

6. Fazit

Die „Nagelprobe“ aller Berechnungsmodelle ist stets der Anstieg der unterhaltsrechtlichen Leistungsfähigkeit in verschiedenen Einkommenskonstellationen. Betrachtet man die Entwicklung der unterhaltsrechtlichen Leistungsfähigkeit einmal bei feststehendem Einkommen des Unterhaltspflichtigen von 3.000 € und variablem Einkommen des Gatten und umgekehrt wird deutlich, dass die Vereinheitlichung des Satzes der häuslichen Ersparnis kaum Auswirkungen auf die Leistungsfähigkeit hat und daher wegen der einheitlichen Struktur der Berechnung zu deren Vereinfachung beiträgt. Die Einführung der Obergrenze des individuellen Familienunterhalts indessen führt zu einem deutlichen Anstieg der unterhaltsrechtlichen Belastung. Allerdings findet dieser bei einer Einkommenshöhe statt, in der ein solcher Anstieg auch ohne weiteres zu verkraften ist. Durch eine Veränderung

der Obergrenze des individuellen Familienselbstbehalts wird auch ein nachhaltiger Effekt auf die unterhaltsrechtliche Leistungsfähigkeit erzielt.²⁶

Um den Einsatzbereich der Berechnungsmethode des BGH über die vom BGH diskutierten unklaren Schranken hinaus zu erweitern, müsste die **Justierung dieser Obergrenze** von der Rechtspraxis diskutiert werden.

Mehr zum Thema: Auf der Homepage des FamRB (www.famrb.de) finden Sie unter „Arbeitshilfen“ eine vom Autor erstellte Berechnungshilfe zum Elternunterhalt. Die einzelnen Berechnungsblätter ermöglichen die Berechnung der Höhe eines möglicherweise zu zahlenden Elternunterhalts und des geschützten Schonvermögens des Unterhaltspflichtigen.

²⁶ Eine ausführliche Darstellung einschließlich einer Verlaufskurve findet sich bei *Hauß*, Elternunterhalt, 3. Aufl., Rz. 394.

■ Für einen gesetzlichen dynamisierten Selbstbehalt

von FAFamR Dr. Thomas Herr, Kassel

Nach der Ankündigung der Familiensenate des OLG Frankfurt (s. FamRB 2010, 259), in den neuen Leitlinien den notwendigen Selbstbehalt gegenüber minderjährigen Kinder anzuheben, und dem Aufsatz von Hauß und Schürmann (FamRB 2010, 245), die daraufhin die Diskussion eröffnet haben, stellt der Beitrag eine andere Lösung vor, die methodisch zunächst ungewöhnlich erscheinen mag, jedoch einfach und den Betroffenen gut zu vermitteln ist. Sie wird insbesondere dem Erfordernis einer gleichen Behandlung der Existenzminima von Kind und Elternteil gerecht und garantiert eine konstante Proportionalität beider Bedarfs- bzw. Bezugsgrößen.

1. Regelungsbedürfnis

Folgende Veränderungen aus der jüngeren Vergangenheit offenbaren das Erfordernis einer Neuregelung:

a) Ausgangslage

Mit der **Anhebung des Kinderfreibetrags** zum Jahresbeginn 2010 im **Wachstumsbeschleunigungsgesetz**¹ ohne das sachliche Erfordernis der tatsächlichen Erhöhung des sächlichen Existenzminimums hat der Gesetzgeber unbedacht in das gesetzliche **Regelungsgefüge des § 1612a BGB eingegriffen**. Die Vorschrift bezweckt und beinhaltet die automatische Anpassung des Mindestbedarfs an das jeweils aktuell gegebene Existenzminimum minderjähriger Kinder,² welches sich im steuerrechtlichen Kinderfreibetrag widerspiegelt. Die Anhebung des Kinderfreibetrags im Wachstumsbeschleunigungsgesetz hingegen hatte mit dem (unverändert gebliebenen) Existenzminimum nichts zu tun, sondern diente allein der zielgerichteten steuerlichen Entlastung zur Überwindung der Folgen der Finanz- und Wirtschaftskrise.³ Dem formalen Existenzminimum gem. § 32 Abs. 6 EStG steht ein entsprechendes materielles Existenzmini-

um minderjähriger Kinder folglich nicht mehr gegenüber. Damit ist das Zusammenspiel zwischen § 1612a BGB, § 32 Abs. 6 EStG und dem Existenzminimumbericht der Bundesregierung, also der **Gleichlauf von Unterhalts-, Steuer- und Sozialrecht**, nachhaltig **gestört**.

Im Folgenden wird ein Lösungsweg aufgezeigt, wonach einerseits ein „Reparaturgesetz“ entbehrlich würde und gleichzeitig die gesetzgeberische „Wiederholungsgefahr“ entfielen.

b) Verfassungsgerichtliche Vorgaben

- Mit dem „Hartz IV-Urteil“ des BVerfG v. 9.2.2010⁴ ist – jedenfalls für vorliegende Thematik – hinreichend geklärt, dass
- den sächlichen Existenzminima von Kind und Elternteil die gleichen Komponenten zugrunde liegen⁵
- beide Bedarfsgrößen originär vom tatsächlichen Bedarf abzuleiten sind⁶ und nicht der eine Bedarf vom anderen, insbesondere nicht der Bedarf des Kindes (als „kleiner Erwachsener“) vom Bedarf des Erwachsenen⁷
- auch der Mindestbedarf Erwachsener nach dem Existenzminimum zu berechnen ist⁸

¹ Gesetz zur Beschleunigung des Wirtschaftswachstums (Wachstumsbeschleunigungsgesetz) v. 22.12.2009, BGBl. I 3950, 3951.

² Vgl. Palandt/*Diederichsen*, 69. Aufl., § 1612a BGB Rz. 13.

³ Gesetzentwurf v. 9.11.2009, BT-Drucks. 17/15.

⁴ BVerfG v. 9.2.2010 – 1 BvL 1/09, FamRZ 2010, 429.

⁵ *Klinkhammer*, FamRZ 2010, 845.

⁶ *Klinkhammer*, FamRZ 2010, 845 (847).

⁷ *Klinkhammer*, FamRZ 2010, 845.

⁸ *Klinkhammer*, FamRZ 2010, 845 (848).

- folglich die Existenzminima sowohl von Kind als auch von Elternteil in gleicher Weise zu bemessen sind.⁹

Bestehen aber zwischen den Existenzminima von Kind und Erwachsenem einerseits keine maßgeblichen Unterschiede und sind sie andererseits auch nach der gleichen Methode festzustellen, drängt sich die Frage auf, weshalb diese Bedarfsgrößen in der Rechtswirklichkeit **in unterschiedlicher Weise ermittelt** werden.

2. Rechtslage

Der **Mindestunterhalt minderjähriger Kinder** ist gesetzlich geregelt. Er richtet sich nach dem sächlichen Existenzminimum eines Kindes nach § 32 Abs. 6 Satz 1 EStG, welches durch den Existenzminimumbericht der Bundesregierung alle zwei Jahre erhoben wird (§ 1612a BGB), der die Leistungen nach dem Sozialhilferecht auswertet.¹⁰ Der Mindestunterhalt ist somit jederzeit im Wege einfacher Gesetzesanwendung zu ermitteln.

Die **Leistungsfähigkeit Unterhaltsverpflichteter** ist nicht in vergleichbarer Weise gesetzlich geregelt. § 1603 BGB bestimmt lediglich, dass unterhaltspflichtig *nicht* ist, wer bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen außerstande ist, ohne Gefährdung seines angemessenen Unterhalts den Unterhalt zu gewähren mit der Maßgabe einer gesteigerten Unterhaltspflicht bei minderjährigen Kindern (§ 1603 Abs. 1 und 2 BGB). Die Grenze, ab welcher die Unterhaltspflicht nach vorstehender Maßgabe entfällt, ist nicht gesetzlich festgelegt, sondern ist der Rechtsprechung überlassen. Sie findet dort ihren Ausdruck im **notwendigen Selbstbehalt**, der zurzeit 900 € beträgt (vgl. Nr. 21.2. der Unterhaltsleitlinien der OLG gemäß bundeseinheitlicher Leitlinienstruktur). Auch dem Unterhaltsverpflichteten muss sein eigenes Existenzminimum verbleiben.¹¹ Der Selbstbehalt orientiert sich letztlich an den Verbraucherpreisindizes und der Sozialgesetzgebung.¹² Er ist nicht jederzeit im Wege einfacher Gesetzesanwendung, nicht einmal mit Rechtsmethoden wie der Auslegung oder der Analogie zu ermitteln. Hierzu bedarf es vielmehr der Kenntnis und Anwendung der jeweils nach der örtlichen Zuständigkeit einschlägigen OLG-Leitlinien, die durchaus in der Vergangenheit auch schon einmal voneinander abwichen, etwa beim Selbstbehalt nicht Erwerbstätiger.

Damit folgen sowohl Mindestunterhalt als auch notwendiger Selbstbehalt dem **gleichen Grundgedanken**, nämlich dass sowohl der Unterhaltsberechtigte als auch der Unterhaltsverpflichtete sein Existenzminimum soll bestreiten können. Obwohl damit beiden Beträgen vergleichbare Größen zugrunde liegen, ist **nur der Mindestunterhalt gesetzlich geregelt, nicht aber der not-**

wendige Selbstbehalt. Ein Rechtfertigungsgrund für diese unterschiedliche Handhabung ist nicht ersichtlich.

Wenn das **Existenzminimum** von Kindern statistisch **gestiegen** ist, kann vermutet werden, dass sich auch der Lebensbedarf der Erwachsenen erhöht hat. Dies ist anhand kaum steigender, teils sinkender Reallöhne und überwiegend gestiegener Lebenshaltungskosten auch allgemein kundig und bedarf an dieser Stelle keiner wissenschaftlichen Begründung. Wenn der **Mindestunterhalt** der minderjähriger Kinder **steigt**, weil sich das Existenzminimum erhöht hat, ist es nicht nur ein Gebot der Gerechtigkeit und der allgemeinen Vermittelbarkeit der Unterhaltsgrundsätze ggü. den betroffenen Unterhaltszahlern, sondern auch ein Verfassungsgebot (Art. 3 GG), diesen Umstand auf den Selbstbehalt des Verpflichteten durchgreifen zu lassen. Dem kann im Fall des Wachstumsbeschleunigungsgesetzes nicht überzeugend entgegengehalten werden, dass der neue Mindestunterhalt gar nicht auf einem materiellen Anstieg des Existenzminimums beruht (sondern die Einlösung eines Wahlversprechens war). Wenn das Gesetz schon derartige, sicher unbedachte und nicht beabsichtigte Nebenwirkungen auslöst, müssen diese auch **auf die Selbstbehaltssätze durchgreifen**, ganz abgesehen davon, dass diese ohnehin seit Jahren nicht mit den Tabellenbeträgen Schritt halten und proportional deutlich hinter diesen zurückgeblieben sind. So ist der Unterhalt nach Gruppe 1 der Düsseldorfer Tabelle für die zweite Altersgruppe vom 1.7.1992 bis zum 1.1.2010 von 181 € auf 364 € gestiegen, das ist eine Steigerung um 200 %, der notwendige Selbstbehalt im gleichen Zeitraum jedoch lediglich von 665 € auf 900 € (40 %). Legt man die Tabelle vom 1.7.2003 zugrunde, so ergeben sich Erhöhungen einerseits von 241 € auf 364 € (51 %), andererseits von 840 € auf 900 € (7 %). Außerdem hat es durch die neue BGH-Rechtsprechung zu den Kindergartenkosten¹³ in der Zwischenzeit eine zusätzliche „kalte“ Erhöhung der Belastung der Unterhaltszahler ergeben.

Der Gesetzgeber hat also mit dem Wachstumsbeschleunigungsgesetz die Ursache für **Tabellenbeträge** gesetzt, die sich formal an § 32 Abs. 6 EStG orientieren müssen (der sich wiederum nach dem Existenzminimum richtet), tatsächlich jedoch nunmehr **vom echten Existenzminimum abgekoppelt** sind. § 1612a BGB bezweckt aber allein, den echten und eigentlichen minimalen Lebensbedarf minderjähriger Kinder zu sichern und nur bei wirklich gestiegenem Bedarf auch die Tabellensätze anzuheben, nämlich dieser Entwicklung anzugleichen. Die Vorschrift bezweckt nicht, bei Unterhaltszahlern negative Folgen von Wahlkampfversprechen auszulösen. Das Wachstumsbeschleunigungsgesetz möchte schließlich Ungerechtigkeiten bei kleinen und mittleren Einkommen vermeiden,¹⁴ nicht welche auslösen.

Der Rechtsprechung dürfte die Möglichkeit abgeschnitten sein, dies durch eine entsprechende Auslegung von § 1612a Abs. 1 BGB zu korrigieren, da die Vorschrift ausdrücklich auf „das sächliche Existenzminimum eines Kindes (Kinderfreibetrag) nach § 32 Abs. 6 Satz 1 des Einkommensteuergesetzes“ abstellt. Somit ist der eingetretene systemwidrige Zustand solange hinzunehmen, bis das tatsächliche Existenzminimum für Kinder (irgend-

⁹ Klinkhammer, FamRZ 2010, 845 (848).

¹⁰ Klinkhammer, FamRZ 2010, 845.

¹¹ Palandt/Diederichsen, 69. Aufl., § 1603 BGB Rz. 33, § 1612a BGB Rz. 1 (Wahrung des „eigenen Existenzminimums“ des Unterhaltsschuldners).

¹² Vgl. Hauß/Schürmann, FamRB 2010, 245; Soyka, FamRZ 2007, 1362 (1363).

¹³ BGH v. 26.11.2008 – XII ZR 65/07, FamRZ 2009, 962 = FamRB 2009, 203.

¹⁴ Bundeskanzlerin Merkel im „heute-journal“ am 4.2.2010.

wann) soweit gestiegen ist, dass es das formelle Existenzminimum nach § 32 Abs. 6 EStG eingeholt hat. Dies kann aus zwei Gründen nicht zufrieden stellen: Zum einen verlangt der bewirkte Systembruch nach einer **Korrektur**, die aber aus den erwähnten Gründen nicht von den Gerichten, sondern **nur vom Gesetzgeber** veranlasst werden kann.

Zum anderen erscheint eine Korrektur auch hinsichtlich der erhöhten Zahlbeträge jedenfalls dort erforderlich, wo Unterhaltszahler durch das Wachstumsbeschleunigungsgesetz in den **Mangelfall** geraten sind. Hier haben die **Gerichte** zwar **Korrekturmöglichkeiten** (vgl. etwa die bereits erfolgte Änderung des Bezugsrahmens, Nr. 11.2. der bundeseinheitlichen Leitlinienstruktur), jedoch ist dies mit erheblicher **Rechtsunsicherheit** verbunden angesichts des Umstands, dass die Leitlinien – im Gegensatz zu § 1612a BGB i.V.m. § 32 Abs. 6 EStG – **keine Gesetzeskraft** und im Übrigen **je nach OLG-Bezirk** einen völlig **verschiedenen Regelungsgehalt** haben können. Dies wirft weitere, übergeordnete Bedenken auf, auf die nachstehend kurz eingegangen werden soll.

3. Exkurs: Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Leitlinienpraxis

Bei dieser Gelegenheit ist auch zu beleuchten, ob die Festlegung der Selbstbehalte durch die Unterhaltsleitlinien der OLG den verfassungsmäßigen Vorgaben genügt. Die folgenden Überlegungen sind zwar grundsätzlicher Art und greifen letztlich weit über das Thema Selbstbehalt hinaus. Andererseits ist gerade der Selbstbehalt ein Regelungspunkt – wie kaum ein anderer – in den Leitlinien, in dem sich sowohl die OLG als auch die Untergerichte strengstens an die „Vorgaben“ der Richtlinien halten.

a) Familienrecht ist Bundesrecht

Die Leitlinien der einzelnen OLG dienen ausweislich ihrer Vorbemerkung dem Ziel der Vereinheitlichung der Rechtsprechung. Nur ist es eben so, dass das Familienrecht Bundesrecht ist, womit es sich nicht verträgt, dass faktisch einzelne „**Länderunterrechte**“ geschaffen werden, auch wenn diese Kraft der Leitlinien in sich einheitlich sein mögen.

b) Rechtssetzung durch den Richter

Zwar wird den Leitlinien jeweils vorangestellt, dass es sich **nicht** um **verbindliche Regeln** handele. Dies mag von der Form her richtig sein, entspricht jedoch nicht der Verfahrenswirklichkeit. Ich behaupte, dass die Gerichte in Unterhaltsverfahren in der deutlich überwiegenden Anzahl sich bei der Rechtsanwendung strikt an den Leitlinien orientieren und zwar inklusive der Rechtsanwendung in der ersten Instanz bei den Familiengerichten. Der Richter ist unabhängig und in seiner Entscheidung weitgehend frei. Dies streitet aber nicht dafür, im Rahmen dieser richterlichen Freiheit Unterhaltsleitlinien zur Anwendung zu bringen, jedenfalls dann nicht, wenn auf diese Weise eine **Loslösung vom Einzelfall** stattfindet und Leitlinien letztlich doch **wie ein materielles Gesetz**

angewendet werden, obwohl sie kein formelles Gesetz sind.

Hier kommt die **Verletzung des Gewaltenteilungsprinzips** (Art. 20 GG) in Betracht. Der BGH¹⁵ hat sich bereits relativ früh in einem für das BVerfG erstellten Gutachten mit einer vergleichbaren Problematik befasst und folgende Grundsätze herausgearbeitet: Der Richter hat nicht das Recht selbst zu schaffen, sondern er muss es finden (es ist also als Ergebnis bereits da und steht damit bereits fest). Es ist ihm verfassungsrechtlich verwehrt, ein eigenes, neues, ihm zweckmäßig erscheinendes Recht zu schaffen. Zwar ist dem Gesetzgeber nicht die Pflicht auferlegt, alle Rechtsgebiete bis ins Einzelne durch Gesetz zu regeln. Daher können einzelne Rechtsgebiete auch der Regelung durch Richterspruch überantwortet werden, sofern sie selbst ein dieses Gebiet beherrschendes, leitendes und vollziehbares, allgemein rechtliches Prinzip aufstellen und vorgegeben, welches der Richter nur zu entfalten braucht, um im Einzelfall das Recht nicht zu machen, sondern zu finden, oder wenn der Richter sonst aus der allgemeinen Rechtsordnung und den von ihr anerkannten, allgemeinen rechtlichen Wertvorstellungen ein solches umfassendes, aber zugleich der Entfaltung im Einzelfall fähiges Prinzip zu entnehmen vermag. Auch in diesem Sinne sei es dem Richter also geboten, vorhandenes Recht aufzuspüren (zu finden), und es sei ihm verboten, es ohne die erwähnten Stützen kraft eigener bloßer Willensbildung nach bloßen Zweckmäßigkeitserwägungen selbst zu schaffen bzw. zu erzeugen, womit er in einer mit der Gewaltenteilung nicht mehr zu vereinbarenden Weise in das allein dem Gesetzgeber vorbehaltene Gebiet übergreife.

Ein gutes Beispiel ist auch die **Änderung des Tabellenbezugsrahmens** durch die Leitlinien. Sie mag gut gemeint und im Ergebnis erfreulich und richtig sein, es geht aber nicht an, dass die Gerichte auf diese Weise zielgerichtet in ein neues, eben erst erlassenes Gesetz eingreifen, von dem man im Übrigen halten mag, was man will, um es außerhalb der gesetzgeberischen Zuständigkeit gleich wieder zu korrigieren. Hierbei handelt es sich nicht um die allein rechtmethodisch zulässige Richtertätigkeit der Rechtsanwendung, der Rechtsauslegung oder der Rechtsanalogie, sondern um verfassungswidrige richterliche Rechtssetzung.

Durch die Leitlinien entsteht ein **Zwischenrecht**, welches kein Richterrecht mehr ist, da nicht vom Einzelfall abgeleitet, welches gleichzeitig aber noch kein Gesetzesrecht ist, da es sich bei den Leitlinien nicht um ein formelles Gesetz handelt. Die Leitlinien sind, was die Adressaten (die Rechtsuchenden) und den Regelungsinhalt angeht, **generell-abstrakt** und daher ein Gesetz im materiellen Sinne. Da sie in der Rechtswirklichkeit auch entsprechend angewendet werden, vermögen daran auch die Präambeln der einzelnen OLG nichts zu ändern. Eine derart vom Einzelfall losgelöste **pauschale Betrachtungsweise** verbietet sich aber. Das Maß des Unterhalts bestimmt sich allein nach dem Gesetz. Selbst wenn unter diesem Gesichtspunkt nichts dagegen einzuwenden wäre, dass einzelne Grundsätze, wie etwa der Erwerbstätigen-

¹⁵ BGHZ 11 (Anhang), 34, 43 ff., 51 f., 53, 55.

bonus, zur Anwendung gelangen, eine gewisse Rechtsvereinheitlichung vorausgesetzt (anderenfalls auch insoweit der BGH zu entscheiden hätte), kann dies beim Selbstbehalt nicht gelten.

Auch das **BVerfG** hat entschieden, dass die Rechtsanwendung keine Ansprüche begründen darf, die im gesetzlichen Recht keine Grundlage finden,¹⁶ weil sich die Gerichte dann die Befugnisse des Gesetzgebers anmaßen und vom Normanwender zum Normgeber werden.¹⁷ Dies muss nicht nur dann gelten, wenn nach dem Gesetz nicht begründete Ansprüche zugesprochen werden, sondern auch dann, wenn nach dem Gesetz begründete Ansprüche ganz oder teilweise versagt werden, wie es beim Selbstbehalt unter dem Gesichtspunkt der Leistungsfähigkeit der Fall ist. Der **BGH** hat bereits die Anwendung des pauschalen Altersphasenmodells beim Kindesunterhalt abgelehnt. Auf vergleichbarer Ebene sehe ich die Anwendung von Unterhaltsleitlinien, u.a. bei der sog. relativen Sättigungsgrenze.

c) Regionale Unterschiede

Vollkommen losgelöst von etwa *tatsächlich* vorgegebenen geografischen Unterschieden (insbesondere bei der jeweiligen Bedarfslage, etwa Unterschiede in der Stadt und auf dem Land) ist der Unterhaltsberechtigte *pauschal* auf vollkommen verschiedene Ansprüche verwiesen, je nachdem wo er zufällig gerade wohnt. Hier kommt eine **Verletzung des Gleichheitssatzes** (Art. 3 Abs. 1 und 3 GG) in Betracht.

Welchen Leitlinien man unterfällt und damit wieviel Unterhalt man zahlen muss oder bekommt, richtet sich derzeit danach, welcher Gerichtsstand einschlägig ist, dies kann ggf. sogar ein durch „missbräuchlichen Umzug“ erschlüsselter Gerichtsstand sein. Es können je nach Ort und je nach Rechtsfrage im Einzelnen einige hundert Meter geografischen Unterschieds viele tausend Euro wirtschaftlichen Unterschieds ausmachen, was anhand der sog. relativen Sättigungsgrenze, die sich besonders zur Veranschaulichung eignet, deutlich wird, im Prinzip aber für alles andere auch gilt, vor allem für den Selbstbehalt. Während z.B. das OLG Koblenz ab einem bereinigten Nettoeinkommen von 15.300 € die konkrete Bedarfsberechnung überhaupt erst einmal „in Betracht“ zieht (ohne sie dann aber zwingend anzuwenden), ist die quotale Unterhaltsberechnung bei den OLG Jena und Hamm ab 2.200 € gar nicht mehr möglich wegen der dort zwingenden Rechtsfolge.¹⁸ Es vermag in gar keiner Weise einzuleuchten, weshalb in zwei hypothetischen, im Übrigen vollkommen gleich gelagerten Sachverhalten im Bezirk des OLG Koblenz ein Quotenunterhalt von über 6.500 € möglich sein soll, im Bezirk des OLG Hamm oder OLG Jena jedoch nur bis 2.200 €. Das Maß des Unterhalts bestimmt sich nach den ehelichen Lebensverhält-

nissen und umfasst den gesamten Lebensbedarf (§ 1578 Abs. 1 BGB). Diesen Betrag muss der Richter anhand des **konkreten Einzelfalls** finden. Deshalb müsste auch jeder Richter gleich welchen Gerichtsstands zu einem Unterhalt in etwa der gleichen Größenordnung gelangen. Dass jedoch in dem einen Fall 2.200 € herauskommen, im anderen fast das Dreifache, ist vor diesem Hintergrund schlichtweg nicht mehr nachzuvollziehen. Der Rechtsuchende kann dies weder akzeptieren noch überhaupt verstehen, auch sein Anwalt kann es ihm nicht überzeugend erklären.

Bereits vorhandenes, vom Richter also nur noch zu findendes Bundesrecht, welches dann später im Urteilstenor seinen Ausdruck findet, kann und darf nicht aufgrund selbst geringfügigster Ortsverschiedenheiten derartige betragsmäßige Diskrepanzen aufweisen.

Dies alles lässt sich, wie ausgeführt, bei der Sättigungsgrenze wegen der drastischen Auswirkungen besonders plastisch darstellen; die Grundproblematik ist beim Selbstbehalt aber nicht anders gelagert.

4. Lösungsvorschlag

§ 1612a BGB sollte dahin **ergänzt** werden, dass **nur** solche Änderungen der Kinderfreibeträge in § 31 Abs. 6 EStG eine Erhöhung des Mindestbedarfs zur Folge haben, die auf einer entsprechenden **Veränderung des Existenzminimums** beruhen, wie sie im Existenzminimumbericht der Bundesregierung erhoben werden.

Der **notwendige Selbstbehalt** gegenüber minderjährigen oder privilegierten Kindern sollte aus der Regelungszuständigkeit der OLG herausgenommen und in gleicher Weise wie der Mindestunterhalt, also **dynamisch gesetzlich geregelt** werden wie dies beim Mindestunterhalt in § 1612a BGB der Fall ist. Formulierungsvorschlag (Arbeitsthese) für einen § 1603 Abs. 3 BGB: „Die Grenze für die Unterhaltspflicht nach Abs. 2 ist der notwendige Selbstbehalt. Er beträgt bei Erwerbstätigen x % und bei nicht Erwerbstätigen y % des Mindestbedarfs nach § 1612 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 BGB.“ Als Prozentsatz wird ein Wert vorgeschlagen, der rechnerisch zu den von *Hauß* und *Schürmann* sorgfältig ermittelten Beträgen führt;¹⁹ weitere derartige Berechnungen würden sich in Zukunft erübrigen.

(Das Modell lässt sich im Übrigen auch dann anwenden, wenn man bei Erwachsenen und Kindern doch unterschiedliche Existenzminima annimmt bzw. bei den anstehenden Erhebungen noch ermittelt. Ein etwaiger Abstand zwischen beiden Größen könnte unmittelbar bei den Prozentsätzen x und y berücksichtigt werden. Wollte man davon ausgehen, dass es sich bei diesem Abstand um keine konstante Rechengröße handelt, wäre der Vorschlag so zu verwirklichen, dass im Gesetz in vergleichbarer Weise – wie es i.Ü. bei § 1612a BGB indirekt über den Kinderfreibetrag geschieht – direkt auf das im Existenzminimumbericht festzustellende Existenzminimum Erwachsener Bezug genommen wird.)

Es könnte auch die **Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen** in Betracht gezogen werden, was aber deutlich weniger Vorteile mit sich bringen dürfte als die Gesetzeslösung.

16 BVerfG v. 7.6.2005 – 1 BvR 1508/96, FamRZ 2005, 1051 (1052) = FamRB 2005, 224.

17 BVerfG v. 7.6.2005 – 1 BvR 1508/96, FamRZ 2005, 1051 (1052 f.) = FamRB 2005, 224.

18 Das OLG Frankfurt hat die Grenze gerade auf 2.500 € angehoben und Darlegungserleichterungen eingebaut mit der Folge gravierender Änderungen im Einzelfall – alles ohne Gesetz.

19 *Hauß/Schürmann*, FamRB 2010, 245 (246).

5. Ausblick

Insgesamt würden bei der vorgeschlagenen Vorgehensweise folgende Vorteile erzielt:

- Einhaltung des Verfassungsrechts
- Rechtssicherheit für die Rechtsanwender
- Vereinfachung der Rechtsanwendung
- Transparenz für die Betroffenen
- Akzeptanz seitens der Betroffenen; der Unterhaltszahler im Grenzbereich zum Mangelfall erkennt, dass das Gesetz auch ihn schützt, wenn das Existenzminimum steigt

- Volkswirtschaftliche – wenngleich geringe – Auswirkungen auf die Schwarzarbeit, in die viele Verpflichtete sich bislang getrieben sahen, wenn sich der Unterhalt immer wieder erhöhte, nicht jedoch der Selbstbehalt.²⁰

²⁰ Dies auch als Argument ggü. den Finanzministern und Kämmerern auf den zu erwartenden Hinweis gewisser Mehrausgaben hin.

■ Neufassung des § 117 Abs. 2 Satz 2 ZPO – Kontrolle von Wirtschaftsdaten oder Gefahr der Ausforschung?

von FAFamR und FAerbR Ernst Sarres, Düsseldorf

Die Neufassung des § 117 Abs. 2 Satz 2 ZPO könnte einen Antragsgegner zu dem Fehlschluss verleiten, aus dem sog. VHK-Sonderheft (vormals: PKH-Beiheft) Belege einsehen zu können, um Informationen zur Verwertung in einem Unterhaltsverfahren gegen den Antragsteller in Erfahrung zu bringen. Der nachfolgende Beitrag zeigt auf, dass dieser vom Gesetzgeber geschürten Vorstellung überwiegende Bedenken entgegenstehen. Denn Informationen aus dem VKH-Heft gebühren dem Gegner nur ausnahmsweise aus besonderen verfahrensökonomischen Gründen.

1. Grundsatz

Die Regelungen des § 117 Abs. 2 Satz 2 ZPO (ebenso: § 127 Abs. 1 Satz 3 ZPO) formulieren deutlich, dass dem Gegner die Erklärung und Belege aus dem VHK-Heft **nur mit Zustimmung des Antragstellers** überlassen werden dürfen. Von diesem Grundsatz soll nur unter besonderen, im Gesetz geregelten Voraussetzungen abgewichen werden können, weil das Sonderheft geheimhaltungsbedürftige und damit schützenswerte Daten aus dem persönlichen Lebensbereich enthält (z.B. Einkünfte, Vermögen, Schulden, Beeinträchtigungen). Sie sind dem Verfahrensgegner weiterhin grundsätzlich verschlossen.¹

2. Abweichungen

Neu eingefügt durch Art. 29 FGG-RG zum 1.9.2009 wurde in § 117 Abs. 2 Satz 2 ZPO der Zusatz: „,...; es sei denn, der Gegner hat gegen den Antragsteller nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts einen Anspruch auf Auskunft über Einkünfte und Vermögen des Antragstellers. Der Gesetzgeber hat mit dieser **Reform des § 117 ZPO** offensichtlich die Zielsetzung verbunden, unzutreffende Angaben des Antragstellers zu den wirtschaftlichen Verhältnissen im VKH-Antrag mit Hilfe des Gegners aufzudecken.² Das Einsichtsrecht des Gegners soll zur **Richtigkeitsgewähr** der Angaben zur Verfahrenskostenhilfe beitragen können. Voraussetzung und Kontrollinstrument für diesen Rechtseingriff ist aber, dass der

Gegner einen **materiell-rechtlichen Anspruch auf Auskunft** über Einkommen und Vermögen des Antragstellers hat (vgl. z.B. §§ 1361 Abs. 34 Satz 4, 1580, 1606 Satz 1 BGB),³ dann kann aus Gründen der Verfahrensökonomie ausnahmsweise ein Einsichtsrecht gegeben sein.

3. Verfahrensökonomie versus Datenschutz

Die in der „Jahrhundertreform“ zum FamFG untergegangene Änderung des § 117 ZPO soll dem Gegner nicht ohne besonderen Grund Zugang zur Privatsphäre des Antragstellers verschaffen. Würde bereits ein *abstrakter* materiell-rechtlicher Auskunftsanspruch zur Überlassung von persönlichen Unterlagen ausreichen, wäre jeglicher interessenorientierte Auskunfts- und Stufenantrag missbräuchlich vorentschieden und daher überflüssig. Die Vorschrift des § 117 ZPO hätte dann offenkundig die Funktion, dem Gegner Informationen zur Leistungsfähigkeit zu verschaffen, die verfahrensentscheidend sein können. Die Beteiligtenrechte des Antragstellers würden dadurch grob missbräuchlich unterlaufen.

Nach verständiger Würdigung der gesetzgeberischen Absichten muss sich der Auskunftsanspruch als Voraussetzung eines Einsichtsrechts auf ein **laufendes (Unterhalts-)Verfahren** beziehen.⁴ Das Einsichtsrecht kann nur dann zu rechtfertigen sein, wenn der Antragsgegner *erkennbar* – materiell-rechtlich begründete – Auskunftsrechte gegen den Antragsteller hat.

¹ Hk-ZPO/Pukall, 3. Aufl., § 117 Rz. 12.

² Zöller/Geimer, ZPO, 28. Aufl., § 77 FamFG Rz. 2; eindeutig: BT-Drucks. 16/6308, 325.

³ Der Auskunftsanspruch des Gläubigers gegen den Schuldner aus § 836 Abs. 3 ZPO begründet kein Einsichtsrecht in die Prozesskostenhilfeunterlagen des – ein Klageverfahren nach § 767 ZPO gegen die Vollstreckung aus einem Unterhaltstitel betreibenden – Gegners nach § 117 Abs. 2 ZPO, so ganz aktuell das OLG Brandenburg mit Beschl. v. 1.9.2010 – 9 WF 222/10.

⁴ So wohl auch Schürmann, FamRB 2009, 59 m.w.N.