



Stellungnahme

des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss Familienrecht

zu den Eckpunkten des Bundesministeriums der Justiz vom 24. August 2023 zur Modernisierung des Unterhaltsrechts: Ein faires Unterhaltsrecht für Trennungsfamilien

Stellungnahme Nr.: 62/2023

Berlin, im September 2023

Mitglieder des Ausschusses Familienrecht

- Rechtsanwältin Eva Becker, Berlin (Vorsitzende)
- Rechtsanwalt Dr. iur. Marko Oldenburger, Hamburg
- Rechtsanwältin Dr. Renate Perleberg-Kölbl, Hannover
- Rechtsanwalt Rolf Schlünder, Mannheim (Berichterstatter)
- Rechtsanwältin Sonja Steffen, Stralsund
- Rechtsanwalt Klaus Weil, Marburg

Zuständig in der DAV-Geschäftsstelle

- Rechtsanwältin Christine Martin, DAV Berlin

Deutscher Anwaltverein

Littenstraße 11, 10179 Berlin

Tel.: +49 30 726152-0

Fax: +49 30 726152-190

E-Mail: dav@anwaltverein.de

Büro Brüssel

Rue Joseph II 40, Boîte 7B

1000 Brüssel, Belgien

Tel.: +32 2 28028-12

Fax: +32 2 28028-13

E-Mail: bruessel@eu.anwaltverein.de

EU-Transparenz-Registernummer:

87980341522-66

Verteiler

Deutschland

- Bundesverfassungsgericht
- Bundesministerium der Justiz
- Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend
- Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages
- Ausschuss für Familie, Senioren, Frauen und Jugend des Deutschen Bundestages
- Arbeitsgruppen Recht und Verbraucherschutz der im Deutschen Bundestag vertretenden Parteien
- Vorstand und Geschäftsführung des Deutschen Anwaltvereins
- Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des Deutschen Anwaltvereins
- Vorsitzende des Forums Junge Anwaltschaft
- Gf. Ausschuss der Arbeitsgemeinschaft Familienrecht des Deutschen Anwaltvereins
- Deutscher Richterbund
- Deutscher Juristinnenbund
- Deutscher Steuerberaterverband
- Bundesrechtsanwaltskammer
- Bundesnotarkammer
- Bundesgerichtshof, Bibliothek
- Deutscher Notarverein
- Deutscher Familiengerichtstag e.V.
- Bundesverband der Freien Berufe
- ver.di - Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft, Bundesfachgruppe Justiz
- Wissenschaftliche Vereinigung für Familienrecht
- Arbeitsgemeinschaft berufsständischer Versorgungseinrichtungen e. V. – ABV
- Pressereferat des Deutschen Anwaltvereins
- Redaktionen der Zeitschriften FF – forum familienrecht, FamRB, FamRZ; FuR; NJW, NZFam, Redaktion Anwaltsblatt/Anwbl

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV versammelt zirka 60.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte sowie Anwaltsnotarinnen und Anwaltsnotare, die in 253 lokalen Anwaltvereinen im In- und Ausland organisiert sind. Er vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene. Der DAV ist im Lobbyregister für die Interessenvertretung gegenüber dem Deutschen Bundestag und der Bundesregierung zur Registernummer R000952 eingetragen.

Zusammenfassung

Der Deutsche Anwaltverein begrüßt die Vorschläge im [BMJ-Eckpunktepapier zur Modernisierung des Unterhaltsrechts vom 24. August 2023](#). Sie zielen auf mehr Rechtssicherheit ab, entsprechen elementaren praktischen Bedürfnissen und erfüllen einen Großteil der in Literatur und Wissenschaft erhobenen Forderungen.

Allerdings beschränkt sich das Eckpunktepapier zum Kindesunterhalt auf das sog. asymmetrische Wechselmodell. Will man Rechtssicherheit, für die Praxis taugliche und somit einheitliche, für die Betroffenen verständliche Berechnungsformen schaffen, sollten dringend alle Betreuungsformen und damit auch das zeitanteilig gleiche paritätische Betreuungsmodell von der Reform erfasst werden.

Auch zum Betreuungsunterhalt regt der DAV Ergänzungen an.

Stellungnahme im Einzelnen

Das Bundesministerium der Justiz (BMJ) hat am 25.08.2023 ein Eckpunktepapier für ein faires Unterhaltsrecht in Trennungsfamilien veröffentlicht. Es werden vier Regelungsbereiche angesprochen: Einmal werden Vorschläge zur Berechnung des Kindesunterhalts im sog. asymmetrischen Wechselmodell (1) und zur Reform beim Betreuungsunterhalt nach § 1615I BGB unterbreitet (2). Des Weiteren soll der notwendige Selbstbehalt rechtlich verankert werden, der alle zwei Jahre im Verordnungswege geregelt werden und regionale Unterschiede abbilden soll (3) sowie eine Neufassung von § 1629 BGB zur Geltendmachung von Kindesunterhalt im symmetrischen Wechselmodell (4).

1. Die Berechnung des Kindesunterhalts im sog. asymmetrischen Wechselmodell

Das BMJ stellt ein Berechnungsmodell für den Kindesunterhalt vor, wenn der nicht hauptsächlich betreuende Elternteil eine substantielle Mitbetreuung des Kindes leistet. Ausgehend vom Kindesunterhalt, berechnet nach beiden Elterneinkommen, wird ein fester pauschaler Betrag von 15 % abgezogen, der den Aufwand des mitbetreuenden Elternteils für Nahrung, Freizeit, Bildung, Verkehr usw. abdeckt und damit zwangsläufig zu einer Kostenersparnis beim hauptbetreuenden Elternteil führt. Entsprechend den Leitlinien der Oberlandesgerichte wird der Haftungsanteil ermittelt und mit einem festen Betreuungsanteil von 33 % gemittelt. Vom rechnerischen Ergebnis wird dann die Hälfte des Kindergeldes in Abzug gebracht. Das vom BMJ vorgestellte Berechnungsschema erfüllt die Vorgaben der Rechts- und Beratungssicherheit:

- Das Schema ist einfach zu handhaben und damit ausgesprochen praxisfreundlich. Die Berechnung des Kindesunterhalts auf der Grundlage des gemeinsamen Elterneinkommens sowie das Ermitteln der Haftungsquote sind tägliches Brot des Praktikers. Die beiden Parameter, die dazu dienen, die Betreuungszeit des anderen Elternteils zu erfassen, sind invariabel: der pauschale Abschlag am Bedarf des Kindes von 15 % sowie der Betreuungsanteil mit 33 %. Der Pauschalierung mag der Einwand der Einzelfallgerechtigkeit entgegengehalten werden. Allerdings wird in der Praxis derzeit weder der Aufwand des Mitbetreuenden noch der Betreuungsanteil exakt bestimmt und derart in Berechnungen einbezogen. Das pauschalierende Modell wird zugleich durchaus auch vom informierten Laien verstanden und für die Berechnung herangezogen werden können und so zu mehr Rechtssicherheit führen.
- Das Berechnungsmodell erfasst die Betreuungsleistung des nicht hauptbetreuenden Elternteils unabhängig vom tatsächlich erbrachten Betreuungsanteil, was aus der Perspektive des Praktikers den unbestreitbaren Vorteil für sich hat, dass damit Auseinandersetzungen um den Umfang des realen Betreuungsanteils mit dem Ziel, den Kindesunterhalt zu senken, der Wind aus den Segeln genommen wird. Von Mandanten gerne aufgestellte Tabellen über die tatsächlich geleisteten Betreuungszeiten werden damit bedeutungslos. Die reale Betreuungsdauer im Einzelnen hat auf die Höhe des Kindesunterhalts

keinen Einfluss. Der gerne vor Gericht geführte Streit um den Umfang der erbrachten Betreuungsleistungen wird damit hinfällig. Allerdings sieht der DAV die Gefahr des strategischen Missbrauchs: Der Verpflichtete könnte den bisherigen Betreuungsmodus reduzieren, weil ein Mehr an Betreuung keinen wirtschaftlichen Nutzen abwirft. Gleichermäßen könnte der hauptbetreuende Elternteil ein Mehr an Betreuung verhindern wollen, weil damit bereits ab >29 % der Mitbetreuung weniger an Barunterhalt gezahlt wird. Solche Aktionen könnten als nicht im Sinne des Kindesinteresse entlarvt werden – unabhängig von der Art der Berechnung lassen sie sich aber nicht vermeiden.

Nicht auf den ersten Blick erschließt sich der Zweck der Anlage 1 im Verhältnis zur Anlage 2 des Eckpunktepapiers. Die erstere enthält beispielhaft dargestellte Betreuungsquoten auf der Grundlage der vom Kind beim nicht schwerpunktmäßig betreuenden Elternteil verbrachten Nächte unter Berücksichtigung der gesetzlichen Schulferien von jährlich 14 Wochen. Ob die dargestellten Betreuungsquoten einen Bezug oder Einfluss auf das Berechnungsmodell gemäß Anlage 2 haben, lässt sich dem Text des Eckpunktepapiers nicht ohne Weiteres entnehmen.

Der DAV regt zum besseren Verständnis des Anlagenduetts an, explizit auf die doppelte Rolle der Anlage 1 hinzuweisen: Sie soll es zum einen ermöglichen, modellhaft an Hand der verbrachten Nächte den prozentualen Betreuungsanteil des nicht hauptsächlich betreuenden Elternteils zu ermitteln, und dient weiter dazu, herauszufinden, ob ein konkreter Betreuungsmodus den Anwendungsbereich des sog. asymmetrischen Wechselmodells eröffnet, nämlich dann, wenn der tatsächlich praktizierte Betreuungsanteil zwischen >29 % und <49 % liegt.

2. Der Reformbedarf im Unterhaltsrecht

Der Gesetzgeber nimmt sich den Betreuungsunterhalt von nicht verheirateten Elternteilen vor. De lege lata ist der Unterhaltsanspruch des verheirateten Betreuenden und des nicht verheirateten Elternteils unterschiedlich ausgestaltet. Nicht verheiratete Elternteile können für die Zukunft keine vertraglichen Vereinbarungen über den Betreuungsunterhalt schließen, das Gesetz sieht keine passenden Verwirkungswirkungsregelungen vor, und die passive Vererbbarkeit von Unterhaltsansprüchen, die auf Betreuung eines Kindes beruhen, sind ungeregelt, abgesehen davon, dass sich die Höhe des Anspruchs nur nach dem durch die

Betreuung wegfallenden Erwerbseinkommen des betreuenden Elternteils richtet und nicht nach dem gemeinsamen Einkommen wie bei Eheleuten. Es ist communis opinio in Literatur und Rechtsprechung, dass diese Ungleichbehandlung nicht begründbar ist.

Es ist daher zu begrüßen, wenn der Gesetzgeber jetzt diese Ungleichheiten beseitigt und die Betreuungslage des nicht verheirateten Elternteils damit deutlich verbessert. Ergänzend zu den im Eckpunktepapier ins Auge gefassten Regelungen zur Gleichstellung schlägt der DAV vor,

- dem hauptbetreuenden Elternteil auch den Vorteil des Verfahrenskostenvorschusses nach § 1360a Abs. 4 BGB zu gewähren;
- dem hauptbetreuenden Elternteil auch einen Altersvorsorgeunterhalt zuzuordnen, der ihn in die Lage versetzt, durch monatliche Zahlungen die durch das Erwerbsdefizit entstehende Versorgungslücke zu kompensieren;
- dass der Verpflichtete die monatliche Unterhaltszahlung, vergleichbar mit dem begrenzten Realsplitting nach § 10 Abs. 1a EStG, als Sonderzahlung geltend machen kann, um einen besonderen Anreiz, den Betreuungsunterhalt zu zahlen, zu setzen;
und der Gesetzgeber sollte die Gelegenheit nutzen, endlich den seit vielen Jahren festgeschriebenen Begrenzungsbetrag von 13.805,00 Euro deutlich zu erhöhen.
- die Übernahme der Bestimmung zur Verheiratung des betreuenden Elternteils nach § 1586 Abs. 1 BGB im Interesse einer weiteren Gleichstellung.

Ist die Lebenslage des nicht verheirateten Elternteils mit der eines geschiedenen Elternteils vergleichbar, werden für das Maß des Unterhalts die gleichen Maßstäbe gelten wie bei geschiedenen Eheleuten – so die Ausführungen im Eckpunktepapier. Bei vergleichbaren Lebenslagen soll das Einkommen des anderen Partners sowie bei geschiedenen Eheleuten für die Höhe des Betreuungsunterhalts ausschlaggebend sein. Vergleichbar sind danach z.B. Beziehungen, in denen die Eltern vor der Trennung über einen längeren Zeitraum zusammengelebt und für das Kind oder die Kinder gemeinsam gesorgt haben.

Auch wenn der DAV – wie dargelegt – die Gleichbehandlung als solche uneingeschränkt begrüßt, sieht er aus zwei Gründen das Merkmal der „Vergleichbarkeit“ kritisch:

- Partner einer eheähnlichen Lebensgemeinschaft haben sich bewusst – aus welchen Gründen auch immer – dafür entschieden, nicht die Ehe einzugehen und gemeinsame Kinder in einer unverheirateten Partnerschaft zu erziehen. Diese Entscheidung ist zu respektieren. Es wäre kontraproduktiv, die rechtlichen Folgen des Unterhalts an der Vergleichbarkeit einer Institution auszurichten, gegen die sich die Partner der nichtehelichen Lebensgemeinschaft gerade entschieden haben. Sie wollen in der Regel keine Ehe eingehen, werden aber hinsichtlich der unterhaltsrechtlichen Folgen mit den Regelungen für geschiedene Ehepartner gleichgestellt. Aus Sicht des DAV ist daher die Vergleichbarkeit mit einer Ehe kein passendes Kriterium. Es sollte hier eher auf das Merkmal einer neutralen Verantwortung oder partnerschaftlichen Solidarität abgestellt werden, die beide Partner für sich und das Kind wechselseitig übernehmen wollen – wenn man, wie sich nach der Auffassung des DAV aus dem Folgenden ergibt, überhaupt auf ein Kriterium abstellen will:
- Zieht man für die gleichstellenden Regelungen das Kriterium der „Vergleichbarkeit“ mit einem geschiedenen Elternteil heran, entsteht zwangsläufig die Gefahr eines **Zwei-Klassen-Unterhaltsrechts** mit der in der Praxis sicher nicht erwünschten Folge eines Streites darüber, wann eine Beziehung vergleichbar ist und wann nicht. Der Praktiker befürchtet eine nicht zu übersehende Kasuistik, die zweifellos – wie immer bei kasuistischen Entscheidungen – Ungerechtigkeiten in den Randzonen mit sich bringt. Denn es geht ja um viel: Im Fall der Vergleichbarkeit kämpft der betreuende Elternteil um einen hohen monatlichen Unterhaltsanspruch, der aus zwei Einkommen gebildet wird, fehlt dagegen die Vergleichbarkeit, geht es lediglich um das durch die Betreuung entstehende Erwerbsdefizit oder, wie das Eckpunktepapier vorgibt, um den wesentlich geringeren Ehegattenmindestselbstbehalt, derzeit 1.385,00 Euro. Gerade in Fällen, bei denen der zum Unterhalt verpflichtete Elternteil über ein hohes Einkommen verfügt, wird sich die gerichtliche Auseinandersetzung um die Vergleichbarkeit durchaus lohnen.

Nach Auffassung des DAV sollte der Gesetzgeber auf das Kriterium der Vergleichbarkeit insgesamt verzichten und bei allen Anwendungsfällen des § 1615I BGB das Maß des Unterhalts nach dem gemeinsamen Partnereinkommen bestimmen. Das entspricht auch der Vorgabe des BVerfG, wonach es aus Sicht des Kindes für den Betreuungsunterhalt keine Rolle spielen darf, ob die betreuenden Eltern verheiratet sind oder nicht (BVerfG v. 28.2.2007 - 1 BvL 9/04 – FamRZ 2007, 965 m. Anm. Born). Wie lange die Eltern vor der Geburt des Kindes zusammengelebt oder überhaupt zusammengelebt haben oder Verantwortung für sich übernommen haben, kann aus der Sicht des Kindes keine ausschlaggebende Rolle spielen; maßgebliches rechtsethisches Kriterium für die Unterhaltspflicht ist die mit der Geburt des Kindes entstehende Elternverantwortung.

3. Der notwendige Selbstbehalt

Nach Auffassung des DAV macht es durchaus Sinn, den notwendigen Selbstbehalt gesetzlich zu verankern und im Rhythmus von zwei Jahren zu aktualisieren. Die künftige Anbindung der Wohnkosten an die Regelung zum Wohngeldgesetz findet vor dem Hintergrund der großen regionalen Unterschiede ebenfalls die Zustimmung des DAV.

4. Vertretungsrecht

Dringender Regelungsbedarf besteht bei der Durchsetzung von Unterhaltsansprüchen im symmetrischen Wechselmodell. Die Vorschaltung sorgerechter Verfahren verursacht unnötige Kosten und verlängert die Wartezeit bis zur Zahlung des Unterhalts. Eine neue Vertretungsregelung ist dringend erforderlich.