



## Leitliniendifferenzen

Seit dem 1.1.08 gilt das neue Unterhaltsrecht. Seit dem 31.1.08 liegen die Leitlinien der OLG vor, deren einheitliche Gliederung mehr Einheitlichkeit vortäuscht, als tatsächlich besteht. Dabei wird sich mancher verwundert die Augen reiben, ob denn der Gegenstand des Streites und seine praktische Bedeutung den Preis der Regionalisierung und eines unterhaltsrechtlichen Flickenteppichs wert ist.

### 1. Kindesunterhaltseinsatzbetrag im Mangelfall

Nach altem Recht hatte sich für den Mangelfall und seine mathematische Bewältigung nach der Entscheidung des BGH v. 22.1.2003<sup>1</sup> die Praxis herausgebildet, den Bedarf der minderjährigen Kinder mit 135% des Regelbetrages in die Mangelfallberechnung einzustellen. Der BGH stellte damals fest, der Gesetzgeber habe durch das KindUG v. 6.4.1998<sup>2</sup> den bis dahin geltenden Mindestbedarf eines Kindes abgeschafft. Damit sei die gesetzliche Vorgabe dafür entfallen, den Unterhaltsbedarf von Kindern auf jeden Fall mit einem Mindestbedarfssatz bei der Mangelverteilung zu berücksichtigen, soweit nicht das unterhaltsrelevante Einkommen des Unterhaltspflichtigen eine höhere Eingruppierung in den Unterhaltstabellen zulasse<sup>3</sup>. Das Interregnum des Mindestbedarfs wurde seither bis zu 31.12.07 klaglos mit dem auf 135% des Regelbetrages festgesetzten Einsatzbedarfsbetrages im Mangelfall überbrückt.

Der Gesetzgeber hat nunmehr jedoch in § 1612a BGB erneut einen gesetzlichen Mindestbedarf minderjähriger Kinder bestimmt. Dieser beträgt 1/12 des doppelten Freibetrages für das sächliche Existenzminimum eines Kindes (Kinderfreibetrag) nach § 32 Abs. 6 Satz 1 des Einkommensteuergesetzes. Da dieser Betrag unter dem untersten Satz der Düsseldorfer Tabelle gelegen hätte, bestimmt nunmehr § 36 EGZPO die Mindestbedarfssätze für minderjährige Kinder höher als es sich aus § 1612a BGB i.V.m. § 32 VI S. 1 EstG ergäbe, solange das ‚sächliche Existenzminimum‘ des Einkommensteuerrechts unterhalb der in § 36 Nr. 4 EGZPO festgesetzten Beträge liegt.

Es läge in der Konsequenz der seinerzeitigen Entscheidung des BGH<sup>4</sup>, nähme man den nunmehr wieder gesetzlich definierten Mindestbedarf als Einsatzbetrag für die Berechnung des Kindesunterhaltes im Mangelfall. Durch die Rangfolgenregelung des § 1609 BGB wäre gesichert, dass – entsprechende Leistungsfähigkeit vorausgesetzt – dieser Mindestbedarf immer vor nachrangigen Unterhaltsansprüchen befriedigt wird. Diese Konsequenz wird indessen nicht von allen OLG gezogen<sup>5</sup>.

In den OLG-Bezirken, in denen die **Bedarfskontrollbeträge** der Düsseldorfer Tabelle angewendet werden, spielt die Frage des Einsatzbetrages im Mangelfall meist keine Rolle, da durch die Bedarfskontrollbeträge bei hoher Belastung des Unterhaltspflichtigen mit Unterhaltungspflichten die zur Bestimmung des Unterhaltsbedarfs minderjähriger Kinder anzuwendende Einkommensstufe so lange zu vermindern ist, wie der für diese Einkommensstufe geltende Bedarfskontrollbetrag nicht gewahrt wird. Diesen Schritt geht das OLG Frankfurt und gelangt über die Anwendung des Bedarfskontrollbetrages letztendlich zu einem Einsatzbetrag im Mangelfall, der der untersten Tabellenstufe entspricht.

Das Kammergericht hingegen wendet den Bedarfskontrollbetrag nicht an und will eine Mangelfallberechnung stets mit dem **vollen Unterhaltsbedarf** der jeweiligen Einkommensstufe als

<sup>1</sup> BGH v. 22.1.2003 – XII ZR 2/00, FamRZ 2000, 363 mit Anmerkung Scholz, FamRZ 2003, 514.

<sup>2</sup> BGBl I 666

<sup>3</sup> vgl. auch Göppinger/Kodal, a. a. O., Rz. 1640.

<sup>4</sup> Vgl. FN 1

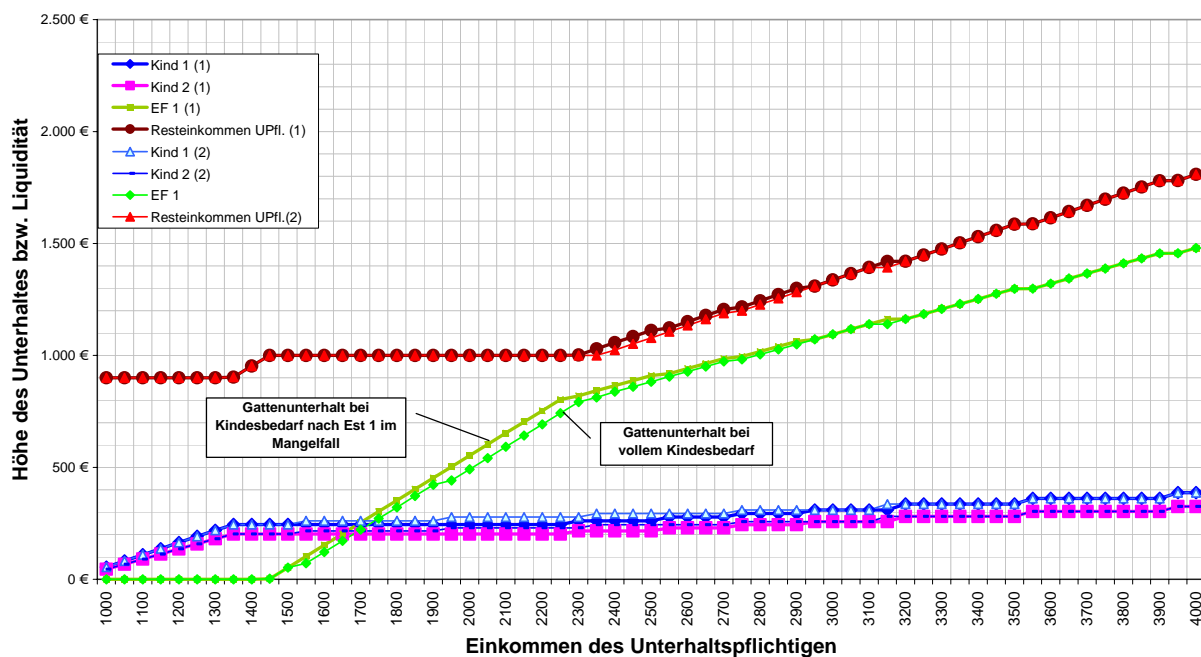
<sup>5</sup> Den vollen Bedarf, also gegebenenfalls auch aus einer höheren Einkommensstufe wollen nehmen KG Berlin (LL Nr. 23) und OLG Frankfurt/Main; offen OLG Celle und Dresden (Jeweils Nr. 23)



Einsatzbetrag berechnen. Hinter dieser Auffassung steht ein verfehltes Verständnis des Rangfolgenprinzips des § 1609 BGB. Danach wird der Bedarf minderjähriger und ihnen gleichgestellter volljähriger Kinder **im Mangelfall** vorrangig sichergestellt. Außerhalb eines Mangelfalles ist jedoch ein Vorrang des Kindesunterhaltes nicht zu begründen. Es entspricht auch nicht der Lebenswirklichkeit von Vielkinderfamilien in beengten Einkommensverhältnissen, dass die Kinder mit Marken- und Luxuskleidung ausgestattet werden und der betreuende Elternteil sich in Sackleinen zu gewandt hat. Diese Art von Bedürfniskanibalismus hat mit einer an der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen bemessenen Bestimmung der Höhe des Unterhaltsbedarfs nichts mehr gemein. Bei einem anrechenbaren Einkommen des Unterhaltspflichtigen von 3.000 €, der zwei Kinder der dritten Altersstufe, und ein Kind der ersten Altersstufe aus einer neuen Beziehung sowie seine Ehefrau und Konkubine zu unterhalten hat, wäre der Bedarf der Kinder aus Einkommensstufe fünf voll befriedigt ( $361 + 77 = 438$  €), während sich die erwachsenen Unterhaltsberechtigten mit 510 € zufrieden geben müssten.

Die tatsächlichen Unterschiede sind nicht besonders gravierend, zumal eine Anhebung des Einsatzbetrages für Kinder zu einer Reduktion des Unterhaltes des Gatten führt, solange ein Mangelfall gegeben ist. Aber auch kleine Beträge spielen im Mangelfall eine Rolle. Außerhalb des Mangelfalles führt der Einsatz des **vollen Kindesunterhaltes** ohne Beachtung der Bedarfskontrollbeträge zu einem etwas abgesenkten Quotenunterhalt und einer verringerten Restliquidität des Unterhaltspflichtigen. In der nachfolgenden Grafik sind die unterschiedlichen Verläufe für eine Berechnung von 1.000 € bis 4.000 € dokumentiert:

Unterhaltsverlauf Mangelfall mit vollem Kindesbedarf /





## 2. Kindergeldanrechnung

Der Gesetzgeber hat nunmehr in § 1612b BGB angeordnet, dass das für minderjährige Kinder bestimmte Kindergeld zu  $\frac{1}{2}$  und das für volljährige Kinder voll **auf deren Bedarf** anzurechnen ist. Damit hat sich der Gesetzgeber dazu entschlossen, das **Kindergeld wie Einkommen des Kindes** zu behandeln. Dies hat deutliche Auswirkungen auf die **Höhe des Trennungs- und nachehelichen Unterhaltes**: misst man dem Kindergeld bedarfsdeckende Funktion zu, hat dies die logische Konsequenz, dass zur Berechnung des Bedarfs des nach den ehelichen Lebensverhältnissen bestimmten Unterhaltsbedarfs des Gatten und gegebenenfalls auch der nicht verheirateten Mutter lediglich der **Zahlbetrag des Kindesunterhaltes** und nicht der den Unterhaltsbedarf bestimmende Tabellenbetrag der Düsseldorfer Tabelle vorab vom anrechenbaren Einkommen des Unterhaltspflichtigen abgezogen wird<sup>6</sup>. Im Klartext bedeutet dies, dass nach neuem Recht dem Unterhaltspflichtigen, der auch einem Gatten oder der der Mutter eines Kindes nach § 1615/BGB unterhaltspflichtig ist **im Mangelfall**, pro Kind  $\frac{1}{2}$  des an das Kind gezahlten Kindergeldes weniger Liquidität zum eigenen Lebensunterhalt verbleibt. Liegt kein Mangelfall vor, führt der Abzug des Tabellenbedarfs der Kinder statt des Zahlbetrages zu einer Liquiditätssteigerung von  $\frac{3}{7}$  des Kindergeldes, also immerhin von 44 € pro kindergeldberechtigtem Kind<sup>7</sup>. Rechtsprechung<sup>8</sup> und Literatur<sup>9</sup> hatten in der Vergangenheit den Unterhaltspflichtigen für verpflichtet gehalten, aus dieser ihm verbleibenden Liquidität die **Kosten des Umgangsrechts** zu begleichen. Mit der Neufassung von § 1612a BGB ist dieser Weg eingeeengt: im Mangelfall bleibt dem Unterhaltspflichtigen vom Kindergeld meist nichts mehr, außerhalb des Mangelfalles lediglich  $\frac{3}{14}$  bzw.  $\frac{4,5}{20}$  des Kindergeldes. Praktisch vermindert diese Berechnungsmethode die Konsequenzen der Rangvorranges der Kinder und in vielen Fällen auch den Realsplittingvorteil des alten Rechts.

Dieser Nachteil der neuen Regelung und die Rechtsprechung des BFH und der BVerfG zur Funktion des Kindergeldes haben dazu geführt, dass die eindeutige gesetzgeberische Anordnung in § 1612b BGB, das **Kindergeld auf den Bedarf des Kindes** anzurechnen nicht nachvollzogen wird<sup>10</sup>. Es mag juristische Argumente geben, die jetzige gesetzliche Regelung für inkonsequent und dogmatisch anfechtbar zu betrachten. Am klaren Willen des Gesetzgebers, das Kindergeld auf den Bedarf eines minderjährigen Kindes zu  $\frac{1}{2}$  und auf den Bedarf eines volljährigen Kindes voll anzurechnen, wird man nicht vorbeikommen. Kindergeld ist damit unterhaltsrechtlich wie Einkommen eines Kindes zu bewerten. Dies hatte der BGH für volljährige Kinder bereits zuvor entschieden<sup>11</sup>. Dass die Oberlandesgerichte diese gesetzgeberische Entscheidung teilweise nicht befolgen erscheint bedenklich und wenig nachvollziehbar. Die Normenkassationskompetenz liegt beim Bundesverfassungsgericht.

Die nachfolgende Verlaufskurve macht die Relevanz der unterschiedlichen Berechnungsmethoden deutlich:

<sup>6</sup> Gerhardt, FamRZ 2007, 945; Dose, FamRZ 2007, 1289; Scholz, FamRZ 2007, 2021.

<sup>7</sup> Beim 1. bis 3. Kind  $77 \times \frac{3}{7} = 33$  € bzw.  $77 \times \frac{4,5}{10} = 34,65$  €

<sup>8</sup> BGH v. 29.1.2003 – XII ZR 289/01, FamRZ 2003, 445; BGH v. 22.2.2005 – XII ZR 56/02, FamRZ 2005, 706 m.Anm. Luthin; die Umgangskosten können auch als sozialhilferechtlicher Bedarf verstanden werden, LSG Baden-Württemberg v. 17.8.2005 - L 7 SO 2117/05 ER-B, FamRZ 2006, 895; Umgangskosten und Schulkosten können auch als außergewöhnliche Belastungen steuerlich absetzbar sein, FG Hessen v. 22.2.2006 – 2 K 3058/04, FamRZ 2006, 1716; OLG Bamberg v. 19.5.2005 - 2 UF 12/05, FamRZ 2005, 2090.

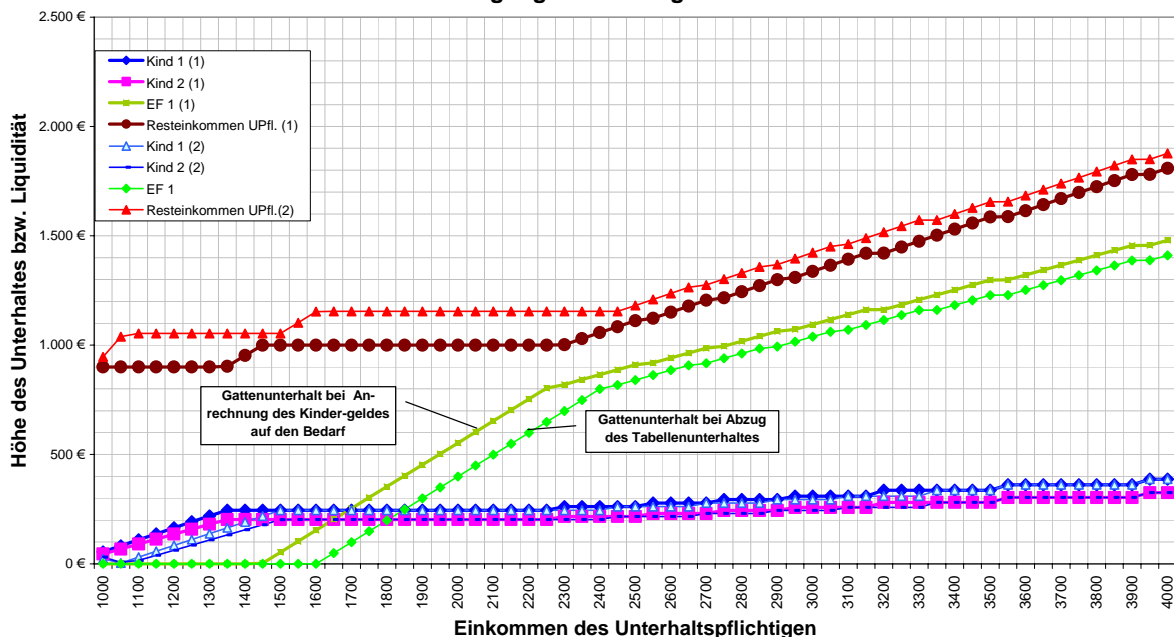
<sup>9</sup> Motzer, FamRZ 2006, 73; Graba, FamRZ 2006, 297; Jansen, ZFE 2006, 249; Büte FuR 2006, 170; Söpper, FamRZ 2005, 503; Theuerer, FamRZ 2004, 1619.

<sup>10</sup> Vgl. Leitlinien OLF Frankfurt, Naumburg und Stuttgart (Sondervotum in südd. Leitlinien), jeweils Nr. 15; alle Leitlinien sind unter [www.famrb.de](http://www.famrb.de) auch in einem einheitlichen PDF-Dokument dokumentiert.

<sup>11</sup> BGH v. 26.10.2005 - XII ZR 34/03, FamRZ 2006, 99 m. Anm. Viefues und Scholz; BGH v. 17.1.2007 XII ZR 166/04, FamRZ 2007, 542, FamRB 2007, 98.



### Unterhaltsverlauf unter Beachtung des Bedarfskontrollbetrages mit und ohne KG-Berücksichtigung vor Bildung des Quotenunterhaltes



### 3. Bedarfskontrollbeträge

Der unterhaltsrechtliche Dissens über die Bedarfskontrollbeträge ist alt. Die Bedarfskontrollbeträge sollen zu einer ausgewogenen Einkommens- und Unterhaltsverteilung der an einem Unterhaltsverhältnis Beteiligten führen. Nach der in § 1612b BGB nunmehr wieder vorgesehenen Halb-anrechnung des Kindergeldes auf den Bedarf und dem Vorwegabzug des Kindesunterhaltsbedarfs vom Einkommen des Unterhaltspflichtigen vor Berechnung des Gattenunterhaltes, wirken sich die Bedarfskontrollbeträge eindeutig dahingehend aus, eine harmonischere Entwicklung der Unterhaltsansprüche zu gewährleisten. Der ‚Bedarfskontrollhaken‘, also der Effekt beim Verlassen des Mangelfalles, dass trotz anwachsenden Einkommens die Liquidität des Unterhaltspflichtigen kurzräumig sinkt, wird beim Einsatz des Bedarfskontrollbetrages vermieden:

### Unterhaltsverlauf mit und ohne Beachtung des Bedarfskontrollbetrages

