlegungs- und Beweislast für die Zumutbarkeit aufseiten des Unterhaltspflichtigen trägt. Dazu gehört u. U. auch die Dar-

legung der Zumutbarkeit für einen durch das neue Recht nachrangig gewordenen Unterhaltsberechtigten, auf seinen Unterhaltsanspruch zu verzichten – hier in erster Linie bezogen auf die Ehefrauen, die den Kindern nunmehr im Rang nachgehen. Eine sorgfältige Abwägung des Prozessrisikos und ein gerichtliches Vorgehen der Beistände nur *in Absprache* mit dem vertretungsberechtigten Elternteil ist zwingend erforderlich.

### 3. Zwischennachricht

Ergibt die Abwägung, dass das *Prozessrisiko derzeit* noch als *zu hoch* anzusehen ist und daher eine gerichtliche Geltendmachung noch nicht erfolgen soll, sollte dies in Form einer Zwischennachricht den Betroffenen, und hier vor allem *dem Unterhaltspflichtigen*, mitgeteilt werden.

Dies ist erforderlich, damit der Unterhaltspflichtige darüber informiert ist, dass zwar derzeit eine gerichtliche Auseinandersetzung nicht beabsichtigt ist, dass jedoch die Forderung aufrechterhalten bleibt. Ein Vertrauensschutz darauf, dass keine Erhöhung mehr verlangt wird, ist dem Pflichtigen damit versagt.

#### Mitglieder der SFK 3

*Joachim Beinkinstadt*, Jugendamt Hamburg-Mitte; Dr. *Helmut Büttner*, Vors. Richter am OLG Köln a. D.; *Gretel Diehl*, Richterin am OLG Frankfurt a. M. (Vorsitzende der SFK 3); Dr. *Peter Gerhardt*, Vors. Richter am OLG München a. D.; *Hans-Joachim Helmke*, Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend; *Cornelia Hugger*, Kreisjugendamt Tuttlingen; Prof. Dr. *Bernhard Knittel*, Vors. Richter am OLG München; *Mathias Kohler*, Stadtjugendamt Mannheim; Dr. *Marie-Luise Kohne*, Rechtsanwältin, Münster; *Astrid Leonhardt*, Kreisjugendamt Mosbach; Prof. Dr. *Martin Lipp*, Universität Gießen; *Diethelm Mauthe*, Kreisjugendamt Esslingen; Dr. *Martin Menne*, RiAG, Berlin, zzt. Bundesministerium der Justiz; *Kyra Nehls*, Rechtsanwältin, Karben; *Sabine C. Thomsen*, Rechtsanwältin, Heidelberg; *Christa Wolf*, Stadtjugendamt Bergheim

*Ständige Fachkonferenz 3, Deutsches Institut für Jugendhilfe und Familienrecht (DIJuF) e. V.*

*Ernst Sarres*

## Familienrecht und Erbenstreit – Neue Rechtsprechung zur Erbaueinandersetzung

Die in der Rechtspraxis anzutreffenden Erfahrungen mit Erbengemeinschaften, das Meinungsspektrum zu vorbeugenden Streitvermeidungsstrategien sowie zu pragmatisch verlaufenden Erbaueinandersetzungen nach dem Erbfall sind derart einzelfallgeprägt, zufällig bzw. vage bis unzuverlässig wie der Verlauf und die Auseinandersetzungsergebnisse von (streitfälligen) Erbengemeinschaften. Auch wenn jährlich eine statistisch nicht nachweisbar vermeintlich hohe Zahl an Erbengemeinschaften entsteht und Teilungsklagen selten vorkommen, ist die Zahl der Publikationen<sup>1</sup> zu diesen Themenkomplexen vergleichsweise hoch. Der nachfolgende Beitrag befasst sich mit einigen Fragen aus der Rechtspraxis und gibt einen Überblick über neuere Rechtsprechung zum Recht der Erbengemeinschaft.

### I. Gesetzliche Erbfolge und Miterbenstreit

Wenn die aus dem Familienrecht resultierenden verschiedenen Erbordnungen nicht rechtzeitig in geeigneter Form abgeändert werden, entstehen<sup>2</sup> mit dem als kompliziert eingestuften bürgerrechtlichen Teilungsmodell<sup>3</sup> auseinanderzusetzende Erbengemeinschaften, deren »Zwangsbeteiligte« solche Gemeinschaften in der Regel niemals wollten und nunmehr nach Lösungen ohne Prozess suchen.

Die nachfolgenden Konstellationen geben einen Vorgeschmack auf potenziell streitbelastete Erbengemeinschaften.

- 1 Z. B. Pötting, Die Erbaueinandersetzung in der notariellen Vertragsgestaltung, MittBayNot 2007, 273 Teil 1–376 ff; Teil 2; Krug, Der Fachanwalt für Erbrecht, Heft 1/2006, 7 ff; Gottwald, Die Auseinandersetzung der Miterbengemeinschaft, ErbR 2007, 11
- 2 Zur Entstehung von Erbengemeinschaften vgl. Ann, Die Erbengemeinschaft, 2001, S. 9 f
- 3 Zum Teilungsmodell bei Erbengemeinschaften vgl. Ebeling – Geck, Handbuch der Erbengemeinschaft, Stand: April 2006, Abschnitt I, Rdn. 405 ff; Sarres ZEV 1999, 377