

Nachschlagewert: ja

BGHZ: nein

BGB § 1603; BundeskindergeldG § 10

Zur unterhaltsrechtlichen Berücksichtigung des sog. Zählkindvorteils, wenn der das Kindergeld beziehende Elternteil nur den bei ihm lebenden Kindern, nicht dagegen dem anderweitig betreuten sog. Zählkind Unterhalt gewährt.

BGH, Urt. v. 26. November 1986 - IVb ZR 64/85 - OLG Koblenz
AG Bad Kreuznach

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IVb ZR 64/85

URTEIL

Verkündet am
26. November 1986
Ernst,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

37

- 2 -

Der IVb - Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 26. November 1986 durch den Vorsitzenden Richter Lohmann und die Richter Dr. Blumenröhr, Dr. Macke, Dr. Zysk und Nonnenkamp

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 15. Zivilsenats - 2. Senat für Familiensachen - des Oberlandesgerichts Koblenz vom 16. Juli 1985 wird zurückgewiesen.

Die Kläger werden, nachdem sie die Revision gegen das vorgenannte Urteil zurückgenommen haben, dieses Rechtsmittels für verlustig erklärt.

Von den Gerichtskosten des Revisionsverfahrens tragen die Kläger je 28,5 % und die Beklagte 43 %. Die Kläger haben der Beklagten je 28,5 %, die Beklagte den Klägern je 43 % der außergerichtlichen Kosten des Revisionsverfahrens zu



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

37

- 3 -

erstatten. Im übrigen trägt jede Partei ihre im Revisionsverfahren entstandenen außergerichtlichen Kosten selbst.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Kläger sind die ehelichen Kinder der Beklagten aus deren geschiedener Ehe. Sie leben in Familienpflege. Die Personen- und Vermögenssorge obliegt dem Jugendamt B. als Amtsvormund. Als Träger der öffentlichen Jugendhilfe wendet das Jugendamt ein monatliches Pflegegeld von 553 DM für die Klägerin zu 1 und von 456 DM für den Kläger zu 2 auf. Der Vater der Kläger zahlt monatlichen Unterhalt von 200 DM für die Klägerin zu 1 und 150 DM für den Kläger zu 2. Zu höheren Leistungen ist er nach seinem Einkommen außerstande. Die im Jahre 1952 geborene Beklagte, die ohne Erwerbseinkommen ist, zahlt keinen Unterhalt für die Kläger. Sie ist wieder verheiratet und hat aus der neuen Ehe drei in den Jahren 1979, 1981 und 1982 geborene Kinder, die sie betreut. Ihr Ehemann war bis zum 31. März 1983 erwerbstätig und bezog anschließend bis 31. Januar 1984 Arbeitslosengeld. Ab 1. Februar 1984 nahm er an einer Umschulungsmaßnahme mit auswärtiger Unterbringung teil und erhielt in dieser Zeit ein Unterhaltsgeld von wöchentlich 322,20 DM.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 4 -

Die Beklagte bezieht für ihre Kinder aus der zweiten Ehe monatlich 700 DM Kindergeld, bei dessen Berechnung die Kläger als sogenannte Zählkinder berücksichtigt werden. Ohne sie würde sich das Kindergeld nur auf monatlich 370 DM belaufen.

Unter dem 4. Januar 1983 richtete das Jugendamt folgendes Schreiben an die Beklagte:

... wie Ihnen bekannt ist, befinden sich Ihre beiden ... erstehelichen Kinder z.Z. auf Kosten des Landkreises B. in Pflege ...

Gemäß den §§ 1601 ff Bürgerliches Gesetzbuch sind Sie als Mutter Ihren Kindern gegenüber unterhaltsverpflichtet. Wie wir nun anlässlich einer Überprüfung feststellen mußten, haben Sie Ihre beiden Kinder ... beim Arbeitsamt B. als Zählkinder angegeben ... Dadurch ... verfügen Sie somit über einen monatlichen Zählkindervorteil in Höhe von 330 DM.

In Höhe dieses Zählkindervorteils werden Sie als in der Lage erachtet, zum Unterhalt Ihrer Kinder beizutragen. Ab Monat Januar 1983 setzen wir daher den von Ihnen zu zahlenden monatlichen Kostenbeitrag auf 330 DM fest. Die Festsetzung des Kostenbeitrages erfolgt aufgrund der Bestimmungen des § 82 Jugendwohlfahrtsgesetz in Verbindung mit §§ 76, 79 und 90 Bundessozialhilfegesetz.

...

Vorsorglich weisen wir Sie darauf hin, daß wir Zwangsvollstreckungsmaßnahmen gegen Sie ergreifen werden für den Fall, daß Sie freiwillige Zahlungen nicht leisten sollten ...

Die Beklagte focht diesen Bescheid an. Im Zuge des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens hob das Jugendamt den Bescheid durch Mitteilung vom 29. Mai 1984 auf.

Die Kläger sind der Ansicht, die Beklagte sei verpflichtet, den Zählkindvorteil als Unterhaltsbeitrag an sie auszuzahlen,



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

37

- 5 -

und haben die Beklagte ab 1. Januar 1983 auf Zahlung monatlichen Unterhalts von je 165 DM in Anspruch genommen. Das stattgebende Urteil des Amtsgerichts hat das Oberlandesgericht unter Zurückweisung der Berufung im übrigen dahin geändert, daß es die Beklagte verurteilt hat, an die Kläger je 2.128,50 DM (monatlich 165 DM für die Zeit vom 4. Januar 1983 bis 31. Januar 1984) zu zahlen. Die Beklagte hat (zugelassene) Revision eingelegt, mit der sie weiterhin die Abweisung der Klage erstrebt. Die Kläger, die gleichfalls Revision eingelegt hatten, haben ihr Rechtsmittel zurückgenommen.

Entscheidungsgründe:

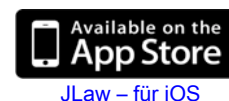
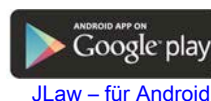
1. Das Oberlandesgericht ist davon ausgegangen, daß die in Familienpflege lebenden Kläger ihren Lebensbedarf durch die Unterhaltsleistungen ihres Vaters nicht decken können und jedenfalls in Höhe der geltend gemachten Beträge von je 165 DM monatlich unterhaltsbedürftig sind (§ 1602 Abs. 1 BGB).

Das ist frei von rechtlichen Bedenken und wird auch von der Revision nicht in Zweifel gezogen.

2. Das Berufungsgericht hat für die Zeit bis zum 31. Januar 1984 auch die Leistungsfähigkeit der Beklagten in der geltend gemachten Höhe bejaht.



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



a) Es hat ausgeführt, wenn ein unterhaltspflichtiger Elternteil den Zählkindvorteil in Anspruch nehme, aber, wie im vorliegenden Fall, den als Zählkinder mitgerechneten Abkömmlingen weder Bar- noch Betreuungsunterhalt gewähre, widerspreche es dem Sinn des Kindergeldes als staatlicher Hilfe zum Familienlastenausgleich nicht, den Zählkindvorteil zur Erfüllung der Unterhaltsverpflichtung des betreffenden Elternteils gegenüber den Zählkindern heranzuziehen, soweit dessen eigener notwendiger Unterhaltsbedarf (Selbstbehalt) wie auch der Unterhalt der Kinder sichergestellt sei, für die er das staatliche Kindergeld erhalte. In diesen Fällen sei der Zählkindvorteil wie Einkommen des Elternteils zu behandeln, das für den Unterhaltsbedarf zur Verfügung stehe.

Dieser Standpunkt läßt keinen Rechtsfehler zum Nachteil der Beklagten erkennen.

Mit Urteil vom 25. September 1985 (IVb ZR 44/84 - FamRZ 1985, 1243) hat der Senat entschieden, daß das Zählkind keinen von der Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen unabhängigen Anspruch auf Auskehrung des Zählkindvorteils hat. Er hat ausgeführt, daß eine dahingehende Zweckbindung des Zählkindvorteils sich weder aus dem Kindergeldrecht noch aus dem Unterhaltsrecht herleiten lasse. Allenfalls komme in Betracht, diesen Teil des Kindergeldes unterhaltsrechtlich als Einkommen des Bezugsberechtigten zu berücksichtigen, das dessen Leistungsfähig-



37

- 7 -

keit wie sonstiges Einkommen erhöhe (aaO S. 1244). Die Frage, ob und inwieweit dieser in Rechtsprechung und Schrifttum mehrfach vertretenen Meinung zu folgen ist, hat der Senat jedoch bisher offengelassen. Sie ist hier zu entscheiden.

Staatliches Kindergeld erhalten nach der Regelung des Bundeskindergeldgesetzes nicht das Kind, sondern seine Unterhaltsschuldner. Es wird ihnen zur Erleichterung ihrer Unterhaltslast gewährt und soll den Unterhaltsanspruch des Kindes nicht erhöhen (vgl. BGHZ 70, 151, 153 sowie etwa Senatsurteil vom 8. Oktober 1980 - IVb ZR 533/80 - FamRZ 1981, 26). Leistet ein Elternteil in Fällen der vorliegenden Art lediglich den bei ihm lebenden Kindern Unterhalt, nicht dagegen dem anderweitig betreuten Zählkinde, so besteht Veranlassung zu seiner Entlastung nur hinsichtlich der bei ihm lebenden Kinder. Insofern kann es der Zweck des Kindergeldes nur gebieten, daß es in dem Umfange von einer unterhaltsrechtlichen Heranziehung ausgenommen bleibt, als es dem Elternteil allein für die von ihm unterhaltenen Kinder, mithin ohne Berücksichtigung des Zählkindes, zusteht. Mit dem darüber hinausgehenden Teil, dem Zählkindvorteil, führt es zu einem Vermögensvorteil, der außerhalb jener Zweckbestimmung liegt (vgl. auch Kalthoener/ Büttner, Rechtsprechung zur Höhe des Unterhalts 3. Aufl. Rdn. 492). Daß ihm dieser Vorteil erhalten und unterhaltsrechtlich unberücksichtigt bleibt, kann der Elternteil nicht verlangen. Vielmehr erscheint es gerechtfertigt, diesen Teil des Kindergeldes als verfügbares Einkommen



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



zu behandeln und bei der Ermittlung der Leistungsfähigkeit des bezugsberechtigten Elternteils zu berücksichtigen (vgl. auch OLG Bamberg FamRZ 1981, 1196; OLG Hamburg FamRZ 1983, 749).

Diesen Grundsätzen wird die Beurteilung des Berufungsgerichts im vorliegenden Fall im wesentlichen gerecht. Zutreffend ist, daß das Gericht den Zählkindvorteil danach nicht ohne weiteres als Mindestunterhalt der Kläger angesehen, sondern die Unterhaltsverpflichtung der Beklagten von der Sicherung ihres Eigenbedarfs abhängig gemacht hat. Soweit es darüber hinaus auch auf die vorherige Sicherstellung des Barunterhalts der zweitehe-lichen Kinder abheben will, ergeben sich zwar Bedenken, weil damit den Kindern aus der zweiten Ehe ein unterhaltsrechtlicher Vorrang vor den Klägern eingeräumt wird, der ihnen in dem Ver-hältnis zur Beklagten nicht zukommt (§ 1609 Abs. 1 BGB). Diese Bedenken, die der Beklagten ohnehin nicht zum Nachteil ge-reichen, wirken sich hier indessen im Ergebnis nicht aus, weil das Gericht den Klägern dennoch den geltend gemachten Monatsbe- trag in voller Höhe zugesprochen hat.

b) Das Oberlandesgericht hat angenommen, in der Zeit vom 4. Januar 1983 bis 31. Januar 1984 sei der eigene Unterhalts- bedarf der Beklagten, der mit 600 DM monatlich anzusetzen sei, auch ohne den ihr zur Verfügung stehenden Zählkindvorteil ge- deckt gewesen. Soweit sie nicht durch den Beitrag ihres Eheman- nes zum Familienunterhalt ihr Auskommen gehabt habe, habe sie



37

- 9 -

den Fehlbetrag durch Einkünfte aus einer eigenen Erwerbstätigkeit ausgleichen können. Solange der Ehemann bei der Firma B. beschäftigt war (bis 31. März 1983), hat das Gericht den Fehlbetrag bei einem mit mindestens 1.800 DM netto monatlich veranschlagten Einkommen des Mannes und Bedarfssätzen von 900 DM für ihn sowie von je 207 DM für die drei Kinder aus der zweiten Ehe mit rund 320 DM errechnet (bei dem auf S. 9 des Berufungsurteils angegebenen Betrag von 120 DM handelt es sich um ein offensichtliches Schreibversehen). Das Berufungsgericht hat ausgeführt, es sei der Beklagten trotz der drei Kinder aus der zweiten Ehe zuzumuten gewesen, in den Abendstunden oder an den Samstagen, wenn ihr Ehemann die Betreuung der Kinder habe übernehmen können, durch Putztätigkeiten einen entsprechenden Betrag zu verdienen. In der anschließenden Zeit der Arbeitslosigkeit des Ehemannes habe sich die finanzielle Situation der Familie zwar verschlechtert. Von dem Arbeitslosengeld von 1.192 DM monatlich habe nicht einmal der Bedarf des Ehemannes und der drei Kinder gedeckt werden können. Andererseits habe die Beklagte während dieser Zeit in entsprechend größerem Umfange erwerbstätig sein können, weil der Ehemann in dieser Zeit in entsprechend größerem Maße für die Kindesbetreuung zur Verfügung gestanden habe, und so ihren eigenen und den restlichen Unterhaltsbedarf der drei Kinder habe sicherstellen können.

Gegen diese Beurteilung wendet sich die Revision ohne Erfolg.



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 10 -

Es entspricht der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, daß den wiederverheirateten Ehegatten ungeachtet seiner Pflichten aus der neuen Ehe die Obliegenheit trifft, durch Aufnahme eines Nebenerwerbs zum Unterhalt von minderjährigen unverheirateten Kindern aus einer früheren Ehe beizutragen. Diese Erwerbsobliegenheit hat nicht eine gesteigerte Unterhaltungspflicht nach § 1603 Abs. 2 Satz 1 BGB zur Voraussetzung; vielmehr folgt sie bereits aus dem Gleichrang der Unterhaltsansprüche der Kinder aus erster und zweiter Ehe (§ 1609 BGB). Die Erfüllung dieser Obliegenheit hat der neue Partner nach dem Rechtsgedanken des § 1356 Abs. 2 BGB zu ermöglichen, wie die Ehegatten überhaupt bei der Aufgabenverteilung in der neuen Ehe die bereits bekannte Unterhaltslast gegenüber den Kindern aus früheren Ehen berücksichtigen müssen (vgl. zuletzt Senatsurteil vom 19. März 1986 – IVb ZR 18/85 – FamRZ 1986, 668 m.w.N.). Diese Rechtsprechung ist auch verfassungsrechtlich unbedenklich (vgl. BVerfG FamRZ 1985, 143). Im vorliegenden Fall kommt noch hinzu, daß die Beklagte gegenüber den Klägern auch die gesteigerte Unterhaltungspflicht nach § 1603 Abs. 2 Satz 1 BGB trifft, weil nach den Feststellungen des Oberlandesgerichts der Vater der Kläger den fehlenden Barunterhalt nicht zu leisten vermag. Hieraus ergibt sich für die Beklagte eine erhöhte Arbeitsobliegenheit unter gesteigerter Ausnutzung ihrer Arbeitskraft (vgl. etwa Palandt/Diederichsen, BGB 45. Aufl. § 1603 Anm. 4 a). Unter diesen Umständen können gegen die in tatrichterlicher Verantwortung getroffene und von der Revision

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)

37

- 11 -

nicht näher angegriffene Beurteilung, daß der Beklagten in der fraglichen Zeit die Sicherstellung ihres eigenen Unterhaltsbedarfs und des restlichen Unterhaltsbedarfs der zweitehelichen Kinder im Wege eigener Erwerbstätigkeit zuzumuten und möglich gewesen sei, letztlich keine durchgreifenden rechtlichen Bedenken erhoben werden, zumal das älteste der drei Kinder aus der zweiten Ehe nach dem unbestritten gebliebenen Sachvortrag der Kläger im Schriftsatz vom 17. Mai 1985 seit dem Jahre 1982 ganztags den Kindergarten besucht hat.

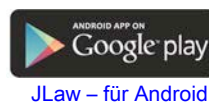
3. Das Oberlandesgericht ist ferner zu dem Ergebnis gelangt, daß die Kläger ihre Unterhaltsansprüche für die angegebene Zeit weiterhin geltend machen können, weil sich die Beklagte aufgrund des Schreibens des gesetzlichen Vertreters der Kläger vom 4. Januar 1983, in dem eine eindeutige Mahnung liege, in Verzug befinde (§ 1613 Abs. 1 BGB). Auch wenn der Bescheid später aufgehoben worden sei, verbleibe es aus unterhaltsrechtlicher Sicht bei der Wirkung der darin liegenden Mahnung.

Die dagegen erhobenen Angriffe der Revision bleiben im Ergebnis ohne Erfolg.

Dabei kann offen bleiben, ob in dem Schreiben des Jugendamts vom 4. Januar 1983, wie es für die Annahme einer Mahnung erforderlich wäre, eine namens der Kläger geäußerte Aufforderung



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



zur Leistung von Unterhalt an die Kläger erblickt werden kann. Zweifel daran ergeben sich deshalb, weil das Schreiben einen Leistungsbescheid des Jugendamts enthält und damit die Festsetzung des vom Jugendamt geltend gemachten, im öffentlichen Recht wurzelnden Anspruchs auf einen Kostenbeitrag (vgl. BVerwGE 38, 302; BVerwG FEVS 33, 309 ff; Friedeberg/Polligkeit/Giese, JWG 3. Aufl. Anm. 3 vor § 80 sowie § 81 Anm. 4 f) zum Gegenstand hat. Das läßt es möglich erscheinen, daß jener Bescheid des Jugendamts nicht auf die Durchsetzung der Unterhaltsansprüche der Kläger, sondern nur auf die Heranziehung der Beklagten zu einem öffentlich-rechtlichen Kostenbeitrag gerichtet war. Diese Frage kann jedoch letztlich offen bleiben, weil jedenfalls aus einem anderen Grunde davon auszugehen ist, daß die Beklagte zum fraglichen Zeitpunkt in Verzug gesetzt worden ist. Die Kläger haben in ihrer Berufungserwiderung vom 7. Mai 1985 (S. 13 a.E.) unter Beweisantritt vorgetragen, die Beklagte habe sich seit Januar 1983 auch deswegen mit den Unterhaltszahlungen in Verzug befunden, weil sie zur damaligen Zeit auch mündlich aufgefordert worden sei, "zumindest den im Schreiben genannten Unterhalt zu zahlen". Dieser Vortrag ist unbestritten geblieben. Da die Mahnung keine bestimmte Form verlangt und daher auch mündlich oder durch schlüssige Handlung vorgenommen werden kann, ist jedenfalls bei dieser von den Klägern vorgetragenen Sachlage davon auszugehen, daß das Jugendamt Anfang Januar 1983 auch die nunmehr beanspruchten Unterhaltszahlungen bei der Beklagten in hinreichend konkretisierter Weise angemahnt hat. Die Wirksamkeit



37

- 13 -

dieser Mahnung für die hier betroffene Zeit ist nicht dadurch entfallen, daß das Jugendamt den Leistungsbescheid während des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens im Mai 1984 aufgehoben hat. Dabei kann dahinstehen, ob das Schreiben vom 29. Mai 1984, in dem die Aufhebung erfolgt ist, der Beklagten auch Grund zu der Annahme gegeben hat, das Jugendamt lasse auch ihre unterhaltsrechtliche Inanspruchnahme fallen. Selbst wenn das der Fall gewesen wäre, hätte das keinesfalls zur Folge haben können, daß die Rechtswirkungen der Mahnung rückwirkend, mithin auch für die hier maßgebende Zeit vom 4. Januar 1983 bis 31. Januar 1984 entfallen wären (vgl. Senatsurteil vom 17. September 1986 - IVb ZR 59/85 - zur Veröffentlichung vorgesehen).

Lohmann

Blumenröhr

Macke

Zysk

Nonnenkamp



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)