



Deutscher Anwaltverein  
Arbeitsgemeinschaft  
Familienrecht

Ingeborg Rakete-Dombek  
Rechtsanwältin und Notarin  
Fachanwältin für Familienrecht  
Vorsitzende des  
Geschäftsführenden Ausschusses  
Tempelhofer Ufer 31  
D-10963 Berlin  
Tel.: + 49-30-26 49 47-0  
Fax: + 49-30-26 49 47 47  
e-mail: [RAe@rae.org](mailto:RAe@rae.org); [www.rae.org](http://www.rae.org)

Deutscher Bundestag  
- Rechtsausschuss -  
Fax 227 36081

10.10.2006

**Stellungnahme zum Entwurf eines  
Gesetzes zur Änderung des Unterhaltsrechts  
BT-Drucks. 16/1830 vom 15. 06. 2006**

Ich bedanke mich für die Einladung, bei der Anhörung am 16. 10. 2006 als Sachverständige teilnehmen zu dürfen und erlaube ich mir zu dem Entwurf vorab die folgenden Anmerkungen:

**1. Vorrang von Kindesunterhalt und Betreuungsunterhalt**

Der Gedanke, den Kindesunterhalt und auch den Unterhalt für alle Kinder betreuenden Elternteile jeweils vorrangig zu befriedigen (Vorfahrt für Kinder), erscheint auf den ersten Blick folgerichtig und einleuchtend. Gegenüber diesem Gesetzesmotiv scheint Widerspruch nicht zu erwarten. Auf die darin zum Ausdruck kommende gesetzliche Wertung mögen sich alle Bürger sofort verständigen können, so dass der Grundgedanke der Reform dem Gerechtigkeitsempfinden zunächst entspricht.

**2. Rangfolge**

Unterstützt werden deshalb die Bemühungen, die Rangfolge zu ändern und alle Kinder bis zum Schluss ihrer Schulausbildung in den ersten Rang zu stellen, und in den zweiten Rang diejenigen, die Kinder betreuen. Ob es richtig ist, dass Ehepartner(Innen), die keinen Anspruch auf Kindesbetreuungsunterhalt haben, mit den kindesbetreuenden Eltern in den gleichen Rang aufgenommen werden, wird ebenso kritisiert, wie die Tatsache, dass diese Ehepartner(Innen) aus dem ersten Rang vertrieben werden sollen. Der Vorschlag, sie sollten gemeinsam mit den Volljährigen, die sich noch in der Ausbildung befinden, im 3. Rang stehen (vgl. die StN des DFGT), da sie in den 2. Rang per Definition nicht gehören, liegt auf dem Tisch. Daneben erscheint die Definition in § 1609 Nr. 2 BGB-E zum vorgeschlagenen Gleichrang „bei einer Ehe von langer Dauer“ unscharf. Dem Schutz von „Altehen“ könnte allerdings auch in der Übergangsregelung Rechnung getragen werden (vgl. StN DFGT und Peschel-Gutzeit, ZRP 2005, 177 ff.). Siehe nachfolgenden Ziff. 11.

Litkensstraße 11  
D-10179 Berlin  
Telefon 0 30/ 72 61 52-0  
Telefax 0 30/ 72 61 52-1 90  
[dav@anwaltverein.de](mailto:dav@anwaltverein.de)

German Bar Association  
1, Avenue de la Joyeuse Entrée  
B-1040 Brüssel  
Telefon +32/ 2/ 2 80 28 12  
Telefax +32/ 2/ 2 80 28 13  
[brussel@anwaltsverein.de](mailto:brussel@anwaltsverein.de)

Postbank  
Köln 2300 93-503  
BLZ 370 100 50

Dresdner Bank Köln  
Konto Nr. 2 160 444 00  
BLZ 370 800 40

### 3. Grundsatz der Eigenverantwortung

Die besondere Betonung dieses Grundsatzes hat zu heftigen Auseinandersetzungen geführt, die vor allem ideologisch geführt werden (Stichwort: „Zwang zur Fremdbetreuung“). Dies insbesondere bei der Anwendung des Grundsatzes auf den Betreuungsunterhalt.

Der häufig emotional geführten Diskussion könnte konsequent dadurch begegnet werden, dass der Grundsatz der Eigenverantwortung - jedenfalls bezogen auf den Betreuungsunterhalt - direkt am Betreuungsbedarf des Kindes bzw. der Kinder anknüpft (vgl. Stellungnahme und Formulierungsvorschläge des Deutschen Familiengerichtstages). Auch dies würde durch das Leitmotiv der Gesetzesänderung, den Kindern Vorrang zu verschaffen, getragen.

Zu kritisieren ist jedoch, dass die verheiratete Mutter hinsichtlich einer Fremdbetreuungsmöglichkeit darlegungsbelastet ist, die nicht verheiratete Mutter aber offenbar bis zum dritten Lebensjahr ihres Kindes nicht. Auch eine individuelle Betrachtung des betroffenen Kindes soll offenbar ausscheiden, da es nur um etwa vorhandene „Betreuungsangebote“ geht, nicht aber um die Beachtung der Konstitution des jeweiligen Kindes, eine Fremdbetreuung - wo auch immer - zu verkraften. Was ist, wenn das konkrete Kind damit von der Mutter nicht einfach zu beseitigende Probleme hat? Mit diesem Einwand muss jedenfalls in Zukunft gerechnet werden.

### 3. Leitlinien der OLG - Altersphasenmodell:

Soweit der Entwurf die starre Anwendung des Altersphasenmodells der bisherigen Leitlinien gleichzeitig verändern will, wird dies begrüßt. Die Leitlinien haben zwar zu einer Vereinfachung und auch zur Rechtssicherheit beigetragen, den konkreten Fall aber außer Acht gelassen. Niemandem leuchtet ein, weshalb exakt mit dem Geburtstag des jüngsten Kindes eine verstärkte Erwerbsobliegenheit eintritt, z. T. mit einer Verdoppelung der wöchentlichen Arbeitszeit. Kinder wachsen heran und werden selbständiger. Die Übergänge sind fließend, nicht starr. Eine 2/3 Stelle ab dem 12. Lebensjahr des jüngsten Kindes dürfte ebenso vertretbar und möglicherweise realitätsnäher sein. Auch angesichts des bestehenden Trends zur Ganztagschule sollte eine volle Betreuungsbedürftigkeit von Kindern bis zum dritten Schuljahr nicht mehr notwendig sein, es sei denn, es bestünden konkrete Probleme.

### 4. Formbedürftigkeit der Vereinbarung über den nachehelichen Unterhalt § 1585 c BGB-E

Die Regelung wird einhellig begrüßt, Sie wurde von der Anwaltschaft schon lange gefordert. Aber: Kindesunterhalt und nachehelicher Ehegattenunterhalt stehen rechtlich und wirtschaftlich in einem engen Zusammenhang und sollten daher in einer Ehescheidungsfolgenvereinbarung auch gemeinsam verhandelt und notariell beurkundet oder gerichtlich protokolliert werden. So ist auch die Praxis. Häufig wird nämlich - wegen der besseren Zahlungsakzeptanz - der Kindesunterhalt mit höheren Beträgen, als geschuldet, vereinbart, während gleichzeitig beim nachehelichen Unterhalt Begrenzungen vereinbart oder Absenkungen in Kauf genommen werden. Der Aufspaltung von Regelungen, die in einem Gesamtzusammenhang stehen, sollte weiter deutlich entgegen gewirkt werden, auch im Hinblick auf Bedenken in Bezug auf deren (isolierte) Wirksamkeit neben anderen, beurkundeten Regelungen (vgl. Stellungnahme des Deutschen Notarvereins).

Allerdings könnte durch die Verwendung des Wortes „nur“ in § 1569 BGB ein Problem dadurch entstehen, dass alle vertraglichen Modifikationen des Ehegattenunterhaltes, die nach BGH zulässig sein sollen (erneut Urteil vom 5. 7. 2006 – XII 25/04), dazu führen, dass es sich dann dabei um einen vertraglichen Unterhaltsanspruch mit den bekannten Folgen handeln könnte. Das Wort „nur“ scheint daher überflüssig und sollte gestrichen werden, um Unsicherheiten insoweit zu vermeiden.

#### **5. § 1612 II BGB-E**

Das Bestimmungsrecht der Eltern sollte jedoch ganz, weil gesellschaftlich überholt, entfallen. Hiervon wird in der Praxis auch kaum Gebrauch gemacht. Weshalb sollten Eltern berechtigt sein, gegenüber einem volljährigen, nicht privilegierten Kind mittelbar über diese Vorschrift ein „Aufenthaltsbestimmungsrecht“ auszuüben?

#### **6. Wegfall des Realsplittingvorteils wegen des Vorrangs des Kindesunterhaltes**

Der durch die Änderung der Rangfolge eintretende steuerliche Nachteil wegen Wegfalls der Vorteile des § 10 EStG kann im Einzelfall erheblich sein und wirkt sich nicht nur als Nachteil für den Unterhaltsverpflichteten aus. Inwieweit der Anspruch auf Ehegattenunterhalt durch die Neuregelung der Kindergeldanrechnung doch wieder vermehrt zum Tragen kommen wird und hierdurch auch der Realsplittingvorteil vermehrt in Anspruch genommen werden kann, ist derzeit noch nicht abzusehen. Es wäre jedoch zu hoffen.

#### **7. Unbestimmte Rechtsbegriffe**

Bedauerlicher Weise ändert der Entwurf hier wenig, sondern überlasst vieles dem richterlichen Ermessen.

- „Ehe von langer Dauer“
- „Ehebedingte Nachteile“
- „Vertrauen auf den Fortbestand der Regelung - zumutbar“
- „Verfestigte Lebensgemeinschaft“

Diese fehlenden Definitionen führen im Einzelfall zu einer erheblichen Beratungsunsicherheit der Anwälte gegenüber den Mandanten. Soweit hierdurch Definitionsprobleme nämlich auch weiterhin existieren, werden auch Rechtsprobleme in Kauf genommen. Prozesse werden geführt werden, auch wenn die Definition falsch angewandt wird, nur um Haftungen zu vermeiden und Klarheit durch Urteile zu schaffen. Die Übergangsregelung enthält bereits drei unbestimmte Rechtsbegriffe in einer Norm.

Allein die „Verfestigte Lebensgemeinschaft“ ist angesichts der vielfältigen Definitionen wie: nichteheliche Lebensgemeinschaft, Unterhaltsgemeinschaft, sozio-ökonomische Gemeinschaft, distanzierte Lebensgemeinschaft, etc. vollständig in die Unschärfe gerückt (vgl. insoweit StN der Familienrechtsausschüsse von BRAK und DAV), besonders im Hinblick auf die weiter unklare Frage, ob eine Leistungsfähigkeit des neuen Partners vorliegen muss oder nicht. Gleiches gilt angesichts der neueren Rechtsprechung zur höchst unterschiedlichen Definition von kurzer und langer Ehedauer und der damit fortbestehenden Unsicherheiten für die Betroffenen.

### 8. Kindesunterhalt

Die Definition des Mindestbedarfs von Kindern nach der vorgeschlagenen Neuregelung wird begrüßt. Kritisiert wird, dass die Gruppe 1 lediglich 87 % dieses Bedarfes erhalten soll. Gerhard (FuR 2005, 536) argumentiert jedoch mit dem Regierungsentwurf, wonach die derzeitigen Mindestunterhaltsbeträge überhöht gewesen seien und zu zahlreichen, vermeidbaren Mangelfällen geführt hätten. Die Anhebung der RegelbetragsVO der letzten Jahre habe über dem Existenzminimum gelegen. Begrüßt wird die Klärung der Beweislastumkehr, soweit der Mindestunterhalt jeweils geltend gemacht wird.

### 9. § 1615 I BGB-E

Die vorgeschlagene Regelung korrespondiert mit der neuen Entscheidung des BGH (FamRZ 2006, 1362), wonach schon jetzt eine Verlängerung des Zeitraums für den Betreuungsunterhalt im Einzelfall angenommen werden kann. Der Deutsche Familiengerichtstag schlägt vor, auch einen Altersvorsorgeunterhalt insoweit zu verankern. Ergänzend hierzu sollte aber auch ein Anspruch auf Prozesskostenvorschuss für den Betreuungsunterhalt und den Altersvorsorgeunterhalt, als Ergänzung bedacht werden (Caspary NJW 2005, 2577).

Auch die Möglichkeit der Abfindung eines derartigen Unterhaltsanspruchs sollte eröffnet werden. Dies gilt im Übrigen auch für volljährige nicht mehr privilegierte Kinder in der Ausbildung. Auch insoweit kann sich ein Bedürfnis nach einer Unterhaltsabfindung ergeben, wie die Praxis zeigt, um weiteren Streit um die damit verbundenen Auskunftsansprüche über den Fortgang der Ausbildung oder im Hinblick auf Streitigkeiten wegen eines Studienrichtungswechsel für beide Seiten zu vermeiden.

Das Problem der Verwirkung des Unterhaltes aus § 1615 I BGB-E ist wegen der weit reichenden Verweisung auf den Verwandtenunterhalt (§ 1611 BGB) nach wie vor nicht gelöst. Der nichteheliche Elternteil dürfte sich derzeit sogar besser stellen als der verheiratete (§ 1579 BGB). Dass der Anspruch aus § 1615 I BGB-E i.d.R. zeitlich begrenzt sein wird, lässt sich diesem Argument nach der o.a. Entscheidung und im Hinblick auf die geplante Änderung wohl nicht entgegenhalten. Auch Analogien zu § 1579 BGB oder zu § 1586 b BGB sollten vermieden werden und sind insgesamt problematisch. Dies gilt ebenso für die Frage, ob der Anspruch aus § 1615 I BGB mit dem Tod des Unterhaltsverpflichteten erlischt, oder aber – wie bei § 1586 b BGB – gegen die Erben fortbesteht. Auch insoweit könnte ein fiktiver Pflichtteilsanspruch konstruiert werden, der eine Begrenzung des Anspruchs der Höhe nach möglich macht.

Der Vergleich von § 1570 S. 2 BGB-E (i.V.m. § 1569 BGB-E) mit § 1615 I BGB-E lässt weiter die Frage aufkommen, ob die nicht verheiratete Mutter keinerlei Erwerbsobliegenheit vor dem dritten Lebensjahr des Kindes hat, die verheiratete Mutter aber darlegen muss – und zwar schon vor Vollendung des dritten Lebensjahres ihres Kindes – dass keine anderen Betreuungsmöglichkeiten bestehen. Auch hierin läge eine Besserstellung der nicht verheirateten Mutter.

### 10. Erweiterung der Auskunftsansprüche

Der Auffassung, weitere Auskunftsansprüche sollten bei gleichrangigen Unterhaltsberechtigten normiert werden, wird ebenfalls beigetreten (vgl. die Stellungnahmen der Familienrechtsausschüsse der Bundesrechtsanwaltskammer und des DeutschenAnwaltVereins). Nach diesseitiger Auffassung wird die Darlegungslast bei konkurrierenden Unterhaltsansprüchen erhebliche Schwierigkeiten bereiten.

### 11. Übergangsregelung

Hierdurch könnten zahlreiche Abänderungsverfahren zu erwarten sein. Die Belastung der Gerichte werde hierdurch erheblich sein. Zu den zahlreichen Abänderungsgründen verweise ich auf Hauß (FamRB 2006, 182 ff), der eine umfangreiche Checkliste entwickelt hat, anhand derer jeweils die Abänderungsmöglichkeiten zu prüfen sein werden. Schon hieraus wird ersichtlich, dass es eine große Anzahl von Fällen geben wird, bei denen eine Härte jedenfalls nicht ausgeschlossen werden kann, die aber möglicherweise gleichwohl „zumutbar“ sein könnte.

Es sollte daher erwogen werden, die vor einem bestimmten Zeitpunkt geschlossenen Ehen (z. B. vor dem 1. 7. 1997 = 10 Jahre Ehe vor Inkrafttreten) den Neuregelungen nicht unterfallen zu lassen, um auf diese Weise dem Vertrauensschutz eine einigermaßen sichere Geltung zu verschaffen. Weiter fehlt es an einer Regelung für entstandene, aber noch nicht titulierte Ansprüche. Eine erstmalige Berufung auf die Begrenzungsvorschriften (Befristung und Herabsetzung des nachehelichen Unterhaltes) sollte im Rahmen des § 323 ZPO möglich sein (vgl. Empfehlung des AK 16 des 16. DFGT, BGH FamRZ 2004, 1357). Der Begriff der nachehelichen Solidarität kann nämlich richtigerweise nur so verstanden werden, dass die im Einzelfall versprochene Solidarität, die auch auf der einverständlich praktizierten Rollenverteilung in der Ehe beruht, auch nachehelich eingehalten wird. Falls es richtig ist, dass die Hausfrauenehe ausstirbt, sollte der Unterhaltsverpflichtete jedenfalls nicht dazu ermutigt werden, sich von diesem (alten) Solidaritätsversprechen, das von den Parteien über Jahre gelebt wurde, einfach zu lösen. Gerade diese Solidaritätszusage, die sich aus der gelebten Ehe herleitet, und nicht lediglich aus der Dauer der Ehe, lässt das Vertrauen entstehen, das zu schützen ist. Dies kann auch bereits nach 5 Jahren Ehe, in der drei Kinder geboren wurden, entstanden sein. Hierzu müssten neue Vorschläge erwogen und diskutiert werden.

### 12. Vereinfachung, Transparenz und Klarheit

Mit der konkreten Unterhaltsberechnung nach Geltung der Neuregelungen haben sich bereits einige Autoren befasst. Aus den Berechnungsbeispielen ergibt sich, dass Gutdeutsch (FamRZ 2006, 1072) und Gerhardt (FuR 2005, 529) schnelle und handhabbare Lösungen parat haben, die sich offenbar auch in Berechnungsprogramme umsetzen lassen.

Im Mangelfall wird es in Zukunft zwar zunächst einfacher (vgl. Viefhues ZFE 2006, 367). Durch BGH vom 15. 03. 2006 (FamRZ 2006, 683) wonach der Selbstbehalt gegenüber den Kindern geringer (890 €) ist, als der gegenüber dem Ehegatten (ca. 1.000 €), ist die Berechnung jedoch weiterhin – mindestens – zweistufig.

Eine Vereinfachung wird sich zwar durch die beabsichtigte Rangfolgeänderung zunächst ergeben. Schon die neuen Anrechnungsregeln des Kindergeldes werden aber zu zahllosen Abänderungsverfahren führen. Auch die weiterhin fehlenden Definitionsanknüpfungspunkte bei den dargelegten unbestimmten Rechtsbegriffen werden einen fortbestehenden Klärungsbedarf bedingen. Die umfassende Abänderbarkeit durch die Übergangsregelung wird daneben – ähnlich wie anlässlich der geänderten Rechtsprechung zur Wirksamkeit von Eheverträgen – zu einem erheblichen Beratungsbedarf, aber auch zu zahlreichen gerichtlichen Klärungsaufträgen führen.

Ingeborg Rakete-Dombek, Rechtsanwältin und Notarin, Fachanwältin für Familienrecht  
Vorsitzende der Arbeitsgemeinschaft Familienrecht im DeutschenAnwaltVerein