

Eschenbruch • Schürmann • Menne

Der Unterhaltsprozess

Praxishandbuch des materiellen Unterhaltsrechts
und des Verfahrens in Unterhaltssachen

Begründet von

Dr. Klaus Eschenbruch
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht, Düsseldorf

Herausgegeben von

Heinrich Schürmann
Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht a.D., Münster

Dr. Martin Menne
Richter am Kammergericht, Berlin

Siebte, komplett überarbeitete und erweiterte Auflage

Leseprobe

Luchterhand Verlag 2021

Vorwort

»Der Unterhaltsprozess« hat es sich zur Aufgabe gemacht, der Unterhaltspraxis ein verlässliches Nachschlagewerk zu bieten, das neben einem schnellen Zugang zu den alltäglichen Problemen immer wieder auch Entwicklungen und Zusammenhänge des Unterhaltsrechts kritisch nachzeichnet, um auf diese Weise zu weiterführenden Überlegungen anzuregen. Den Herausgebern und den Autoren ist dabei selbstverständlich bewusst, dass es einen »Unterhaltsprozess« unter der Geltung des FamFG nicht mehr gibt, sondern dass es nunmehr Unterhaltsverfahren heißt (§ 113 Abs. 5 Nr. 1 FamFG). Gleichwohl soll an dem eingeführten Titel weiter festgehalten werden.

Aus beruflichen Gründen hat sich der Gründungsherausgeber unseres Werkes, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Steuerrecht, Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, Professor Dr. Klaus Eschenbruch, Düsseldorf, mit der 7. Auflage aus dem Kreis der Herausgeber und Autoren zurückgezogen. Ihm gilt unser ganz besonderer Dank für sein unermüdeliches Wirken, mit dem er seit 1992 aus einem Skript für die Anwaltsfortbildung eine umfassende Darstellung des Unterhaltsrechts entwickelt und in der Folgezeit das von ihm begründete Werk als ein veritables Handbuch für Wissenschaft und Praxis zum Erfolg geführt hat. Sein Name wurde so zu Recht zu dem prägenden Markenzeichen dieses Buches. Über den Werktitel bleibt uns Klaus Eschenbruch weiterhin verbunden. Auch dafür haben wir ihm zu danken.

Ebenfalls berufliche Veränderungen veranlassten Dr. Claudia Schmidt, Referatsleiterin im Bundesamt für Justiz, und Rechtsanwältin und Notarin Dr. Marie-Luise Kohne, Münster, aus dem Kreis der Autoren auszuschneiden. Weiter ausgeschieden ist Prof. Dr. Katharina Lugani, Lehrstuhlinhaberin an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf. Ihnen allen danken wir für den tatkräftigen Einsatz, mit dem sie zum Gelingen des Werkes beigetragen haben. Zur Verstärkung des Autorenteam konnten mit Dr. Martin Maaß, Richter am Oberlandesgericht Celle, und Andreas Frank, Direktor des Amtsgerichts Cuxhaven, zwei erfahrene und mit großer familienrechtlicher Expertise ausgestattete Praktiker gewonnen werden. Dr. Martin Maaß übernimmt den für die Praxis besonders bedeutsamen Abschnitt des Unterhalts minderjähriger Kinder. Die von Dr. Klaus Eschenbruch bearbeiteten Teile des Werkes zum Ehegattenunterhalt liegen nunmehr in den Händen von Andreas Frank, Dr. Martin Menne und Heinrich Schürmann. Alle weiteren Abschnitte werden in bewährter Weise von den schon in der Voraufgabe tätigen Autoren - Rechtsanwalt Dr. Wolfgang Conrads, Prof. Dr. Heinrich Dörner, Richter am Oberlandesgericht Ansgar Fischer, Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht Dr. Michael Henjes, Rechtsanwalt Dr. Franz-Thomas Roßmann und Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht Prof. Dr. Alexander Schwonberg - betreut.

Seit dem Erscheinen der 6. Auflage des Werkes im April 2013 sind mehr als sieben Jahre vergangen. Während dieses langen Zeitraums hat sich das Unterhaltsrecht in vielfältiger Weise fortentwickelt, so dass viele Abschnitte des Werkes grundlegend überarbeitet werden mussten. Hinzu kommt, dass sich auch das gesellschaftliche Umfeld in den vergangenen Jahren in einem solchen Ausmaß verändert hat, dass man sich inzwischen fragen muss, ob die in ihren Grundstrukturen noch an einem traditionellen Familienbild ausgerichteten Vorschriften des Familienrechts der Vielfalt der daneben gewachsenen, alternativen Lebensentwürfe mit ihrem komplexen Beziehungsgeflecht noch hinreichend gerecht werden können. Tatsächlich fällt die Neuauflage in eine Zeit des Umbruchs. Als prominentes Beispiel ist das Angehörigen-Entlastungsgesetz vom 10.12.2019 (BGBl. I, 2135) zu erwähnen: Die Reform betrifft primär eine sozialrechtliche Regelung, die jedoch unmittelbar in das Unterhaltsverhältnis zwischen Eltern und Kindern eingreift. Das Ziel ist eine wirksame Entlastung unterhaltspflichtiger Verwandter; verwirklicht wird es dadurch, dass die Gesetzesänderung das sozialrechtliche Subsidiaritätsprinzip beim SGB XII für den weit überwiegenden Teil der Bevölkerung außer Kraft setzt. Staatliche Fürsorgeleistungen werden auf diese Weise zu einem den privaten Unterhalt verdrängenden Einkommen. Weitere wichtige familienrechtliche Themen wie das Abstammungsrecht, das Recht der elterlichen Sorge und die unterhaltsrechtlichen Folgen der verschiedenen Betreuungsmodelle sind in Kommissionen und Arbeitsgruppen vorbereitend beraten worden und warten

auf ihre politische Umsetzung. Inzwischen haben bereits mehrere politische Parteien Vorschläge für eine Kindergrundsicherung vorgestellt – Konzepte, die eine Konzentration familienunterstützender Leistungen bewirken können und im politischen Raum mit zunehmendem Interesse diskutiert werden. Alle diese längst als notwendig erkannten Reformen werden in den nächsten Jahren deutliche Spuren bei der weiteren Entwicklung des Unterhaltsrechts hinterlassen. Wann und mit welchem Inhalt die bisherigen Vorarbeiten in konkrete Gesetzesentwürfe umgesetzt werden, lässt sich allerdings noch nicht absehen, so dass ein weiteres Zuwarten mit der Neuauflage untunlich wäre.

Bei der Neuauflage konnten bereits alle 2020 wirksam gewordenen Änderungen berücksichtigt werden. Das Werk gibt den Stand von Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur bis Frühjahr 2020 wieder. Entscheidungen jüngerer Datums sind, soweit möglich, noch in der Korrekturphase eingearbeitet worden.

Herausgeber und Autoren danken Herrn Philipp Nürnberg, der das Lektorat übernommen und mit Geduld und Beharrlichkeit die Neuauflage zum Abschluss geführt hat.

Bei allen Neuerungen ist eines geblieben: Unter dem bewährten Titel »Unterhaltsprozess« wollen wir auch mit dieser Auflage der Praxis weiterhin ein fundiertes Hilfsmittel zur Erleichterung der täglichen Arbeit zur Verfügung stellen.

Münster, Berlin im September 2020

Heinrich Schürmann

Martin Menne

Autorenverzeichnis

Dr. Wolfgang Conradis,
Rechtsanwalt, Duisburg

Prof. Dr. Heinrich Dörner,
Professor an der Westfälischen Wilhelms-Universität, Münster

Ansgar Fischer,
Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht, Oldenburg

Andreas Frank,
Direktor des Amtsgerichts, Cuxhaven

Dr. Michael Henjes,
Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht, Oldenburg

Dr. Martin Maaß,
Richter am Oberlandesgericht, Celle

Dr. Martin Menne,
Richter am Kammergericht, Berlin

Dr. Franz-Thomas Roßmann,
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Familienrecht, Volkach

Heinrich Schürmann,
Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht a.D., Münster

Prof. Dr. Alexander Schwonberg,
Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht, Celle

Im Einzelnen haben bearbeitet:

Kapitel 1	Ehegattenunterhalt	
A.	Vorbemerkungen	Frank/Schürmann
B.	Ehegattenunterhalt	Frank/Menne/Schürmann
C.	Unterhalt der eingetragenen Lebenspartner	Fischer
D.	Übergangsrecht; fortgeltendes Altrecht	Menne
Kapitel 2	Verwandtenunterhalt	
A.	Unterhalt minderjähriger Kinder	Maaß
B.	Unterhalt volljähriger Kinder	Schwonberg
C.	Elternunterhalt	Menne/Schürmann (bis zur 6. Aufl. bearbeitet von Lugani)
D.	Unterhalt nicht miteinander verheirateter Eltern	Menne
E.	Scheinvaterregress	Schwonberg
Kapitel 3	Verfahrensrecht	Roßmann
Kapitel 4	Unterhaltsrechtliche Einkommensermittlung	Henjes
Kapitel 5	Sozialleistungen und Unterhalt	Conradis
Kapitel 6	Internationales Unterhaltsverfahrens- und internationales Unterhaltsrecht	Dörner

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Autorenverzeichnis	VII
Im Einzelnen haben bearbeitet	VIII
Inhaltsverzeichnis	XI
Verzeichnis der Schaubilder und Grafiken	XXXIX
Abkürzungsverzeichnis	XLI
Literaturverzeichnis	LIII
Kapitel 1 Ehegattenunterhalt	1
A. Vorbemerkungen	10
B. Ehegattenunterhalt	35
C. Unterhalt der eingetragenen Lebenspartner	665
D. Übergangsrecht; fortgeltendes Altrecht	696
Kapitel 2 Verwandtenunterhalt	717
A. Unterhalt minderjähriger Kinder	722
B. Unterhalt des volljährigen Kindes	894
C. Elternunterhalt	1101
D. Unterhalt nicht miteinander verheirateter Eltern	1163
E. Scheinvaterregress	1228
Kapitel 3 Verfahrensrecht	1245
A. Der Unterhaltsantrag	1252
B. Unterhaltsantrag im Scheidungsverbund	1360
C. Verfahrenskostenvorschuss und Verfahrenskostenhilfe	1378
D. Einstweiliger Rechtsschutz	1415
E. Das vereinfachte Verfahren über den Unterhalt Minderjähriger	1437
F. Der Auskunft- und Stufenantrag	1453
G. Feststellungsantrag	1469
H. Abänderung gerichtlicher Entscheidungen	1472
I. Abänderung von Vergleichen und Urkunden	1497
J. Abänderung von Entscheidungen nach den §§ 237 und 253 FamFG	1507
K. Vollstreckungsabwehrantrag	1510
L. Rückforderungs- und Regressantrag	1518
Kapitel 4 Unterhaltsrechtliche Einkommensermittlung	1539
A. Allgemeine Grundsätze bei der Ermittlung des unterhaltsrechtlich maßgeblichen Einkommens	1541
B. Einkünfte aus nichtselbstständiger Erwerbstätigkeit	1551
C. Einkünfte aus selbstständiger Erwerbstätigkeit	1564
D. Sonstige Einkünfte	1577
E. Nutzungsvorteile aus Vermögen	1586
F. Korrektur der Einkünfte	1604
G. Das bereinigte Nettoeinkommen	1631
Kapitel 5 Sozialleistungen und Unterhalt	1663
A. Allgemeine Grundsätze	1664
B. Lohnersatzleistungen und Renten	1665
C. Grundsicherung und Sozialhilfe	1670

Inhaltsübersicht

D. Familienlastenausgleichleistungen	1685
E. Ausbildungsförderung	1693
F. Leistungen bei Krankheit und Behinderung.	1699
G. Leistungen bei der Pflege	1703
H. Wohngeld.	1705
Kapitel 6 Internationales Unterhaltsverfahrens- und Internationales Unterhaltsrecht. . . .	1709
A. Überblick	1712
B. Internationales Unterhaltsverfahrensrecht.	1713
C. Internationales Unterhaltsrecht	1812
D. Niederlassungsabkommen zwischen dem Deutschen Reich und dem Kaiserreich Persien v. 17.02.1929	1858
Stichwortverzeichnis.	1859

Verzeichnis der Schaubilder und Grafiken

Gesetzliche Unterhaltsansprüche im Überblick	Kap. 1 nach Rdn. 59
Strukturelemente des Ehegattenunterhalts	Kap. 1 nach Rdn. 65
Tatbestände des Ehegattenunterhalts	Kap. 1 Rdn. 75
Unterhaltstatbestände des nachehelichen Unterhalts	Kap. 1 Rdn. 228
Prüfungsschema nachehelicher Unterhalt	Kap. 1 Rdn. 243
Grundstrukturen des Betreuungsunterhalts	Kap. 1 Rdn. 252
Bedarf bei Voll- und Teilerwerbsfähigkeit	Kap. 1 Rdn. 440
Zusammensetzung des Gesamtbedarfs	Kap. 1 Rdn. 520
Bedarfsermittlung	Kap. 1 Rdn. 543
Nutzungswert	Kap. 1 Rdn. 593
Selbstgenutzte Immobilie	Kap. 1 Rdn. 596
Methoden zur Bedarfsbestimmung	Kap. 1 Rdn. 948
Begrenzung und Befristung des nachehelichen Unterhalts	Kap. 1 Rdn. 1178
Prüfungsschema Unterhaltsverwirkung nach § 1579 BGB	Kap. 1 Rdn. 1606
Erlöschen von Ehegattenunterhaltsansprüchen	Kap. 1 Rdn. 1796
Übersicht zu Schulstrukturen und Bildungswegen	Kap. 2 Rdn. 503
Übersicht einstweiliger Rechtsschutz	Kap. 3 Rdn. 1295

handene, tatsächlich Arbeitsfähigkeit.⁶⁵³ Die für die Fremdbetreuung aufgewandten Kosten sind stets angemessen zu berücksichtigen.⁶⁵⁴

d) *Verlängerung des Unterhaltsanspruchs über die Vollendung des dritten Lebensjahres des Kindes hinaus* (§ 1570 Abs. 1 Satz 2, 3, Abs. 2 BGB)

aa) *Allgemeine Grundsätze*

aaa) *Grundprinzip*

Der Unterhaltsanspruch kann sich über die Vollendung des dritten Lebensjahres des zu betreuenden Kindes hinaus verlängern, solange und soweit dies der Billigkeit entspricht.⁶⁵⁵ Ein bereits zuvor bestehender Anspruch kann dabei fortgelten; der Unterhaltsanspruch kann aber auch, ohne dass zuvor ein Anspruch auf den »Basisunterhalt« geltend gemacht worden wäre, nach der Vollendung des dritten Lebensjahres des Kindes erstmalig entstehen, weil die Anspruchsentstehung nicht an einen bestimmten Einsatzzeitpunkt, sondern allein an die Notwendigkeit der Betreuung gekoppelt ist.⁶⁵⁶ 277

bbb) *Verlängerung des Unterhaltsanspruchs nach Billigkeit; Unterscheidung zwischen kind- und eltern- bzw. ehebezogenen Verlängerungsgründen*

Ob dem geschiedenen, kinderbetreuenden Ehegatten im konkreten Fall eine Erwerbstätigkeit zugemutet werden kann und wenn ja, in welchem Umfang er gehalten ist, erwerbstätig zu sein, hängt weitaus stärker von den **Umständen des Einzelfalles** ab als dies bislang, nach dem bis Ende 2007 geltenden Recht der Fall war.⁶⁵⁷ Anders als bei Kleinkindern bis zum dritten Lebensjahr kommt es bei älteren Kindern für die Frage, inwieweit vom Elternteil neben der Pflege und Erziehung des Kindes eine Erwerbstätigkeit erwartet werden kann, entscheidend auf das Alter und die Anzahl der zu betreuenden Kinder, eventuelle Besonderheiten bzw. Auffälligkeiten des Kindes, auf das Ausmaß der Doppelbelastung des geschiedenen Ehegatten durch Kinderbetreuung und Erwerbstätigkeit sowie auf die von den Eltern bislang praktizierte Form der Kinderbetreuung an sowie schließlich darauf, ob tatsächlich verlässliche Möglichkeiten der Fremdbetreuung bestehen.⁶⁵⁸ Die im individuellen Einzelfall festgestellten Gesichtspunkte sind umfassend gegeneinander abzuwägen, um auf diese Weise die Basis für die Beurteilung des konkreten Falles zu erlangen.⁶⁵⁹ An die Darlegung der maßgeblichen Gesichtspunkte sind keine überzogenen Anforderungen zu stellen.⁶⁶⁰ Im Allgemeinen genügt es, die wesentlichen Umstände aufzuzeigen, die im konkreten Einzelfall eine persönliche Betreuung des Kindes notwendig machen. Diese Umstände sind vom Gericht festzustellen, wobei 278

653 Vgl. BGH, Urt. v. 15.12.2004 – XII ZR 121/03, FamRZ 2005, 442 (Rn. 24).

654 Vgl. Einzelbegründung § 1570 BGB im UÄndG 2008, BT-Drucks. 16/1830, 17 = *Mennel/Grundmann*, Das neue Unterhaltsrecht, 48 sowie BGH Urt. v. 13.04.2005 – XII ZR 273/02, BGHZ 162, 384 = FamRZ 2005, 1154 (Rz. 19) sowie näher unten Rdn. 312 ff. und *Menne*, FS Meysen, 135, 142 ff. = FuR 2018, 569, 572 ff.

655 Vgl. zur Grundstruktur des Anspruchs oben Rdn. 251 f.

656 Vgl. BGH, Urt. v. 17.03.2010 – XII ZR 204/08, FamRZ 2010, 802 (Rz. 11 f.); OLG München, Urt. v. 11.08.2011 – 26 UF 277/11, FamRZ 2012, 558 (Rz. 44 ff.; zu § 1615I BGB) sowie Wendl/Dose/*Bömelburg*, § 4 Rn. 171 und oben Rdn. 256.

657 Vgl. Einzelbegründung § 1570 BGB im UÄndG 2008, BT-Drucks. 16/1830, 17 = *Mennel/Grundmann*, Das neue Unterhaltsrecht, 48.

658 Vgl. Einzelbegründung § 1570 BGB im UÄndG 2008, BT-Drucks. 16/1830, 17 = *Mennel/Grundmann*, Das neue Unterhaltsrecht, 48.

659 Vgl. Einzelbegründung § 1615I BGB im UÄndG 2008, BT-Drucks. 16/1830, 31 = *Mennel/Grundmann*, Das neue Unterhaltsrecht, 119 sowie Wendl/Dose/*Bömelburg*, § 4 Rn. 172.

660 Vgl. BGH, Urt. v. 18.04.2012 – XII ZR 65/10, BGHZ 193, 78 = FamRZ 2012, 1040 (Rz. 21) (für die kindbezogenen Gründe) sowie ausführlich unten Rdn. 323 sowie unten Kap. 2 Rdn. 1348 f.

das Gericht nicht gehalten ist, über jede streitige Einzelheit Beweis zu erheben.⁶⁶¹ Eine gewisse Hilfe bei der **Strukturierung der Einzelfallprüfung** bieten dabei einzelne **Kriterien**⁶⁶² sowie die Orientierungshilfen, wie sie beispielsweise in den unterhaltsrechtlichen Leitlinien vieler Obergerichte niedergelegt sind.⁶⁶³

- 279 Bei den Gründen, aus denen eine Anspruchsverlängerung über das dritte Lebensjahr des Kindes hinaus in Betracht kommen kann, unterscheidet die Praxis traditionell zwischen **kind- und eltern- bzw. ehebezogenen Gründen**. Um eine Vermengung zwischen beiden Gesichtspunkten zu vermeiden, hat das Gericht in den Entscheidungsgründen deutlich zu machen, ob die zugesprochene Anspruchsverlängerung auf § 1570 Abs. 1 BGB oder auf § 1570 Abs. 2 BGB beruht.⁶⁶⁴
- 280 Unter **kindbezogenen Gründen**, im Wortlaut von § 1570 Abs. 1 Satz 3 BGB als »Belange des Kindes« bezeichnet, werden die individuellen, in der Person des Kindes liegenden Umstände verstanden, die eine erhöhte Betreuungsintensität erforderlich machen. Dazu wird auch die Konstellation gezählt (§ 1570 Abs. 1 Satz 3, 2. Alt. BGB), das die notwendige Betreuung des Kindes selbst unter Berücksichtigung staatlicher Hilfen – Kindergärten und Horte etc. – nicht ausreichend gesichert werden kann und der unterhaltsberechtigte Elternteil dem Kind deshalb wenigstens zeitweise weiterhin zur Verfügung stehen muss.⁶⁶⁵ Diese Gesichtspunkte sind **stets vorrangig zu prüfen**, weil Kinder auch nach Vollendung des dritten Lebensjahres noch betreuungsbedürftig sind und weil aufgrund der Kindeswohlorientiertheit des Anspruchs nach § 1570 BGB⁶⁶⁶ den kindbezogenen Gründen größeres Gewicht zukommt als Gründen, die im Verhältnis der Eltern zueinander oder im Charakter ihrer Beziehung wurzeln.⁶⁶⁷ Auf die Betreuungsbedürftigkeit des Kindes kommt es erst dann nicht mehr an, wenn das Kind ein Alter erreicht hat, in dem es zeitweise sich selbst überlassen werden kann und deswegen auch keiner durchgehenden persönlichen Betreuung durch einen Elternteil mehr bedarf.⁶⁶⁸ An die Darlegung der Gründe für eine Verlängerung sind **keine überzogenen Anforderungen** zu stellen.⁶⁶⁹ Ziel soll es vielmehr sein, den Übergang von einer umfassenden elterlichen Betreuung des Kindes hin zu einer Vollzeiterwerbstätigkeit des betreuenden Elternteils nach Maßgabe der kind- (§ 1570 Abs. 1 Satz 3 BGB) und elternbezogenen Gründe (§ 1570 Abs. 2) flexibel und zeitlich gestuft auszugestalten; ein abrupter Wechsel ist im Interesse des kindlichen Wohls zu vermeiden.⁶⁷⁰
- 281 Neben die kindbezogenen Gründe können die **Belange des betreuenden Elternteils** treten, die im Rahmen der Billigkeitsabwägung ebenfalls zu einer Anspruchsverlängerung führen können (§ 1570

661 So zutreffend NK-BGB/Schilling, § 1570 BGB Rn. 16. S. zur Darlegungs- und Beweislast im Allgemeinen oben Rdn. 240 ff.

662 Vgl. zum »Kriterienmodell« näher unten Rdn. 285.

663 Vgl. etwa besonders ausführlich Ziff. 17.1 der unterhaltsrechtlichen Leitlinien des Kammergerichts oder des OLG Frankfurt/Main. S. allgemein zu den unterhaltsrechtlichen Leitlinien unten Kap. 2 Rdn. 45.

664 Vgl. NK-BGB/Schilling, § 1570 BGB Rn. 29.

665 Vgl. BGH, Urt. v. 16.07.2008 – XII ZR 109/05, BGHZ 177, 272 = FamRZ 2008, 1739 (Rz. 101).

666 Vgl. oben Rdn. 245.

667 Vgl. BGH, Urt. v. 01.06.2011 – XII ZR 45/09, FamRZ 2011, 1209 (Rz. 21); BGH, Urt. v. 15.09.2010 – XII ZR 20/09, FamRZ 2010, 1880 (Rz. 23); BGH, Urt. v. 18.03.2009 – XII ZR 74/08, BGHZ 180, 170 = FamRZ 2009, 770 (Rz. 27 ff.).

668 Vgl. BGH, Urt. v. 18.03.2009 – XII ZR 74/08, BGHZ 180, 170 = FamRZ 2009, 770 (Rz. 27) sowie Meier FamRZ 2008, 101, 104.

669 Vgl. für die kindbezogenen Gründe BGH, Beschl. v. 01.10.2014 – XII ZB 185/13, FamRZ 2014, 1987 (Rz. 20); BGH, Urt. v. 18.04.2012 – XII ZR 65/10, BGHZ 193, 78 = FamRZ 2012, 1040 (Rz. 21). S. hinsichtlich der elternbezogenen Gründe BGH, Beschl. v. 09.03.2016 – XII ZB 693/14, BGHZ 209, 243 = FamRZ 2016, 887 (Rz. 25, 32; zu § 1615I BGB in einem Fall von Elternunterhalt) sowie auch Menne FF 2012, 487, 494.

670 Vgl. Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages, BT-Drucks. 16/6980, 9 = Menne/Grundmann, Das neue Unterhaltsrecht, 50 sowie BGH, Urt. v. 18.04.2012 – XII ZR 65/10, BGHZ 193, 78 = FamRZ 2012, 1987 (Rz. 23); Kleffmann, FS Brudermüller, 379, 381.

Abs. 2 BGB). Diese Verlängerungsmöglichkeit rechtfertigt sich zwar primär aus dem Gedanken der nahehelichen Solidarität,⁶⁷¹ kommt aber mittelbar, worauf das Bundesverfassungsgericht hingewiesen hat, auch dem betreuten Kind zugute⁶⁷² und trägt damit ebenfalls bei zum Charakter des Betreuungsunterhaltsanspruchs insgesamt als eines Ausdrucks der fortbestehenden Verantwortung der geschiedenen Ehegatten für das gemeinsame Kind.⁶⁷³ Entscheidende Bedeutung haben die tatsächliche Gestaltung der Kinderbetreuung und der Erwerbstätigkeit der Ehegatten sowie die Dauer der Ehe, die im Einzelfall eine Anspruchsverlängerung rechtfertigen können.⁶⁷⁴ Aus dem Wortlaut von § 1570 Abs. 2 BGB (»... darüber hinaus ...«) ergibt sich, dass **eltern- bzw. ehebezogene Gründe** im Vergleich mit den kindbezogenen Gründen von geringerem Gewicht und deshalb nachrangig zu prüfen sind.⁶⁷⁵

ccc) *Kein Altersphasenmodell (mehr), sondern Orientierungshilfen für die Praxis (»Kriterienmodell«)*

Nach dem bisherigen, bis Ende 2007 geltenden Unterhaltsrecht bestimmte sich die Frage, wie lange 282
Betreuungsunterhalt zu gewähren war bzw. ab wann vom betreuenden Elternteil eine Erwerbstätigkeit erwartet werden konnte, ganz maßgeblich anhand des Alters des zu betreuenden Kindes. Nach diesem **Altersphasenmodell (»0-8-15-Modell«)** bestand ohne Rücksicht auf die Besonderheiten des Einzelfalles bis zum 8. Lebensjahr des Kindes keine Erwerbsobliegenheit. Danach konnte eine Teilzeit- und ab dem 15. Lebensjahr eine Vollzeit-erwerbstätigkeit erwartet werden.⁶⁷⁶

Seit dem Inkrafttreten des Unterhaltsrechtsänderungsgesetzes 2008 kann auf dieses Schema nicht 283
mehr zurückgegriffen werden. Denn aufgrund der Forderung des Gesetzgebers, das bisherige, schematisch und unflexibel gehandhabte Altersphasenmodell zu überdenken und den konkreten Einzelfall stärker zu berücksichtigen,⁶⁷⁷ ist inzwischen allgemein anerkannt, dass eine Verlängerung des Betreuungsunterhalts nicht mehr allein vom Kindesalter abhängig gemacht werden darf. Entscheidungen, die die Gewährung von Betreuungsunterhalt schematisch mit dem Kindesalter verknüpfen, können deshalb keinen Bestand haben.⁶⁷⁸

Dabei bleibt es auch dann, wenn nicht allein auf das Alter des Kindes abgestellt wird, sondern die 284
einzelnen Altersphasen nur als Regelfall betrachtet werden, innerhalb dessen die Umstände des Einzelfalles berücksichtigt werden. Denn dabei wird, solange nicht auf die individuellen Einzelumstände abgestellt wird, letztlich ebenfalls überwiegend allein an das Alter des zu betreuenden Kindes ange-

671 Vgl. Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages, BT-Drucks. 16/6980, 9 = *Menne/Grundmann*, Das neue Unterhaltsrecht, 50.

672 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 28.02.2007 – 1 BvL 9/04, BVerfGE 118, 45 = FamRZ 2007, 965 (Rn. 56).

673 Vgl. *Brudermüller*, FS Coester-Waltjen, 17, 22 f.; *Kremer*, Das Prinzip der familiären Solidarität im Unterhaltsrecht des BGB, 57 ff., 158 ff.; *Brudermüller*, Geschieden und doch gebunden?, 168.

674 Vgl. Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages, BT-Drucks. 16/6980, 9 = *Menne/Grundmann*, Das neue Unterhaltsrecht, 50 sowie BGH, Urt. v. 17.06.2009 – XII ZR 102/08, FamRZ 2009, 1391 (Rz. 32).

675 Vgl. BGH, Urt. v. 15.09.2010 – XII ZR 20/09, FamRZ 2010, 1880 (Rz. 23); BGH, Urt. v. 17.06.2009 – XII ZR 102/08, FamRZ 2009, 1391 (Rz. 31); BGH, Urt. v. 16.07.2008 – XII ZR 109/05, BGHZ 177, 272 = FamRZ 2008, 1739 (Rz. 100, 102 f.).

676 Vgl. näher oben Rdn. 248.

677 Vgl. Einzelbegründung § 1569 BGB im Regierungsentwurf des UÄndG, BT-Drucks. 16/1830, 16 f. = *Menne/Grundmann*, Das neue Unterhaltsrecht, 45 f. sowie NK-BGB/*Schilling*, § 1570 BGB Rn. 15; *Habne* FF 2009, 4 f.; *Menne* FF 2006, 175, 180 f.

678 Vgl. BGH, Urt. v. 18.04.2012 – XII ZR 65/10, BGHZ 193, 78 = FamRZ 2012, 1040 (Rz. 19); BGH, Versäumnisurt. v. 15.06.2011 – XII ZR 94/09, FamRZ 2011, 1375 (Rn. 17, 22); BGH Urt. v. 01.06.2011 – XII ZR 45/09, NJW 2011, 2430 Rn. 19; BGH Urt. v. 18.03.2009 – XII ZR 74/08, BGHZ 180, 170 = FamRZ 2009, 770 (Rz. 28).

knüpft.⁶⁷⁹ Aus diesem Grund sind die verschiedenen, in der Literatur vorgeschlagenen Modelle⁶⁸⁰ für eine »**Neujustierung des Altersphasenmodells**« abzulehnen.⁶⁸¹ Denn derartige, maßgeblich am Alter oder der Zahl der zu betreuenden Kinder orientierte Modelle lassen zu wenig Raum für den individuellen Einzelfall und vernachlässigen den Umstand, dass neben weiteren Belangen des Kindes auch diejenigen der Eltern zu berücksichtigen sind.⁶⁸² Auch die Möglichkeiten einer Fremdbetreuung, die je nach Region durchaus unterschiedlich ausfallen können, werden dabei nicht ausreichend berücksichtigt.⁶⁸³

- 285 Die von der höchstrichterlichen Rechtsprechung verfolgte **konsequente Einzelfallbetrachtung** hat indessen **vielfältige Kritik** hervorgerufen,⁶⁸⁴ weil dadurch das Bedürfnis nach Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit gerichtlicher Entscheidungen sehr strapaziert sowie die unterhaltsrechtliche Beratung und vorsorgende Rechtspflege erschwert wird und die Instanzgerichte überfordert sind, zumal es sich beim Unterhalt nach § 1570 BGB um den häufigsten und wichtigsten Unterhaltstatbestand handelt.⁶⁸⁵ Die Praxis hat deshalb nach **Orientierungshilfen**⁶⁸⁶ gesucht, um die zu treffende individuelle Entscheidung anhand von Einzelmerkmalen zu strukturieren, die dann zu einem Gesamtbild zusammengefügt werden. Mit dem Willen des Gesetzgebers des Unterhaltsrechtsänderungsgesetzes 2008 steht das durchaus im Einklang: Orientierungshilfen für die Praxis werden von den Gesetzesmaterialien keineswegs ausgeschlossen,⁶⁸⁷ sondern dort wird lediglich festgestellt, dass das Altersphasenmodell »neu zu überdenken und zu korrigieren« sei und die zu treffende Entscheidung künftig nicht mehr am vom Einzelfall losgelösten Schematisierungen ausgerichtet werden dürfe.⁶⁸⁸ Ein solches, diesen Vorgaben gerecht werdendes »**Kriterienmodell**« ist beispielsweise in den unter-

679 Vgl. BGH, Versäumnisurt. v. 15.06.2011 – XII ZR 94/09, FamRZ 2011, 1375 (Rn. 22).

680 Vgl. u.a. MüKo-BGB/Maurer, § 1570 BGB Rn. 44 f.; Schlünder FF 2013, 92, 96 f.; Heiderhoff FamRZ 2012, 1604, 1608 (»typisierende Einordnung von regelmäßig auftretenden Konstellationen«); Metz NJW 2009, 1855, 1857 ff.; Büttner FPR 2009, 92, 93 f.; Börger FPR 2009, 71 f.; Borth FamRZ 2008, 2, 9 f. S. auch Wellenhofer FamRZ 2007, 1282, 1282 f.

681 Vgl. Kleffmann, FS Brudermüller, 379, 382; Hahne FF 2009, 178, 186 f. sowie weiter Wendl/Dose/Bömelburg, § 7 Rn. 46 f. (für die parallele Problematik im Rahmen des § 1615I BGB).

682 Vgl. Dose FPR 2012, 129, 132 f.

683 Vgl. beispielsweise Sell FPR 2009, 101 ff. und ausführlich unten Rdn. 290.

684 Vgl. u.a. MüKo-BGB/Maurer, § 1570 BGB Rn. 44; Ehinger/Rasch/Schwonberg/Siedel/Ehinger, Handbuch des Unterhaltsrechts, Rn. 6.97, 6.99; Niepmann/Schwamb Die Rechtsprechung zur Höhe des Unterhalts (13. Aufl. 2016), Rn. 472 (aufgegeben in der 14. Aufl. 2019); Trieb/Kupfer, FS Brudermüller, 823, 829 ff.; Wapler RdJB 2014, 36, 46 f.; Schlünder FF 2013, 92, 98 ff.; Löhnig/Preisner FamRZ 2011, 1537 f.; Schwab FF 2012, 138, 144 ff.; Reinken FPR 2010, 125, 129 (»... zu großer Verunsicherung geführt ...«).

685 Vgl. oben Rdn. 244.

686 Vgl. NK-BGB/Schilling, § 1570 BGB Rn. 16; Menne ZKJ 2009, 244, 246; Menne FamRB 2008, 110, 115 f. S. auch Grundmann/Menne FF 2016, 470, 472.

687 So zutreffend MüKo-BGB/Maurer, § 1570 BGB Rn. 44 f.; NK-BGB/Schilling, § 1570 BGB Rn. 16. Auch der BGH hat es in einer Entscheidung (BGH, Urt. v. 16.07.2008 – XII ZR 109/05, BGHZ 177, 272 = FamRZ 2008, 1739 [Rz. 104]) für möglich erachtet, auf der Grundlage von Erfahrungswerten Fallgruppen zu bilden, die einer »gewissen Pauschalierung« zugänglich seien.

688 Vgl. die Einzelbegründungen zu §§ 1569, 1570 BGB im Regierungsentwurf des UÄndG 2008, BT-Drucks. 16/1830, 16, 17 f. = Menne/Grundmann, Das neue Unterhaltsrecht, 45, 48: »Bei der Auslegung des § 1570 BGB ... wird ... das bisherige Altersphasenmodell ... neu zu überdenken und zu korrigieren sein. Künftig wird verstärkt darauf abgestellt werden müssen, inwieweit aufgrund des konkreten Einzelfalles ... eine (Teil-) Erwerbstätigkeit erwartet werden kann« sowie »Anstelle der ... sehr schematisierenden Betrachtungsweise anhand des ... Altersphasenmodells ist stärker auf den konkreten Einzelfall ... abzustellen.« Ähnlich auch in der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages zu § 1570 BGB, BT-Drucks. 16/6980, 9 = Menne/Grundmann, Das neue Unterhaltsrecht, 51: »... keine ausdrückliche Vorgabe, in welchem Umfang ... auf eine eigene Erwerbstätigkeit ... verwiesen werden kann. ... wird jedoch deutlich gemacht, dass es auch hier auf die Verhältnisse des Einzelfalles ankommt.«

haltsrechtlichen Leitlinien des Kammergerichts (Nr. 17.1) niedergelegt und hat in der familiengerichtlichen Praxis viel Zustimmung erfahren.⁶⁸⁹ Hier heißt es:

Inwieweit den betreuenden Elternteil ab der Vollendung des dritten Lebensjahrs des Kindes eine Erwerbsohligkeit trifft, bestimmt sich nach den Umständen des Einzelfalles. Hierbei können beispielsweise eine Rolle spielen: 286

Kindbezogene Gründe:

- Anzahl und Alter des bzw. der zu betreuenden Kinder;
- individuelle Besonderheiten oder Veranlagungen des Kindes;
- konkrete örtliche Betreuungssituation: Kapazität, Verfügbarkeit, Qualität und Verlässlichkeit der Betreuungseinrichtung; Zumutbarkeit der Betreuungseinrichtung für das Kind;
- bislang praktiziertes Betreuungsmodell;
- Gewährung angemessener, mit dem Kindeswohl im Einklang stehenden Übergangsfristen bzw. abgestufter Übergänge bei Veränderungen in der Betreuungssituation.

Elternbezogene Gründe:

- bislang praktiziertes Betreuungsmodell;
- bislang praktizierte Rollen- und Aufgabenverteilung in Bezug auf die Kinderbetreuung unter Berücksichtigung auch der Dauer der Ehe bzw. Partnerschaft der Eltern;
- einvernehmlich getroffene Absprachen und gemeinsame Vorstellungen hinsichtlich der Kinderbetreuung unter Berücksichtigung der infolge der Trennung notwendig gewordenen Veränderungen;
- Vermeidung überobligatorischer Belastungen durch eine Erwerbstätigkeit neben der Kinderbetreuung;
- finanzielle Zumutbarkeit der Betreuungseinrichtung;
- Gewährung angemessener Übergangsphasen bei einem Wechsel des Betreuungsmodells unter Berücksichtigung des Vertrauens in dessen Fortbestand.

Kern dieses Ansatzes ist es, anhand der objektiv gelebten Situation zu versuchen, eine an den individuellen Verhältnissen orientierte Lösung für die Bestimmung der Anspruchsdauer zu finden. Hierbei spielen sowohl kind- als auch elternbezogene Gesichtspunkte eine Rolle. Gefragt wird etwa nach der Zahl und dem Alter der zu betreuenden Kinder, nach deren individuellen Besonderheiten und Veranlagungen, nach der örtlichen Betreuungssituation sowie dem bislang praktizierten Betreuungsmodell. Bei den elternbezogenen Kriterien wird die Handhabung der Aufgaben- und Rollenverteilung in Bezug auf die Kinderbetreuung auch unter Berücksichtigung der Dauer der Ehe geprüft und berücksichtigt, inwieweit es insoweit einvernehmliche Absprachen oder gemeinsame Vorstellungen gab sowie weiter, ob diese Pläne ggf. aufgrund der erfolgten Trennung anzupassen sind. Eine überobligatorische Belastung des betreuenden Elternteils durch eine Erwerbstätigkeit neben der Kinderbetreuung ist zu verhindern; auch muss die gewünschte Betreuungseinrichtung wirtschaftlich zumutbar sein.⁶⁹⁰ 287

689 Vgl. *Niepmann/Seiler* Unterhalt Rn. 475; *Kleffmann*, FS Brudermüller, 379, 386 ff. sowie die Empfehlungen des AK 16 des 20. Deutschen Familiengerichtstages 2013, Brühler Schriften zum Familienrecht (2014), 138 ff.; Ständige Fachkonferenz 3 des Deutschen Instituts für Jugendhilfe und Familienrecht e.V., JAm 2011, 71 f. = FamRZ 2011, 1031 und für die entsprechende Problematik im Rahmen des § 1615l BGB auch *Wendl/Dose/Bömelburg*, § 7 Rn. 46; vgl. ergänzend auch die »Checkliste« von *Horndasch* FuR 2020, 84 f.

690 Vgl. *Büte/Poppen/Menne/Menne*, Unterhaltsrecht, § 1570 Rn. 22; *Menne* FamPra.ch 2014, 525, 530; *Menne* FamRB 2008, 110, 115 f.

bb) Verlängerung aus kindbezogenen Gründen (§ 1570 Abs. 1 Satz 2, 3 BGB)

aaa) Allgemeines

- 288 Aufgrund der grundsätzlichen Ausrichtung des Betreuungsunterhaltsanspruchs am Kindeswohl sind kindbezogene Gründe für eine Anspruchsverlängerung vorrangig zu prüfen; ihnen kommt, auch wenn in der Praxis kind- und elternbezogene Gründe bisweilen im Zusammenhang stehen werden, mehr Gewicht zu als den eltern- bzw. ehebezogenen Gesichtspunkten.⁶⁹¹ Zu beachten ist, dass die gesetzgeberische Entscheidung, dass der Betreuungsunterhalt grundsätzlich nur drei Jahre geschuldet ist und eine Verlängerung über diesen Zeitraum hinaus der Rechtfertigung bedarf, nicht überdehnt und in das Gegenteil verkehrt werden darf.⁶⁹²
- 289 Innerhalb der kindbezogenen Belange nach § 1570 Abs. 1 Satz 3 BGB unterscheidet der Gesetzgeber zwischen den »bestehenden Möglichkeiten der Kinderbetreuung«⁶⁹³ und den (eigentlichen) »Belangen des Kindes«; wobei sich bei den Letzteren in der Praxis gewisse Fallgruppen etabliert haben, die eine erste Groborientierung ermöglichen.⁶⁹⁴

bbb) Bestehende Möglichkeiten der Kinderbetreuung

- 290 Voraussetzung für eine Erwerbstätigkeit neben der Kinderbetreuung sind **gute und verlässliche Kinderbetreuungsmöglichkeiten**. Auch wenn die existierenden Betreuungsmöglichkeiten in den letzten Jahren stark ausgebaut wurden, besteht (unverändert) ein **großer Verbesserungsbedarf** und **zahlreiche Unzulänglichkeiten**: Die bestehenden, großen Diskrepanzen bei der Nutzung von öffentlichen Kinderbetreuungsplätzen erklären sich vorwiegend aufgrund des **unzureichenden Angebots an geeigneten Plätzen**, des Mangels an qualifizierten Erzieherinnen und Erziehern, aber auch im Hinblick auf den zeitlichen Umfang der Betreuung und das Zeitfenster, das durch die Betreuung abgedeckt wird. Insbesondere in den westlichen Bundesländern stehen für viele Kinder, deren Eltern eine institutionelle Kinderbetreuung wünschen, vielfach keine entsprechenden Plätze bereit.⁶⁹⁵ Für das Angebot an Ganztagschulplätzen gilt entsprechendes; auch hier gibt es **große regionale Unterschiede** und das Angebot reicht nicht aus, um die Nachfrage abzudecken: Wesentliche Unterschiede gibt es mit Blick auf die einzelnen Schularten, bei der Art der Übermittagsbetreuung, bei der Ausdifferenzierung des Angebots sowie dem zeitlichen Ausmaß der Betreuung.⁶⁹⁶ Untersuchungen zufolge sollen in Deutschland im Ergebnis bis etwa 2025 grob 1,2 Mio. Betreuungsplätze für Kinder im Alter bis zu zehneinhalb Jahren in Krippen, Kindertageseinrichtungen, Horten und Ganztagschulen fehlen.⁶⁹⁷

691 Vgl. oben Rdn. 245 f., 279 f.

692 Vgl. BGH, Urt. v. 16.07.2008 – XII ZR 109/05, BGHZ 177, 272 = FamRZ 2008, 1739 (Rz. 100) sowie BGH, Beschl. v. 09.03.2016 – XII ZB 693/14, BGHZ 209, 243 = FamRZ 2016, 887 (Rz. 25; zu § 1615I BGB).

693 Vgl. dazu sogleich unten Rdn. 290 ff.

694 Vgl. unten Rdn. 395-304.

695 Vgl. BMFSFJ (Hrsg.), 8. Familienbericht v. 15.03.2013 (BT-Drucks. 17/9000), 25 ff., BMFSFJ, Pressemitteilung vom 17.06.2020, ZKJ 2020, 287 sowie Menne, FS Meysen, 135, 142 f. = FuR 2018, 569, 572 f. und die ausführliche Darstellung bei Feller/Meiner-Teubel/Müller, Kindertagesbetreuung, in: Kinder- und Jugendhilfereport 2018 (2019), 39 ff. sowie Institut der deutschen Wirtschaft, Kinderbetreuung: Über 340.000 Plätze für unter Dreijährige fehlen (2020) (abrufbar unter <https://www.iwkoeln.de>).

696 Vgl. BMFSFJ (Hrsg.), 15. Kinder- und Jugendbericht v. 01.02.2017 (BT-Drucks. 18/11050), 329 ff., 338 ff.

697 Vgl. Rauschenbach/Schilling/Meiner-Teubner, Plätze, Personal, Finanzen – der Kita-Ausbau geht weiter. Zukunftsszenarien für Kindertages- und Grundschulbetreuung in Deutschland (2017), 19 f. (abrufbar u.a. unter www.dji.de/fileadmin/user_upload/bibs2017/rauschenbach_schilling_plaetze_personal_finanzen.pdf). S. ergänzend auch unten Kap. 2, Rdn. 1322.

Der Gesetzgeber hat diesen rechtstatsächlichen Hintergrund im Blick gehabt⁶⁹⁸ und deshalb bestimmt § 1570 Abs. 1 Satz 3 BGB, dass fehlende Möglichkeiten für eine Fremdbetreuung ein Grund für eine Verlängerung des Betreuungsunterhaltsanspruchs sein können.⁶⁹⁹ Ein Betreuungsunterhaltsanspruch kann daher bestehen, wenn die örtlichen Schulen keine Nachmittagsbetreuung anbieten und auch sonst keine Betreuungsmöglichkeit besteht.⁷⁰⁰ Eine nach dem Gesetz zu **berücksichtigende Fremdbetreuung** liegt nämlich **nur vor, wenn die Betreuungsmöglichkeit tatsächlich existiert, zumutbar und verlässlich** ist.⁷⁰¹ Zudem muss sie mit dem Wohl des Kindes im Einklang stehen: Bei Einrichtungen wie Kindergärten, Kinderhorten oder Kindertagesstätten in öffentlicher Trägerschaft wird vermutet, dass ihre Nutzung mit dem Kindeswohl im Einklang steht.⁷⁰² Wenn die Einrichtung dagegen keine kindgerechte Betreuung anbieten kann, besteht auch keine Obliegenheit, das Kind fremdbetreuen zu lassen.⁷⁰³ Damit eine Möglichkeit der Kinderbetreuung besteht, muss die Einrichtung vom Wohn- bzw. Arbeitsort des betreuenden Elternteils erreichbar sein; ein **Wohnsitzwechsel**, um einen Ganztageskindergarten zu erreichen, ist grundsätzlich unzumutbar.⁷⁰⁴ Entsprechendes gilt für einen Wechsel des Kindes aus der bisherigen, vertrauten Einrichtung in eine Einrichtung, die längere Öffnungszeiten anbietet.⁷⁰⁵ Auch müssen die **Öffnungszeiten der Einrichtung** mit den Arbeitszeiten des betreuenden Elternteils korrespondieren unter Berücksichtigung der Fahrzeiten für das Holen und Bringen des Kindes.⁷⁰⁶ Dem betreuenden Elternteil eines Kindes im Kindergartenalter kann deshalb unter Berücksichtigung des kindlichen Betreuungsbedürfnisses in der Regel keine Vollzeitstätigkeit zugemutet werden.⁷⁰⁷ Schließlich muss die Fremdbetreuung dem betreuenden Elternteil auch **in wirtschaftlicher Hinsicht zumutbar** sein; wenn das nicht der Fall ist, muss die betreffende Betreuungsmöglichkeit außer Betracht bleiben.⁷⁰⁸

698 Vgl. Einzelbegründung zu § 1570 BGB im Regierungsentwurf des UÄndG 2008, BT-Drucks. 16/1830, 17 = *Menne/Grundmann*, Das neue Unterhaltsrecht, 48.

699 Vgl. BGH, Urt. v. 16.07.2008 – XII ZR 109/05, BGHZ 177, 272 = FamRZ 2008, 1739 (Rn. 101).

700 Vgl. AG Lemgo, Urt. v. 22.01.2010 – 7 F 124/08, FamFR 2010, 110: Wenn die örtlichen weiterführenden Schulen nach dem regulären Unterrichtsende gegen 13 Uhr keine Betreuung anbieten, ist dem Elternteil, der zwei etwa 14 bzw. 15 Jahre alte Kinder betreut, eine Erwerbstätigkeit von mehr als 25 Wochenstunden (bis 13 Uhr) nicht zumutbar.

701 Vgl. *Menne* FamRB 2008, 110, 114.

702 Vgl. BGH, Urt. v. 17.09.2009 – XII ZR 102/08, FamRZ 2009, 1391 (Rn. 22); BGH, Urt. v. 06.05.2009 – XII ZR 114/08, FamRZ 2009, 1124 (Rz. 30).

703 Vgl. BGH, Urt. v. 17.09.2009 – XII ZR 102/08, FamRZ 2009, 1391 (Rn. 22).

704 Vgl. die Empfehlungen des AK 2 des 18. Deutschen Familiengerichtstages 2009, Brühler Schriften zum Familienrecht (2010), 105; *Schilling* FPR 2008, 27, 28.

705 Vgl. OLG Frankfurt/M., Beschl. v. 19.11.2018 – 1 UF 11/18, FamRZ 2019, 1325 (Rz. 20, 41; zu § 1615I BGB) = FamRB 2019, 255 (*Menne*) sowie *von Kiedrowski* FamRB 2009, 213, 215.

706 Vgl. OLG Hamm, Beschl. v. 16.01.2014 – 3 UF 244/13, FamRZ 2014, 1468 (Rn. 15): Regelmäßig soll das »Zeitfenster« einer Ganztagsbetreuung durch Kindergarten oder Grundschule nicht ausreichen, um dem betreuenden Elternteil eine Vollzeitstätigkeit zu ermöglichen.

707 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.12.2013 – 1 UF 180/13, FamRZ 2014, 772 (Rn. 17): Dem alleinerziehenden Elternteil eines fünfjährigen Kindes kann keine weitergehende als die ausgeübte Erwerbstätigkeit im Umfang von 25 Wochenstunden zugemutet werden, wenn die Hortbetreuung lediglich bis 17:00 Uhr gewährleistet ist, der Elternteil bei vollschichtigen Tätigkeit aber erst zwischen 19:00 und 19:30 Uhr zu Hause sein kann.

708 Vgl. Einzelbegründung zu § 1570 BGB im Regierungsentwurf des UÄndG 2008, BT-Drucks. 16/1830, 17 = *Menne/Grundmann*, Das neue Unterhaltsrecht, 48 (»Die Kosten der Kinderbetreuung sind ... angemessen zu berücksichtigen.«) sowie KG, Urt. v. 14.03.2012 – 3 UF 96/07, FamRZ 2012, 1947 (Rn. 42): Unzumutbarkeit einer Betreuungseinrichtung/Übermittagsbetreuung, wenn der betreuende Elternteil die Kosten hierfür nicht aufbringen kann. S. auch Ehinger/Rasch/Schwonberg/Siede/*Ehinger*, Handbuch des Unterhaltsrechts, Kap. 6 Rn. 6.74a.

- 292 Soweit eine **Betreuungsmöglichkeit** vorhanden ist, ist diese grundsätzlich **zeitlich in vollem Umfang zu nutzen**.⁷⁰⁹ Der betreuende Elternteil ist gehalten, sich rechtzeitig, ggf. bereits vor dem Zeitpunkt, zu dem seine Erwerbsobliegenheit einsetzt, **um einen geeigneten Betreuungsplatz zu bemühen**.⁷¹⁰
- 293 Nur im Einzelfall kann entschieden werden, ob und ggf. in welchem Umfang eine **private Fremdbetreuung durch Großeltern oder Verwandte** bzw. durch **Nachbarn** und **Freunde** als »bestehende Möglichkeit der Kinderbetreuung« erachtet werden kann. Soweit über die Betreuungsperson nichts bekannt ist, diese ständig wechselt oder das Kind seinen Lebensmittelpunkt verliere, weil es beständig zwischen dem Haushalt des eigentlich betreuenden Elternteils und demjenigen der Betreuungsperson wechseln müsste (»Betreuungshopping«), braucht sich der betreuende Elternteil hierauf nicht verweisen zu lassen; eine Betreuungsmöglichkeit fehlt dann.⁷¹¹ Anders dagegen, wenn eine solche Form der Betreuung der bisherigen Handhabung entspricht und sich als verlässlich und kindeswohlverträglich erwiesen hat.⁷¹² In derartigen Fällen soll eine Einzelfallbetrachtung erfolgen, bei der die freiwilligen Betreuungsleistungen des Dritten, beispielsweise der Großeltern, durch einen an Billigkeitskriterien orientierten Abzug vom Einkommen des Unterhaltsberechtigten zu berücksichtigen sind.⁷¹³
- 294 Zu Recht sehr zurückhaltend zeigt sich die Rechtsprechung, wenn der andere, **unterhaltspflichtige Elternteil anbietet, die Betreuung zeitweilig zu übernehmen**, um dem eigentlich betreuenden Elternteil zu ermöglichen, erwerbstätig zu sein bzw. eine bestehende Erwerbstätigkeit auszuweiten: Hierbei ist zunächst zu beachten, dass dem Unterhaltsverfahren stets nur die bestehende Umgangsregelung zugrunde gelegt werden darf;⁷¹⁴ ein Angebot des anderen Elternteils, die praktizierte Umgangsregelung auszuweiten und das Kind in stärkerem Maße zu betreuen, ist unbeachtlich, weil innerhalb eines Unterhaltsverfahrens nicht der Umgang (neu) geregelt werden kann und weil die spezifischen Voraussetzungen eines Kindschaftsverfahrens zur Regelung des Umgangs nicht unterlaufen werden dürfen.⁷¹⁵ Das Angebot des anderen Elternteils, das Kind zeitweilig zu betreuen, wurde deshalb als unbeachtlich angesehen, wenn zwischen Elternteil und Kind noch nicht einmal ein begleiteter Umgang⁷¹⁶ oder nur ein zeitlich geringfügiger Umgang⁷¹⁷ praktiziert wird, der Aufenthalt des Kindes in Streit steht oder zwischen den Eltern Konflikte fortbestehen, die sie daran hindern, im Interesse des Kindes miteinander zu kommunizieren und zu kooperieren.⁷¹⁸ Entsprechendes gilt, wenn das Kind beständig zwischen dem Wohnort des obhutgewährenden Elternteils und demjenigen des anderen, zeitweilig betreuenden Elternteils wechseln müsste: Da das Kind dann möglicherweise seinen Lebensmittelpunkt einbüßen würde, stünde das Kindeswohl entgegen.⁷¹⁹ In den verbleibenden Fällen kann dagegen das ernsthafte und verlässliche Angebot des anderen Elternteils, die Betreuung teilweise zu übernehmen, grundsätz-

709 Vgl. *Viefhues* ZAP 2018, 129, 132.

710 Vgl. OLG Köln, Urt. v. 27.05.2008 – 4 UF 159/07, FamRZ 2008, 2119 (Rz. 39).

711 Vgl. OLG Hamm, Urt. v. 26.08.2009 – 5 UF 25/09, FamRZ 2009, 2093 (Rz. 46); KG, Urt. v. 24.04.2008 – 18 UF 160/07, FamRZ 2008, 1942 (Rz. 18); AG Tempelhof-Kreuzberg, Urt. v. 27.05.2008 – 161 F 14405/06, FamRZ 2008, 1862 sowie Wendl/Dosel/Bömelburg, § 4 Rn. 179; *Spangenberg* FamRZ 2015, 7 ff.

712 Vgl. BGH, Beschl. v. 01.10.2014 – XII ZB 185/13, FamRZ 2014, 1987 (Rz. 4); AG Halle, Beschl. v. 20.03.2008 – 5a F 116/06, ZKJ 2008, 337 sowie *Kleffmann*, FS Brudermüller, 379, 384.

713 Vgl. BGH, Urt. v. 18.04.2012 – XII ZR 65/10, BGHZ 193, 78 = FamRZ 2012, 1040 (Rn. 22) sowie *Spangenberg* FamRZ 2015, 7, 9.

714 Vgl. BGH, Urt. v. 15.09.2009 – XII ZR 20/09, FamRZ 2010, 1880 (Rz. 28).

715 Vgl. OLG Hamm, Beschl. v. 16.01.2014 – 3 UF 244/13, FamRZ 2014, 1468 (Rn. 16) sowie die entsprechende Regelung in Ziff. 17.1 der unterhaltsrechtlichen Leitlinien des OLG Frankfurt/M. (Stand 01.01.2020).

716 Vgl. OLG Celle, Urt. v. 12.08.2008 – 10 UF 77/08, FamRZ 2009, 975 (Rz. 12).

717 Vgl. OLG Düsseldorf, Urt. v. 07.10.2009 – 8 UF 32/09, FamRZ 2010, 301 (Rz. 14).

718 Vgl. OLG Hamm, Urt. v. 14.09.2011 – 5 UF 45/11, NJW-RR 2012, 67 (Rn. 49 f.); KG, Urt. v. 08.01.2009 – 16 UF 149/08, ZKJ 2009, 168 (Rn. 17).

719 Vgl. OLG Hamm, Urt. v. 26.08.2009 – 5 UF 25/09, FamRZ 2009, 2093 (Rn. 46).

lich beachtlich sein.⁷²⁰ In Betracht kommen kann das insbesondere zum Auffangen von »**Betreuungsengpässen**«, während der Schließzeiten der Betreuungseinrichtung oder in Ferienzeiten. Voraussetzung ist freilich, dass die Eltern im Wesentlichen umfassend kooperieren können, die Regelung bereits praxiserprobt ist und mit den Arbeitszeiten des Unterhaltspflichtigen harmoniert.⁷²¹

ccc) Behinderung des Kindes

Eine Behinderung des Kindes, die dessen umfassende Betreuung erforderlich macht, wird regelmäßig als Grund für eine Anspruchsverlängerung angesehen; dies auch dann, wenn das Kind volljährig ist. Die **Behinderung des Kindes** führt allerdings **nicht automatisch** zu einer **Anspruchsverlängerung**; vielmehr ist darzulegen, wie sich die Behinderung des Kindes auf dessen Betreuungsbedürftigkeit im Einzelnen auswirkt. Auch sind die Möglichkeiten einer vollständigen oder teilweisen Betreuung des Kindes in einer geeigneten sozialen Einrichtung zu prüfen.⁷²² In den Zeiten, in denen das Kind in einer Einrichtung untergebracht ist, kann vom betreuenden Elternteil möglicherweise eine (Teil-)Erwerbstätigkeit erwartet werden.

► Beispiele aus der Rechtsprechung sind:⁷²³

- Schwerbehindertes, der ständigen Pflege bedürftiges volljähriges Kind: keine Erwerbsobliegenheit;⁷²⁴ 296
- vom betreuenden Elternteil, der an den Wochenenden regelmäßig rund um die Uhr ein schwerstbehindertes volljähriges Kind betreut, kann auch dann, wenn das Kind unter der Woche in einem Internat untergebracht ist, nicht mehr als die bereits ausgeübte halbschichtige Erwerbstätigkeit erwartet werden, weil ihm in Anbetracht des nächtlichen Betreuungsaufwand an den Wochenenden keine Zeit zum Regenerieren und Kräftesammeln verbleibt;⁷²⁵
- zu 100 % schwerbehindertes, an Trisomie 21 (»Down-Syndrom«) leidendes, etwa dreijähriges Kind: Trotz der wochentäglichen Betreuung des Kindes zwischen 9 und 15 Uhr in einem Spezialkindergarten ist eine Erwerbstätigkeit des betreuenden Elternteils von mehr als 25 Stunden/Woche ausgeschlossen aufgrund der hohen Krankheitsanfälligkeit des Kindes und dessen damit einhergehendem »latenten« Betreuungsbedarf, der sich jederzeit realisieren kann.⁷²⁶

ddd) Erkrankungen und Entwicklungsstörungen des Kindes

Längere bzw. schwere Erkrankungen oder Entwicklungsstörungen des Kindes, die über die »üblichen« Erkrankungen eines Kindes deutlich hinausgehen,⁷²⁷ können ebenfalls eine Unterhaltsverlängerung rechtfertigen. 297

720 Vgl. BGH, Urt. v. 18.04.2012 – XII ZR 65/10, BGHZ 193, 78 = FamRZ 2012, 1040 (Rn. 19); BGH, Urt. v. 15.09.2009 – XII ZR 20/09, FamRZ 2010, 1880 (Rn. 28); OLG Saarbrücken, 10.12.2009 – 6 UF 110/08, FamRZ 2010, 1251 sowie Götz, FS Brudermüller, 223, 227 f. und die Empfehlungen des AK 2 des 18. Deutschen Familiengerichtstages 2009, Brühler Schriften zum Familienrecht (2010), 105, 106.

721 Vgl. MüKo-BGB/Maurer, § 1570 BGB Rn. 62.

722 Vgl. Graba NZFam 2019, 1029, 1030; Ritz, NJW-Spezial 2019, 324, 324; Peschel-Gutzeit FPR 2008, 24, 25.

723 Unbedingt zu beachten ist hier und bei allen folgenden Beispielen aus der Rechtsprechung, dass § 1570 BGB in jedem Fall eine Einzelfallprüfung verlangt, sodass die einer Entscheidung zugrunde liegende Konstellation und das daraufhin gefundene Ergebnis nicht unbeschoren auf andere, möglicherweise anders gelagerte Fälle übertragen werden darf. Die Beispiele dienen daher lediglich einer ersten »Groborientierung«.

724 Vgl. BGH, Urt. v. 17.03.2010 – XII ZR 204/08, FamRZ 2010, 802 (Rz. 13).

725 Vgl. OLG Zweibrücken, Urt. v. 14.10.2005 – 2 UF 57/05, NJW-RR 2005, 513 (Rz. 50).

726 Vgl. BGH, Beschl. v. 10.06.2015 – XII ZB 251/14, BGHZ 205, 342 = FamRZ 2015, 1369 (Rz. 12, 21; zu § 1615f BGB).

727 Vgl. MüKo-BGB/Maurer, § 1570 BGB Rn. 52.

- 298 Dazu zählt auch die Konstellation, dass das **Kind unter der Trennung der Eltern** und deren Folgen in ganz **besonderem Maße leidet** bzw. es dadurch zu Auffälligkeiten kommt.⁷²⁸ So können beispielsweise bei zwei 7 und 9 Jahre alten Zwillingen jahrelange Umgangs- und Sorgerechtsstreitigkeiten zwischen den Eltern einschließlich einer Aussetzung des Umgangs, unter denen die Kinder besonders gelitten haben, einen Verzicht auf die Möglichkeit einer wochentäglichen Hortbetreuung in der Grundschule bis 16 Uhr rechtfertigen und dazu führen, dass dem betreuenden Elternteil lediglich eine Erwerbstätigkeit im Umfang einer 2/3-Stelle zumutbar ist.⁷²⁹
- 299 Entscheidend ist in jedem Fall, dass das Kind aufgrund der vorliegenden Beeinträchtigung auf eine weitere persönliche Betreuung durch einen Elternteil angewiesen und eine Fremdbetreuung deshalb nicht möglich ist. Dabei ist allerdings sehr genau zu prüfen, in welchem Ausmaß neben der Betreuung eine Teilzeittätigkeit zumutbar ist.⁷³⁰ Weiter ist darauf zu achten, dass Erkrankungen des Kindes vom betreuenden Elternteil nicht dadurch »instrumentalisiert« werden, dass es als gesundheitlich besonders labiles, anfälliges und in erhöhtem Maße betreuungsbedürftiges »Problemkind« dargestellt wird (»Mimosen-Einrede«),⁷³¹ um sich auf diese Weise der zeitlichen Erstreckung des Betreuungsunterhalts zu vergewissern.

► Weitere Beispiele aus der Rechtsprechung:

- 300
- An einer Lebensmittelunverträglichkeit, Autismus und Neurodermitis leidender, etwa 16 Jahre alter Jugendlicher mit Migräne und deutlich erhöhtem Förderbedarf: Erwerbstätigkeit höchstens im Umfang einer 2/3-Stelle;⁷³²
 - erhebliche Defizite eines etwa fünfjährigen Kindes wie u.a. bei der Reizwahrnehmung und -verarbeitung, Schwierigkeiten bei der motorischen Anpassung, überschießendes waghalsiges Bewegungsverhalten, motorische Sitzunruhe, Probleme in der Körperkoordination sowie leichte Schwächen in der Hand-Hand-Koordination: Obliegenheit zu einer lediglich halbschichtigen Erwerbstätigkeit ab dem vierten Lebensjahr des Kindes;⁷³³
 - an einer angeborenen Immunschwäche leidendes, etwa 5 bis 6 Jahre altes Kind mit häufigen Atemwegsinfekten, das aufgrund der erhöhten Ansteckungsgefahr nicht regelmäßig den Kindergarten besuchen kann: nicht mehr als halbschichtige Erwerbstätigkeit zumutbar;⁷³⁴
 - Zumutbarkeit einer Halbtagsstätigkeit neben der Betreuung eines zwischen 13 und 15 Jahren alten, an einer ADS-Erkrankung leidendem Kind, dass eine besondere Aggressivität zeigt, schwere Schulprobleme hat und zum »Zündeln« neigt.⁷³⁵ Ebenfalls lediglich Halbtagsstätigkeit neben der Betreuung eines 11-jährigen, an ADS leidenden Kind.⁷³⁶ Zu beachten ist allerdings, dass die ADS-Erkrankung eines 15-jährigen Kindes, selbst wenn diese einen erhöhten Betreuungsbedarf begründet, noch nicht zwingend zu einer Verlängerung des Betreuungsunterhalts führen muss, wenn nicht festgestellt ist, dass der Betreuungsbedarf nicht auch anderweitig sichergestellt werden kann.⁷³⁷

728 Vgl. Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages, BT-Drucks. 16/6980, 9 = *Menne/Grundmann*, Das neue Unterhaltsrecht, 50 sowie *Vießhues* FF 2011, 153, 156.

729 Vgl. OLG Hamm, Beschl. v. 31.08.2012 – 3 UF 265/11, FamRZ 2013, 706 (LS; Rz. 27, 29).

730 Vgl. OLG Brandenburg, Urt. v. 12.06.2008 – 9 UF 186/07, FamRZ 2008, 1947.

731 Vgl. *Born* NJW 2008, 1, 8; *Menne* FamRB 2008, 110, 114; *Hauß* FamRB 2007, 367, 368.

732 Vgl. OLG Hamm, Beschl. v. 02.06.2016 – 6 WF 19/16, NJW-RR 2017, 2.

733 Vgl. OLG Düsseldorf, Urt. v. 28.06.2002 – 3 UF 2/02, FamRZ 2003, 184 (zu § 1615f BGB).

734 Vgl. OLG Düsseldorf, Urt. v. 07.10.2009 – 8 UF 32/09, FamRZ 2010, 301 (Rz. 14).

735 Vgl. OLG Braunschweig, Urt. v. 02.12.2008 – 2 UF 29/08, FamRZ 2009, 977 (Rz. 69 f.).

736 OLG Brandenburg, Urt. v. 12.06.2008 – 9 UF 186/07, FamRZ 2008, 1947 (Rz. 30).

737 Vgl. BGH, Urt. v. 06.05.2009 – XII ZR 114/08, FamRZ 2009, 1124 (Rz. 35). Im konkreten Fall erwiesen sich der Schulbesuch des Jungen und dessen sportliche Aktivitäten als unauffällig.

eee) Erziehungs- und Schulschwierigkeiten des Kindes

Reifeverzögerungen, Schwierigkeiten des Kindes bei der Eingewöhnung in Kindergarten oder Schule oder andere Erziehungsschwierigkeiten sind ebenfalls anerkannte Gründe für eine Anspruchsverlängerung. Um beachtlich zu sein, müssen derartige Schwierigkeiten jedoch **das »übliche« Maß deutlich übersteigen**, was besondere Anforderungen an den notwendigen Sachvortrag stellt. Pauschale Behauptungen, das Kind sei ein schlechter Schüler o. dgl. genügen nicht, sondern es bedarf eines differenzierten Vortrages. Die Einholung von kinder- und jugendpsychologischen Sachverständigengutachten sollte vermieden werden.⁷³⁸

► **Einzelfälle aus der Rechtsprechung sind:**

- Betreuung von zwei etwa 12 bzw. 15 Jahre alten Kindern, die nicht an allen Wochentagen im Schulhort ganztagsbetreut werden können, Schulschwierigkeiten haben und bei denen ein Kind an einer Lese- und Rechtschreibschwäche leidet, die tägliches Üben erfordert: Erwerbsobliegenheit im Umfang von etwa 30 Stunden/Woche⁷³⁹ oder Betreuung eines etwa 11-jährigen Kindes mit sozialen Störungen, das zusätzlich an einer Lese- und Rechtschreibschwäche leidet: nicht mehr als 23 Stunden wöchentliche Arbeitszeit zumutbar;⁷⁴⁰
- Notwendigkeit der Hausaufgabenbetreuung bei einem 12-jährigen Kind am Nachmittag: keine über 30 Stunden hinausgehende Erwerbsobliegenheit;⁷⁴¹
- Entfallen der Kinderbetreuung am Nachmittag aufgrund des Übergangs von der Grundschule auf eine weiterführende Schule, verbunden mit Störungen im Sozialverhalten des Kindes mit depressiver Symptomatik: Bis zur 6. Klasse ist dem betreuenden Elternteil nur eine Teilzeittätigkeit zumutbar, ab der 7. Klasse kann eine Vollzeittätigkeit erwartet werden.⁷⁴²
- Unzumutbarkeit einer vollschichtigen Erwerbstätigkeit des betreuenden Elternteils, wenn der 17-jährige Sohn den Hauptschulabschluss bereits einmal nicht erlangt hat, diesen nunmehr nachholen soll und verhindert werden soll, dass er straffällig wird.⁷⁴³

fff) Besondere Begabungen des Kindes; kindliche Freizeitaktivitäten etc.

Besondere musische und sportliche Interessen des Kindes sowie andere außerschulische Aktivitäten, die einen intensiveren Einsatz des betreuenden Elternteils, etwa in Bezug auf Fahrdienste oder eine sonstige Betreuung, erforderlich machen, sind geeignet, einen verlängerten Betreuungsunterhaltsanspruch zu rechtfertigen. Entsprechendes gilt für besondere Erwartungen der Schule an Klassenpflegschaften oder Elternbeiträge bzw. allgemein bei einer erhöhten elterlichen Mitarbeit.⁷⁴⁴ Auch insoweit muss das Maß der Förderung jedoch stets über die »üblichen Grenzen« hinausgehen und darf auch nicht außer Verhältnis zu der dadurch verhinderten Erwerbstätigkeit stehen.⁷⁴⁵ Vielmehr weist der Bundesgerichtshof zu Recht darauf hin, dass **Abläufe ggf. neu zu organisieren** oder zu überdenken sind.⁷⁴⁶

738 Vgl. Büte/Poppen/Mennel/Menne, Unterhaltsrecht, § 1570 Rn. 26; *Viefbues* FF 2011, 153, 157.

739 Vgl. OLG Celle, Urt. v. 12.05.2009 – 10 UF 264/08, FamRZ 2010, 300 (Rz. 21 f.).

740 Vgl. OLG Frankfurt/M., Urt. v. 17.02.2010 – 5 UF 45/09, FamRZ 2010, 1449 (Rz. 5, 17).

741 Vgl. BGH, Urt. v. 18.04.2012 – XII ZR 65/10, BGHZ 193, 78 = FamRZ 2012, 1040 (Rz. 29). Die Hausaufgabenbetreuung stellte jedoch nur einen weiteren Gesichtspunkt neben der Notwendigkeit umfangreicher Fahrdienste des betreuenden Elternteils an den Nachmittagen dar, um den insgesamt drei Kindern aufgrund des unzureichenden öffentlichen Nahverkehrs Sport- und Freizeitaktivitäten zu ermöglichen.

742 Vgl. OLG München, Urt. v. 11.08.2011 – 26 UF 277/11, FamRZ 2012, 558 (Rz. 43 ff.; zu § 16151 BGB).

743 Vgl. OLG Hamm, Urt. v. 25.11.2001 – 3 UF 59/08, FamRZ 2009, 976 (der genaue Umfang einer eventuellen Erwerbstätigkeit ist nicht ersichtlich).

744 Vgl. MüKo-BGB/Maurer, § 1570 BGB Rn. 51; NK-BGB/Schilling, § 1570 BGB Rn. 20.

745 Vgl. BGH, Beschl. v. 01.10.2014 – XII ZB 185/13, FamRZ 2014, 1987 (Rn. 20).

746 Vgl. BGH, Urt. v. 18.04.2012 – XII ZR 65/10, BGHZ 193, 78 = FamRZ 2012, 1040 (Rn. 21).

► Von der Rechtsprechung im Einzelfall anerkannte Gesichtspunkte können sein:

- 304
- Umfangreiche Fahrdienste, um zwei fast volljährigen Kindern und einem 12-jährigem Kind Sport- und Freizeitaktivitäten an den Nachmittagen im ländlichen Raum bei einem unzureichenden öffentlichen Nahverkehr zu ermöglichen: keine über 30 Wochenstunden hinausgehende Erwerbsobliegenheit;⁷⁴⁷
 - neben der schulischen Unterstützung von zwei 9 und 11 Jahre alten Kindern und der Übernahme weiterer Aufgaben im Rahmen des Engagements beider Kinder in sportlicher und musischer Hinsicht sowie mit Rücksicht auf deren Freundeskreis: nicht mehr als eine 2/3 Erwerbstätigkeit im Schichtdienst zumutbar;⁷⁴⁸
 - Notwendigkeit, drei 10, 13 und 15 Jahre alte Kinder während der Mittagspause der Schule von 11:50 Uhr bis 13:30 Uhr zu betreuen, da keine Betreuungsalternative vorhanden ist: lediglich geringfügige Erwerbstätigkeit (400 €-Job) zumutbar.⁷⁴⁹

cc) Verlängerung aus eltern- bzw. ehebezogenen Gründen (§ 1570 Abs. 2 BGB)

aaa) Allgemeines

- 305 Die Schaffung von § 1570 Abs. 2 BGB geht auf eine Erwägung des Bundesverfassungsgerichts zurück, die der Gesetzgeber des Unterhaltsrechtsänderungsgesetzes 2008⁷⁵⁰ aufgegriffen hat: Aufgrund des Schutzes, den Art. 6 Abs. 1 GG der ehelichen Verbindung gewährt, ist es von Verfassungs wegen nicht ausgeschlossen, einen kinderbetreuenden, geschiedenen Elternteil besserzustellen als einen kinderbetreuenden, nicht verheirateten Elternteil. Dem Gesetzgeber ist es deshalb unbenommen, mit dem nachhehlichen Ehegattenunterhalt dem geschiedenen Ehegatten Ansprüche einzuräumen, über die der nicht verheiratete Elternteil nicht verfügt, was mittelbar auch dem betreuten Kind zugutekommt. Die aufgezeigte Möglichkeit, zu berücksichtigen, dass **aus der Aufgabenaufteilung**, die die Ehegatten während der Ehe miteinander vereinbart und praktiziert haben, für einen Ehegatten **Schwierigkeiten erwachsen** können, sich nach der Scheidung **wieder in das Erwerbsleben einzufinden**, und das zum Grund zu nehmen, dem hiervon betroffenen Ehegatten für einen bestimmten Zeitraum einen Unterhaltsanspruch zuzuerkennen,⁷⁵¹ hat der Gesetzgeber mit § 1570 Abs. 2 BGB aufgegriffen: § 1570 Abs. 2 BGB eröffnet die Möglichkeit, den geschiedenen Ehegatten, der während der bestehenden Ehe die Kinderbetreuung übernommen hat, von der ihn gemäß § 1569 BGB grundsätzlich treffenden Erwerbsobliegenheit⁷⁵² zeitweilig zu entlasten, um ihm den Wiedereinstieg in das Erwerbsleben zu erleichtern.
- 306 § 1570 Abs. 2 BGB **spiegelt die gelebte Paar- bzw. Elternbeziehung wider**,⁷⁵³ weil die tatsächliche Ausgestaltung von Kinderbetreuung, Haushaltsführung und Erwerbstätigkeit seitens der Ehegatten und die Dauer der Ehe die entscheidenden Gesichtspunkte bilden, die im Einzelfall zu einer

747 Vgl. BGH, Urt. v. 18.04.2012 – XII ZR 65/10, BGHZ 193, 78 = FamRZ 2012, 1040 (Rz. 28). Daneben wurde berücksichtigt, dass der betreuende Elternteil das 12-jährige Kind bei den Hausaufgaben betreute.

748 Vgl. OLG Köln, Beschl. v. 28.08.2008 – 4 UF 101/08, FamRZ 2009, 518.

749 Vgl. KG, Urt. v. 14.03.2012 – 3 UF 96/07, FamRZ 2012, 1947 (Rn. 8, 40 f.). Weiter wurde die Mitarbeit im Elternbeirat und die Notwendigkeit von Fahrdiensten berücksichtigt, damit die Kinder Sport- und Freizeitaktivitäten wahrnehmen können.

750 Vgl. oben Rdn. 249.

751 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 28.02.2007 – 1 BvL 9/04, BVerfGE 118, 45 = FamRZ 2007, 965 (Rn. 56).

752 Vgl. oben Rdn. 226.

753 Die funktionale Entsprechung zu § 1570 Abs. 2 BGB findet sich beim Unterhaltsanspruch des betreuenden, nicht verheirateten Elternteils in § 1651 Abs. 2 Satz 5 BGB und der dortigen Formulierung, dass »insbesondere« (aber nicht nur) die Belange des Kindes eine Anspruchsverlängerung rechtfertigen können: Vgl. BGH, Urt. v. 16.07.2008 – XII ZR 109/05, BGHZ 177, 272 = FamRZ 2008, 1739 (Rn. 100) sowie ausführlich unten Kap. 2, Rdn. 1335 f.

f) Angemessenheitsprüfung

Das im Rahmen der Mangelverteilung gewonnene Ergebnis ist daraufhin zu überprüfen, ob im konkreten Einzelfall die Aufteilung des verfügbaren Einkommens auf die gleichrangig Unterhaltsberechtigten – auch im Hinblick auf ggf. anzurechnende eigene Einkünfte – insgesamt **billig und angemessen** ist.³⁸⁴³ Die noch auf die Verteilung des Einkommens zwischen Kindern und Ehegatten bezogene BGH-Rechtsprechung kann nicht auf das Verhältnis zu den nunmehr nachrangig berechtigten Ehegatten übertragen werden. Der Umstand, dass nach der neuen Rangfolge nachrangig Berechtigte schlechter stehen als nach der alten Rechtslage kann nicht im Rahmen einer Angemessenheitskontrolle korrigiert werden. Dies widerspricht der mit der Rangordnung getroffenen gesetzlichen Billigkeitsregel, an die die Gerichte gebunden sind.³⁸⁴⁴

Beim Ehegattenunterhalt soll dem Verpflichteten, der das Einkommen erwirtschaftet – auch unter Berücksichtigung des zu verrechnenden Kindergeldes – nicht weniger zustehen, als letztlich dem Berechtigten nach der Mangelberechnung zufließt.³⁸⁴⁵

IX. Verwirkung des Ehegattenunterhalts

Literatur:

Dose, Ehe und nacheheliche Solidarität, FamRZ 2011, 1341 f.; *Eden*, Schadenersatz bei verhindertem Umgang, NJW-Spezial 2016, 388; *Frank*, Verwirkung im Familienrecht, Brühler Schriften Bd. 22, S. 45; *Heiderhoff*, Schuldrechtliche Ersatzansprüche zwischen Eltern bei Verletzungen des Umgangsrechts?, FamRZ 2004, 324; *Henjes*, Die Verjährung und Verwirkung von Unterhaltsansprüchen, FuR 2009, 432 f.; *Hütter*, Zweierlei Maß? – Zur Erwerbsobliegenheit der kinderbetreuenden Mutter, FamRZ 2011, 1772 f.; *Kofler*, Die Verwirkung von Unterhaltsansprüchen, NJW 2011, 2470; *Menne*, Das Beste aus zwei Welten?, NZFam 2019, 797; *Zimmermann*, Der Ausschluss des Unterhaltsanspruchs, FuR 2009, 119.

1. Anwendungsbereich

Die Vorschriften über die sogenannte Verwirkung von Unterhaltsansprüchen haben in der Praxis erhebliche Bedeutung. Der Begriff »Verwirkung« wird in der Praxis des Unterhaltsrechts mehrdeutig und für zwei völlig verschiedene Fallgruppen verwendet: Zum einen bezeichnet er den Anspruchsverlust wegen illoyal verspäteter Geltendmachung und betrifft damit Sachverhalte, in denen der Gläubiger nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) seinen rechtlichen Schutz verliert, weil er sich widersprüchlich verhält. Als »Verwirkung« wird im juristischen Sprachgebrauch aber auch die Herabsetzung oder Versagung eines Unterhaltsanspruchs wegen (grober) Unbilligkeit gem. §§ 1579 (ggfs. i.V.m. § 1361 Abs. 3), 1611 BGB bezeichnet. Diese Praxis ist unter anderem deshalb problematisch, weil die zivilrechtliche Verwirkung stets den völligen Verlust des Anspruchs bewirkt, während die Rechtsfolgen der unterhaltsrechtlichen Vorschriften über die Beschränkung oder Versagung des Unterhalts wegen grober Unbilligkeit nach den klaren Vorgaben des Gesetzes deutlich flexibler gehandhabt werden sollen.³⁸⁴⁶ Dennoch soll – dem allgemeinen juristischen Sprachgebrauch folgend – insoweit auch hier von Verwirkung gesprochen werden.

Speziell § 1579 BGB zeichnet sowohl für den Trennungunterhalt als auch für den nachehelichen Unterhalt die verfassungsrechtlichen Grenzen einer verschuldensunabhängigen Unterhaltsbemessung nach.³⁸⁴⁷ § 1579 BGB hat eine **Ventilfunktion** für das vom Scheidungsverschulden unabhängige

3843 Vgl. dazu BGH, Urt. v. 22.01.2003 – XII ZR 2/00, FamRZ 2003, 363.

3844 Ebenso *Peschel-Gutzeit* Unterhaltsrecht aktuell Rn. 321, 337.

3845 Vgl. OLG Stuttgart, Urt. v. 17.04.2003 – 16 UF 242/02, FamRZ 2004, 112, 114; vgl. hierzu auch BGH, Urt. v. 30.07.2008 – XII ZR 177/06, FamRZ 2008, 1911 m. Anm. *Maurer*.

3846 Ausführlich dazu *Frank*, Verwirkung im Familienrecht, S. 50 ff.

3847 Vgl. BVerfG, Urt. v. 14.07.1981 – 1 BvL 28/77, FamRZ 1981, 745, 748; Erman/*Maier*, § 1579 BGB Rn. 1.

Unterhaltsrecht des BGB.³⁸⁴⁸ Die Norm soll als zur Wahrung des Gerechtigkeitsempfindens notwendiges Korrektiv in Fällen dienen, in denen ein Ehegatte im Unterhaltsrecht eine Solidarität einfordert, die er selbst vermissen lässt (Gegenseitigkeitsprinzip).³⁸⁴⁹ Die Praxis stellt dabei allerdings zum Teil Gesichtspunkte der subjektiven Vorwerfbarkeit in einer Weise in den Vordergrund, die an das frühere Verschuldensprinzip erinnert.³⁸⁵⁰

- 1601 Im Rahmen der Unterhaltsrechtsreform 2007 sind die Verwirkungstatbestände im Wesentlichen unverändert geblieben. Der Gesetzgeber hat aber die vormalige Rechtsprechung, die eine Verwirkung bei Vorliegen einer verfestigten Lebensgemeinschaft als Unterfall des § 1579 Nr. 7 a.F. BGB angesehen hat, nunmehr in einen neuen, selbstständigen Unterhaltstatbestand gekleidet, nämlich § 1579 Nr. 2 BGB. Dadurch rücken die bisherigen Verwirkungstatbestände des § 1579 Nr. 2 bis 7 BGB um eine Nummer auf.³⁸⁵¹
- 1602 Folgende **Verwirkungsvorschriften** kommen in Betracht:
- 1603 – Für nahehehliche Unterhaltsansprüche ab 01.04.1986 §§ 1579 ff. BGB, ebenso sowie beim Trennungunterhalt über § 1361 Abs. 3 BGB;
- Für Ehegattenunterhaltsansprüche aus der Zeit v. 01.07.1977 bis 30.06.1986 kann § 1579 BGB **alter Fassung** maßgeblich sein (soweit kein Härtefall im Sinne der Entscheidung des BVerfG vorliegt).³⁸⁵²
- 1604 Für die **Anpassung von Alttiteln** ist auf Art. 5 UÄndG zu verweisen.
- 1605 – Für sog. Althehen, die vor dem 01.07.1977 geschieden worden sind, gelten ausschließlich die §§ 65, 66 und 67 EheG.
- Für den Verwandtenunterhalt ist § 1611 BGB maßgeblich.³⁸⁵³ Das gilt auch für Ansprüche nach § 1615I BGB, auf die § 1579 BGB nicht entsprechend anwendbar ist.³⁸⁵⁴ Soweit sich daraus eine teilweise Besserstellung der nichtehelichen Mutter gegenüber der geschiedenen Mutter ergibt, wird das rechtspolitisch zum Teil als problematisch angesehen. In vielen Fallgruppen ist eine entsprechende Auslegung von § 1611 BGB möglich.³⁸⁵⁵ Soweit das nicht der Fall ist, kann eine Ungleichbehandlung, soweit man sie vermeiden möchte, wohl nur durch den Gesetzgeber korrigiert werden.³⁸⁵⁶
- Für alle Unterhaltsansprüche gilt § 242 BGB, wenn es nicht um die Verwirkung des Unterhaltsstammrechts geht, sondern lediglich um rückständigen Unterhalt.³⁸⁵⁷ Allerdings reicht der bloße Zeitablauf zwischen der Titulierung eines Unterhaltsanspruchs und dem Beginn der Vollstreckung nicht aus, um einen Vertrauenstatbestand zugunsten des Schuldners zu begründen. Aus § 197 BGB ergibt sich für ihn der Zeitraum, während dessen er mit einer Vollstreckung rechnen muss, wenn der Gläubiger nicht auf andere Weise das Vertrauen schafft, dass er nicht mehr vollstrecken wird.³⁸⁵⁸ Aus der vorübergehend unterbliebenen Vollstreckung allein darf der Schuldner dann nicht den Schluss ziehen, der Gläubiger werde auch künftig keine Rechte mehr aus dem

3848 Vgl. *Oelkers* FamRZ 1996, 257, 267 ff.; *Peschel-Gutzeit* FamRZ 1996, 1446 ff.; MüKo-BGB/*Maurer* § 1579 BGB Rn. 2: Sie ist eine Rechtsmissbrauchsklausel mit Konkretisierungen in Nr. 1 bis Nr. 7 und einer Auffangklausel in Nr. 8.

3849 Palandt/*Brudermüller* § 1579 BGB Rn. 1.

3850 Vgl. *Frank*, Verwirkung im Familienrecht, S. 52 ff.

3851 S. zur Entwicklung der Vorschrift Götz/Schnitzler/*Schnitzler* FS 40 Jahre Familienrechtsreform S. 55 ff.

3852 BGH, Urt. v. 09.12.1987 – IVb ZR 97/86, FamRZ 1988, 259, 260.

3853 Vgl. BGH, FamRZ 2010, 1888, 1890 für den Verwandtenunterhalt; BGH, Urt. v. 19.05.2004 – XII ZR 304/02, NJW 2004, 3109 zur Verwirkung des Elternunterhalts.

3854 OLG Frankfurt am Main, Beschl. v. 02.05.2019 – 2 UF 273/17, NZFam 2019, 627 = FamRZ 2019, 1611 (Ls.); *Menne* NZFam 2019, 797, 800; für eine Teilanalogie zu § 1579 Nr. 2 BGB dagegen Koch/*Wellenhofer* § 3 Rn 48.

3855 Ausführlich *Menne* NZFam 2019, 797, 802 f.

3856 Ebenso Erman/*Hammermann* § 1615I BGB Rn. 48.

3857 BGH, Urt. v. 16.06.1982 – IVb ZR 709/80; NJW 1982, 1999; *Niepmann/Seiler* Unterhalt Rn. 1097.

3858 OLG Köln, Beschl. v. 08.11.2016 – 26 UF 107/16, FamRZ 2017, 1833.

Titel herleiten, denn der Gläubiger hat durch die Titulierung schon zu erkennen gegeben, dass er den Anspruch über 30 Jahre betreiben können möchte.³⁸⁵⁹ Insbesondere kann sich der Schuldner nicht auf unterlassene Vollstreckungsversuche berufen, wenn diese ohnehin aussichtslos gewesen wären. Allerdings kann es für die Verwirkung des Anspruchs für einen bestimmten zurückliegenden Zeitraum ausreichen, wenn der Unterhaltsberechtigte den Unterhalt für diesen Zeitraum über längere Zeit nicht geltend macht, Rückstände aus anderen Zeiträumen dagegen durchgehend thematisiert.³⁸⁶⁰ Auch die bloße unterlassene Geltendmachung – oder unterbliebene Fortsetzung einer begonnenen Geltendmachung – des Unterhaltsanspruchs kann das Umstandsmoment der Verwirkung nicht begründen.³⁸⁶¹ Zu beachten ist aber, dass ein nicht geltend gemachter Anspruch auf rückständigen Unterhalt grundsätzlich schon vor Eintritt der Verjährung und auch während der Hemmung nach § 207 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB verwirkt sein kann.³⁸⁶²

- § 1579 BGB ist auch im Fall einer **Aufhebung der Ehe** nach § 1318 Abs. 2 BGB anwendbar.³⁸⁶³ Voreheliches Fehlverhalten kann dann allerdings nur im Rahmen des Eheaufhebungsverfahrens geltend gemacht werden.³⁸⁶⁴

Die **Verwirkungsvorschriften** der §§ 1579 ff. BGB sind grundsätzlich neben § 1578b BGB anwendbar.³⁸⁶⁵ Wenn § 1579 BGB erfüllt ist, der eine grobe Unbilligkeit verlangt, kann erst recht § 1578b BGB gegeben sein, der eine einfache Unbilligkeit ausreicht. Das führt im Anwendungsbereich des § 1579 Nr. 1 BGB zu dem Wertungswiderspruch, dass bei einer sehr kurzen Ehe grobe Unbilligkeit erforderlich ist, um den Anspruch zu Fall zu bringen, während bei einer etwas längeren Ehe einfache Unbilligkeit zur Befristung berechtigen kann. Dieser Widerspruch ist nach Ansicht von *Koch* dadurch aufzulösen, dass der ein höheres Maß an Unbilligkeit fordernde § 1579 BGB zur Anwendung kommen kann, wenn sich der völlige Wegfall des Unterhaltsanspruchs nach § 1578b BGB nicht erreichen lässt, z.B. wegen fortdauernder ehebedingter Nachteile.³⁸⁶⁶ *Maier* schlägt vor, § 1578b BGB vor § 1579 BGB zu prüfen, um Wertungswidersprüche zu vermeiden.³⁸⁶⁷ Als überzeugend erscheint es an sich, bei der Anwendung von § 1579 Nr. 1 BGB die »grobe Unbilligkeit« unter besonderer Berücksichtigung ehebedingter Nachteile schwächer auszulegen als bei den übrigen Varianten des § 1579 BGB.³⁸⁶⁸ Allerdings hat die Fallgruppe dann bei kurzen Ehen neben § 1578b BGB praktisch keinen eigenständigen Anwendungsbereich, weil § 1578b BGB regelmäßig schon zum Ausschluss des Anspruchs führen wird.³⁸⁶⁹

3859 OLG Frankfurt, Beschl. v. 04.03.2019 – 4 WF 170/18, FamRZ 2019, 1423, 1424.

3860 OLG Hamm, Beschl. v. 17.03.2014 – II-6 UF 196/13, FamRZ 2014, 1472 (Ls.)

3861 BGH, Beschl. v. 31.01.2018 – XII ZB 133/17, MDR 2018, 343.

3862 BGH, Beschl. v. 31.01.2018 – XII ZB 133/17, MDR 2018, 343.

3863 MüKo-BGB/*Maurer* § 1579 BGB Rn. 3.

3864 BGH, Urt. v. 23.02.1983 – IVb ZR 363/81, FamRZ 1983, 456, 457.

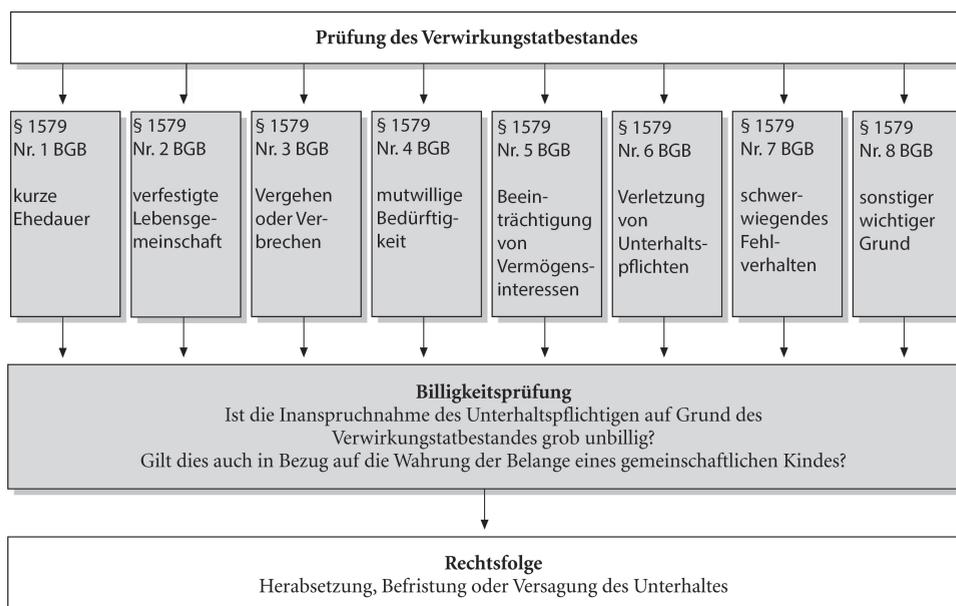
3865 *Niepmann/Seiler* Unterhalt Rn. 1100.

3866 *Koch/Koch* § 2 Rn. 232.

3867 *Erman/Maier* § 1578b BGB Rn. 4.

3868 So Palandt/*Brudermüller* § 1579 BGB Rn. 41.

3869 Näher *Frank*, Verwirkung im Familienrecht, S. 56.



Prüfungsschema Verwirkung nach § 1579 BGB

2. Die Verwirkungstatbestände des § 1579 BGB und die grobe Unbilligkeit

1607 Eine Verwirkung von Unterhaltsansprüchen kommt nur bei Vorliegen der speziellen Voraussetzungen eines der Verwirkungstatbestände des § 1579 BGB in Betracht. In allen Fällen ist die Versagung, Herabsetzung oder zeitliche Begrenzung des Unterhaltes darüber hinaus nur möglich, **soweit die Inanspruchnahme des Verpflichteten unter Wahrung** der Belange eines dem Berechtigten zur Pflege und Erziehung anvertrauten gemeinschaftlichen Kindes **grob unbillig** wäre. Es darf also keinesfalls vom Vorliegen eines Verwirkungstatbestands schematisch auf den völligen Wegfall des Anspruchs geschlossen werden, wozu die Verwendung des Begriffs »Verwirkung« die Praxis gelegentlich verleitet.

1608 Die **allgemeine Billigkeitsklausel** ist eine **Klammer**, die für alle einzelnen Verwirkungstatbestände gilt.

1609 Es muss deshalb **immer zusätzlich geprüft werden**, ob die Fortzahlung des vollen Unterhaltes unter Berücksichtigung der in § 1579 BGB genannten allgemeinen Abwägungskriterien **grob unbillig** wäre.³⁸⁷⁰ Nach objektiven Kriterien muss die Grenze der **Zumutbarkeit** überschritten sein.³⁸⁷¹ Die Zuerkennung eines Unterhaltsanspruchs muss dem Gerechtigkeitsempfinden in unerträglicher Weise widersprechen.³⁸⁷² Dabei können mehrere Pflichtverletzungen des Unterhaltsberechtigten in ihrer Gesamtheit auch dann zur groben Unbilligkeit führen, wenn sie für sich genommen nicht so schwer wiegen, dass sie eine Verwirkung des Unterhaltsanspruchs zur Folge hätten.³⁸⁷³

3870 OLG Saarbrücken, Beschl. v. 04.05.2017 – 6 UF 32/17, FamRB 2018, 13 (bearb. von Kühner).

3871 BGH, Ur. v. 21.01.1998 – XII ZR 85/96, FamRZ 1998, 541; BGH, Ur. v. 27.01.1999 – XII ZR 89/97, FamRZ 1999, 710, 711; Wendl/Dose/Siebert § 4 Rn. 1218 f.

3872 BGH, Ur. v. 31.03.1982 – IVb ZR 665/80, FamRZ 1982, 582; Wendl/Dose/Siebert § 4 Rn. 1219.

3873 OLG Brandenburg, Beschl. v. 23.10.2014 – 15 UF 109/12, juris.

Die Abwägung kann zu einer **Absenkung**, einer **Befristung** oder einer sofortigen **Aberkennung** des Unterhalts führen.³⁸⁷⁴ Auch eine Kombination dieser Möglichkeiten ist möglich, also z.B. zunächst eine Herabsetzung, später eine Kappung.³⁸⁷⁵ Der Tatrichter hat bei der Würdigung der beiderseitigen Rechts- und Interessenslagen im Rahmen der hierfür gebotenen Zumutbarkeitsprüfung einen ihm vorbehaltenen Beurteilungsspielraum, der einer Kontrolle durch das Revisionsgericht nur in rechtlicher Hinsicht unterliegt.³⁸⁷⁶ 1610

Mit der **Unterhaltsrechtsreform 2007** hat der Gesetzgeber den Grundsatz der Eigenverantwortung der Ehegatten gestärkt. Diese gesetzgeberische Wertung ist bei der Prüfung einer Einschränkung der tatbestandlich erfüllten Verwirkungstatbestände zu berücksichtigen.³⁸⁷⁷ 1611

Bei der **umfassenden Abwägung**³⁸⁷⁸ sind zu berücksichtigen: 1612

- der Grundsatz der **Eigenverantwortung** nach § 1569 BGB 1613
- die **Schwere** des Verwirkungsgrundes; Dauer der Ehe; persönliche Leistung des Unterhaltsberechtigten im Rahmen der ehelichen Lebensgemeinschaft
- »**Mitverschulden des Verpflichteten**«; sonstiges Fehlverhalten des Unterhaltspflichtigen³⁸⁷⁹
- wie stark der Verpflichtete durch die Unterhaltsverpflichtung sowie durch das Verhalten, auf das die Verwirkung gestützt wird, **belastet** wird,³⁸⁸⁰
- ob und inwieweit der Berechtigte auf Unterhaltsleistungen **angewiesen** ist, wobei freiwillige Zuwendungen Dritter auch berücksichtigt werden können, soweit sie nicht auf den Unterhaltsbedarf des Berechtigten anzurechnen sind,³⁸⁸¹
- ob der Verpflichtete das nachteilige Verhalten des Berechtigten **gebilligt**³⁸⁸² oder **verziehen** hat.³⁸⁸³ Auf eine Verwirkung des Unterhaltsanspruchs kann sich der Unterhaltsverpflichtete regelmäßig nicht berufen, wenn der Unterhaltsanspruch aus einer Unterhaltsvereinbarung resultiert, die erst nach Bekanntwerden des Verwirkungsgrundes geschlossen worden ist.³⁸⁸⁴
- Darüber hinaus spricht viel dafür, über die in der Praxis üblichen Kriterien hinaus auch die Bedeutung des jeweiligen Anspruchsgrundes im System des Unterhaltsrechts zu bedeuten, z.B. den Rang des Anspruchs und die Stellung der Anspruchsgrundlage in der sog. »Kernbereichslehre« des BGH.³⁸⁸⁵ Darüber hinaus sollte bei Ansprüchen auf Ehegattenunterhalt beachtet werden, dass sie stärkeren rechtlichen Schutz genießen, soweit sie der Kompensation ehebeding-

3874 OLG Hamm, Urt. v. 27.07.1993 – 2 UF 379/92, FamRZ 1994, 1037, für den Fall der zeitlichen Begrenzung.

3875 Vgl. Wendl/Dose/Siebert § 4 Rn. 1220.

3876 BGH, Urt. v.09.02.1994 – XII ZR 220/92, FamRZ 1994, 553, 559.

3877 So für § 1579 Nr. 1 und 2 BGB MüKo-BGB/Maurer § 1569 BGB Rn. 18.

3878 Dazu ausführlich Wendl/Dose/Siebert § 4 Rn. 1221 ff.

3879 So hat der BGH es als entlastend angesehen, wenn der mit einem Verwirkungseinwand nach § 1579 Nr. 2 BGB a.F. konfrontierte Unterhaltsberechtigte auf ein Prozessverhalten des Unterhaltsverpflichteten reagiert hatte, das ebenfalls durch mehrfache unwahre Behauptungen gekennzeichnet war: BGH, Urt. v. 13.04.2005 – XII ZR 48/02, NJW-RR 2005, 945, 948.

3880 Wenn der Verpflichtete eine Drohung erst nach geraumer Zeit in das Verfahren einführt und sich auf Verwirkung beruft, kann dies ein Indiz dafür sein, dass das Verhalten des Berechtigten nicht als schwerwiegend empfunden wurde, vgl. KG, 16.05.1991 – 16 UF 7355/90, FamRZ 1992, 571, 573.

3881 OLG Koblenz, Beschl. v. 13.04.2016 – 13 UF 16/16, FamRZ 2016, 1938.

3882 Wendl/Dose/Siebert § 4 Rn. 1241: Soweit ein Unterhaltsanspruch trotz Kenntnis des Verwirkungsgrundes außergerichtlich anerkannt wird, entfällt in der Regel eine grobe Billigkeit. Das Gleiche gilt, wenn jahrelang Unterhalt gezahlt wird, ohne sich auf die Unbilligkeit zu berufen.

3883 Vgl. OLG Düsseldorf, Urt. v. 30.08.1996 – 3 UF 43/96, FamRZ 1997, 1159; zur Verzeihung; OLG Bamberg, Urt. v. 11.08.1998 – 7 UF 261/97, NJWE-FER 1999, 78, 79; für den Fall beiderseitiger Verfehlungen (mit Verschulden); OLG Nürnberg, Urt. v. 09.01.1992 – 4 UF 123/90, FamRZ 1992, 673; keine ausreichende subjektive Betroffenheit im Fall der Verzeihung; zur Verzeihung s. auch MüKo-BGB/Maurer § 1579 BGB Rn. 203 ff.

3884 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 05.10.2000 – 8 W 31/00, FamRZ 2001, 835.

3885 Ausführlich dazu Frank, Verwirkung im Familienrecht, S. 52 ff.

ter Nachteile dienen. Werden sie dagegen nur aus nahehehlicher Solidarität hergeleitet, haben sie eine eher schwache Ausprägung. Auch diesem Unterschied sollte die Praxis bei der Prüfung grober Unbilligkeit Rechnung tragen.³⁸⁸⁶

- 1614 Der BGH hat es bislang offengelassen, ob die grobe Unbilligkeit in Fällen des § 1579 BGB durch eine ausdrückliche oder konkludente »**Verzeihung**« ausgeschlossen werden kann, speziell in der Fallgestaltung, dass der Unterhaltsverpflichtete trotz Kenntnis der eine Verwirkung begründenden Umstände den Unterhalt weiterbezahlt.³⁸⁸⁷ Er hat aber darauf hingewiesen, dass es zweifelhaft ist,
- 1615 – ob der Verzeihungsgedanke eingreift, wenn die Verwirkungstatbestände nicht an ein persönliches Fehlverhalten anknüpfen, sondern an **rein objektive Umstände**, wie bei § 1579 Nr. 2 und Nr. 8 BGB;
- ob Verzeihung eingreifen kann, wenn der Unterhaltsschuldner **nur mit Rücksicht auf die Betreuungsbedürftigkeit** eines gemeinsamen Kindes den Unterhalt ungeschmälert weiterzahlt;
- ob die Verzeihung ein **selbstständiger Gegeneinwand** ist, der bereits den Tatbestand der Unterhaltsverwirkung entfallen lässt, oder ob er lediglich im Rahmen der Billigkeitsabwägung des § 1579 BGB zu berücksichtigen ist.³⁸⁸⁸
- 1616 Zahlt der geschiedene Ehegatte bis zu seinem Tode allerdings den Unterhalt an den Berechtigten trotz Vorliegen eines Verwirkungstatbestandes nur deshalb weiter, um seinerseits bekanntermaßen in den Genuss der Auswirkungen des § § 33 VersAusglG und damit des temporären Ausfalls der **versorgungsausgleichsbedingten Kürzung** seiner Rente zu kommen, so kann der Unterhaltsberechtigte daraus keinen Vertrauensschutz dafür herleiten, dass der Schuldner auch künftig auf den Verwirkungseinwand verzichtet werde.³⁸⁸⁹
- 1617 Allein die **vorübergehende Weiterzahlung** von Unterhalt nach Bekanntwerden des Verwirkungstatbestandes reicht regelmäßig nicht aus, um eine Verzeihung anzunehmen.³⁸⁹⁰
- 1618 § 1579 BGB kann eine **Versagung, Herabsetzung oder zeitliche Begrenzung** des Unterhalts rechtfertigen.
- 1619 Bei einer **Ehedauer von 2 bis 3 Jahren** sind an die Feststellung der Unbilligkeitsgründe keine allzu hohen Anforderungen zu stellen, denn dann fehlt es an einer dauerhaften Abstimmung der Lebensverhältnisse aufeinander.³⁸⁹¹ Beträgt die Ehedauer bei einer kinderlosen Ehe einen ganz kurzen Zeitraum, etwa **nur einige Wochen**, kann dies allein die Inanspruchnahme des Unterhaltspflichtigen als grob unbillig erscheinen lassen.³⁸⁹²
- 1620 Die Rechtsprechung nimmt bei **durchschnittlichen Einkommensverhältnissen** und/oder einer **langen Ehe und Kindererziehungsleistung** des berechtigten Ehegatten in der Regel nur eine **Reduzierung** des Unterhalts an.³⁸⁹³ Auch bei länger dauernden oder langen Ehen mit Kindeserziehungsleis-

3886 *Frank*, Verwirkung im Familienrecht, S. 54.

3887 Vgl. BGH, Urt. v. 28.01.2004 – XII ZR 259/01, FamRZ 2004, 614; BGH, Beschl. v. 06.11.2002 – XII ZR 259/01, FamRZ 2003, 521.

3888 BGH, Urt. v. 28.01.2004 – XII ZR 259/01, FamRZ 2004, 614; BGH, Beschl. v. 06.11.2002 – XII ZR 259/01, FamRZ 2003, 521, 522.

3889 BGH, Urt. v. 28.01.2004 – XII ZR 259/01, FamRZ 2004, 614; BGH, Beschl. v. 06.11.2002 – XII ZR 259/01, FamRZ 2003, 521, 522.

3890 OLG Hamm, Beschl. v. 11.09.2002 – 8 WF 120/02, FamRZ 2003, 877.

3891 BGH, Urt. v. 07.12.1988 – IVb ZR 23/88, FamRZ 1989, 483, 486; OLG Hamm, Urt. v. 14.02.2001 – 6 UF 42/00, FamRZ 2002, 240, 241; vgl. auch Staudinger/*Verschraegen* (2014) § 1579 BGB Rn. 285.

3892 BGH, Urt. v. 24.06.1981 – IVb ZR 513/80, FamRZ 1981, 944; Staudinger/*Verschraegen* (2014) § 1579 BGB Rn. 46.

3893 BGH, Urt. v. 12.01.1983 – IVb 348/81, FamRZ 1983, 670, 671: um ein Drittel; vgl. allerdings auch OLG Karlsruhe, Urt. v. 11.07.1997 – 2 UF 70/96, FamRZ 1998, 751: Kappung des Ehegattenunterhaltes nach 1579 Nr. 7 (a.F., jetzt Nr. 8) BGB nach 10 weiteren Unterhaltsjahren (bei 10 Jahren Ehedauer); OLG Düsseldorf, Urt. v. 10.12.1999 – 4 UF 215/98, FamRZ 2000, 1374: Bei einem Anspruch auf nahehehlichen Unterhalt wegen Krankheit und nach einer Ehedauer bis zur Trennung von 20

tungen kann es aber zu einem kompletten Wegfall der Unterhaltspflicht kommen, sofern der Unterhaltsberechtigte gravierend gegen unterhaltsrechtliche Obliegenheiten verstoßen hat. Eine Reduzierung wird auch nicht dadurch ausgeschlossen, dass eine Ehe im Alter aufgrund von **Versorgungswünschen** des Berechtigten geschlossen wurde.³⁸⁹⁴

Die frühere Rechtsprechung hat bei einer langen Ehe zwischen 20 und 30 Jahren eine Herabsetzung regelmäßig verneint (**Unterhaltsgarantie**).³⁸⁹⁵ Ein Grenzfall sollte vorliegen, wenn der Unterhaltsberechtigte 44 Jahre alt ist, die Ehe 16 Jahre gedauert hat und ein Kind aus ihr hervorgegangen ist.³⁸⁹⁶ Auch hier wird der Grundsatz der Eigenverantwortung nach und infolge der Unterhaltsrechtsreform 2007 stärker zur Geltung zu bringen sein. Gerade bei langen Ehen wird nunmehr vielfach das Mittel der Herabsetzung genutzt werden müssen, wenn die Voraussetzungen eines Verwirkungstatbestandes vorliegen. Dabei kann eine Reduzierung des Unterhalts bis auf den sog. angemessenen Selbstbehalt geboten sein.³⁸⁹⁷

Unerheblich ist in diesem Zusammenhang grundsätzlich, wie der Berechtigte stünde, wenn er nicht geheiratet hätte.³⁸⁹⁸ Dementsprechend stellt der Verlust von **Unterhaltsansprüchen gegen den früheren Ehegatten** nicht ohne Weiteres einen wichtigen Abwägungsgesichtspunkt dar.³⁸⁹⁹ Auch die wiederaufgelebte **Witwenrente** hat wegen ihrer Subsidiarität in der Regel keinen bedeutsamen Einfluss auf die Abwägung.³⁹⁰⁰

Schließlich hat die Sicherstellung der Erziehung eines **gemeinschaftlichen Kindes** (wie bei § 1570 BGB – nicht jedoch eines Pflegekindes, eines scheinhelichen Kindes oder eines sonstigen nicht-ehelichen Kindes) Vorrang, dessen Pflege dem Berechtigten anvertraut ist. Bei der Billigkeitsabwägung nicht zu berücksichtigen sind Kinder aus einer ersten Ehe eines der Ehegatten.³⁹⁰¹ Der Vorrang entfällt erst, wenn aufgrund des Alters des Kindes eine Betreuung nicht mehr notwendig ist.³⁹⁰² Der Ehegattenunterhalt kann in derartigen Fällen von vornherein auf den Zeitpunkt des Wegfalls der voraussichtlichen Betreuungsbedürftigkeit des Kindes begrenzt werden.³⁹⁰³ Auch im Rahmen der Prüfung der Verwirkung ist nur eine Betreuung beachtlich, die rechtmäßig ausgeübt wird.³⁹⁰⁴ Ausnahmsweise kann auch bei Betreuung gemeinsamer Kinder eine Unterhaltsverwirkung anzunehmen sein, wenn der Berechtigte in gefestigter nichtehelicher Lebensgemeinschaft Versorgungsleistungen erbringt und der Partner es ihm ermöglichen kann, eine den Mindestbedarf deckende Erwerbstätigkeit aufzunehmen.

Mit dem **Unterhaltsrechtsänderungsgesetz 2007** hat der Gesetzgeber dem früheren **Altersphasenmodell** eine Absage erteilt, das die Betreuungsbedürftigkeit ausschließlich an ein bestimmtes Alter des Kindes (bestimmte Altersphasen) anknüpfte. Diese Wertung muss auch bei der Billigkeitsabwägung im Rahmen des § 1579 BGB berücksichtigt werden. Dazu hat etwa das OLG Bremen schon

Jahren führen weder wissentlich falscher Prozessvortrag noch eine feste soziale Bindung zu einem neuen – wirtschaftlich schwachen – Partner zu einem völligen Wegfall des Unterhaltsanspruchs, sondern nur zu einer Begrenzung des Anspruchs der Höhe nach.

3894 BGH, Urt. v. 07.12.1988 – IVb ZR 23/88, FamRZ 1989, 483, 486; BGH, Urt. v. 31.03.1982 – IVb ZR 665/80, FamRZ 1982, 582, 583.

3895 OLG Düsseldorf, Urt. v. 19.09.1990 – 4 UF 67/90, FamRZ 1991, 450, 451: 30-jährige Ehe; OLG Hamm, Urt. v. 01.12.1989 – 12 UF 359/88, FamRZ 1990, 633, 634: 25-jährige Ehe.

3896 OLG München, Beschl. v. 06.11.2003 – 16 WF 1599/03, FuR 2004, 179.

3897 *Niepmann/Seiler* Unterhalt Rn. 1183 m.w.N.

3898 BGH, Urt. v. 31.03.1982 – IVb ZR 665/80, FamRZ 1982, 582, 583.

3899 BGH, Urt. v. 07.12.1988 – IVb ZR 23/88, FamRZ 1989, 483, 486.

3900 BGH, Urt. v. 09.07.1986 – IVb 39/85, FamRZ 1986, 889, 890.

3901 BGH, Beschl. v. 03.05.2006 – XII 103/03, FamRZ 2006, 1010.

3902 OLG Düsseldorf, Urt. v. 08.07.1988 – 3 UF 265/87, FamRZ 1989, 61.

3903 Dabei ist auf den Wegfall der Betreuungsbedürftigkeit nach § 1570 BGB abzustellen, dessen Maßstäbe insoweit auch bezüglich des Trennungunterhalts Geltung haben, vgl. OLG Nürnberg, Urt. v. 05.09.1994 – 10 UF 1827/94, NJW-RR 1995, 262, 263.

3904 Vgl. BGH, Urt. v. 24.11.1982 – IVb ZR 314/81, FamRZ 1983, 142, 143.

im Vorgriff auf das Unterhaltsrechtsänderungsgesetz 2007 entschieden, dass es bei der Berücksichtigung des Kindeswohls im Rahmen des § 1579 BGB nicht darum gehen kann, das Interesse des betreuenden Elternteils zu stärken, sondern ausschließlich das Wohl des Kindes und dessen Betreuungsbedürftigkeit berücksichtigt werden darf. Über den Schutzzumfang des § 1615l BGB könnten die Unterhaltsansprüche nicht hinausgehen. Ab dem 3. Lebensjahr des Kindes sei deshalb in der Regel davon auszugehen, dass die Kindesbelange eine Herabsetzung oder Begrenzung des Unterhalts nicht auszuschließen vermögen, es sei denn, der Unterhaltsberechtigte trage hierzu Substanziertes vor. Jedenfalls wenn ein Kindergartenplatz oder eine Hortbetreuung zur Verfügung stehe, könne von der betreuenden Mutter grundsätzlich erwartet werden, ihren notwendigen Bedarf selbst sicherzustellen.³⁹⁰⁵ In aller Regel kann im Hinblick auf die bei § 1579 BGB geltende gesteigerte Erwerbsobliegenheit eine Erwerbstätigkeit ab Vollendung des 3. Lebensjahres des Kindes erwartet werden.³⁹⁰⁶ Zwar ist es denkbar, dass auch kindbezogene Verlängerungsgründe nach § 1570 Abs. 1 Satz 2 BGB bzw. eltern- oder ehgattenbezogene Gründe nach § 1570 Abs. 2 BGB einen nachehelichen Unterhaltsanspruch ungeachtet der tatbestandlichen Einschlägigkeit eines Verwirklichungsgrundes rechtfertigen können. In derartigen Fällen ist aber die zeitliche Begrenzung verschärft zu prüfen, da in Verwirklichungsfällen das Prinzip der nachehelichen Solidarität stark eingeschränkt wird.

- 1625 Soweit eine Kindesbetreuung erforderlich ist, wird dem betreuenden Unterhaltsberechtigten zumindest ein Sockelbetrag belassen, der **zur eigenen Existenzsicherung** und damit zur Sicherstellung der Kindesbetreuung ausreicht (in der Regel gleichbedeutend mit dem **Mindestbedarf**).³⁹⁰⁷
- 1626 Eine weitere Absenkung des Unterhalts ist möglich, wenn dem Berechtigten andere Mittel – z.B. **eigene Einkünfte** – zur Verfügung stehen oder Unterhaltsansprüche gegen den leiblichen Vater eines nichtehelichen Kindes geltend gemacht werden können.³⁹⁰⁸ Darüber hinaus müssen auf den Mindestbedarfssatz etwa erzielte Einkünfte aus überobligationsmäßiger Tätigkeit, freiwillige Leistungen Dritter und eine zumutbare Vermögensverwertung angerechnet werden, ebenso sowie auch etwaiges Wohngeld³⁹⁰⁹ und Erziehungsgeld.³⁹¹⁰ Eine Reduzierung ist zudem möglich, wenn der Berechtigte mit einem anderen Partner zusammenlebt und mit diesem einen gemeinsamen Haushalt führt,³⁹¹¹ es sei denn, der Unterhalt liegt unterhalb des notwendigen Selbstbehaltes und der neue Lebenspartner verfügt nicht über ausreichende Einkünfte, um die Bedarfslücke abzudecken.³⁹¹² Alle Mittel, die von einem nichtehelichen Partner erlangt werden können, auch in der Form von Sachleistungen oder konkreten bedarfsdeckenden Einkünften oder sonstigen Vorteilen aus dem Zusammenleben, sind anrechenbar.³⁹¹³

3905 OLG Bremen, Beschl. v. 05.01.2007 – 4 UF 75/06, FuR 2008, 213, 214 f. m. Anm. v. *Bergschneider*; OLG München, Urt. v. 14.02.2006 – 4 UF 193/05, FamRZ 2006, 1605, 1606.

3906 Vgl. *Niepmann/Seiler* Unterhalt Rn. 1182.

3907 Vgl. BGH, Urt. v. 16.04.1997 – XII ZR 293/95, FamRZ 1997, 873, 875; BGH, Urt. v. 29.01.1997 – XII ZR 257/95, FamRZ 1997, 483, 484; BGH, Urt. v. 29.09.1989 – IVb ZR 78/88, FamRZ 1989, 1279, 1280; BGH, Urt. v. 30.09.1987 – IVb ZR 79/86, FamRZ 1987, 1238, 17; OLG Schleswig, Urt. v. 18.10.2001 – 13 UF 71/01, FamRZ 2002, 1190 (LS); *Niepmann/Seiler* Unterhalt Rn. 1184; krit. Wendl/Dose/*Siebert* § 4 Rn. 1230: Das Mindestmaß entspricht üblicherweise dem Mindestbedarf, was bedenklich erscheint, da finanziell zu eingeschränkte Lebensverhältnisse des kinderbetreuenden Elternteils immer auch Auswirkungen auf die Entwicklungsmöglichkeiten des Kindes haben.

3908 BGH, Urt. v. 21.01.1998 – XII ZR 85/96, FamRZ 1998, 541; BGH, Urt. v. 12.03.1997 – XII ZR 153/95, FamRZ 1997, 671; BGH, Urt. v. 27.09.1989 – IVb ZR 78/88, FamRZ 1989, 1279, 1280.

3909 OLG Köln, Urt. v. 30.05.2006 – 4 UF 213/05, FF 2006, 319, 320.

3910 OLG Stuttgart, Urt. v. 28.05.1996 – 18 UF 459/95, FamRZ 1997, 419.

3911 Vgl. OLG Hamm, Urt. v. 07.02.1992 – 9 UF 340/91, FamRZ 1992, 956; OLG Hamm, Urt. v. 18.10.1990 – 2 UF 480/89, FamRZ 1991, 828, 829.

3912 OLG Hamm, Urt. v. 15.12.1992 – 1 UF 259/92, FamRZ 1993, 1450.

3913 OLG Hamm, Beschl. v. 14.10.2003 – 11 WF 171/03, FuR 2004, 455, 457; OLG Zweibrücken, Urt. v. 22.05.2000 – 5 UF 28/00, FamRZ 2001, 833.

Bei der Abwägung können demnach auch Einkünfte herangezogen werden, die – wie freiwillige Zuwendungen Dritter – **bei der Einkommensberechnung ansonsten nicht zu berücksichtigen** wären.³⁹¹⁴ Kraft ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung sind Pflegegeldleistungen (§ 13 Abs. 6 Satz 2 SGB XI) und das Elterngeld nach § 11 Satz 4 BEEG, die dem Erziehenden bzw. der Pflegeperson zufließen, ausnahmsweise anrechenbar, soweit zulasten des Berechtigten die Verwirkungsvoraussetzungen der §§ 1361 Abs. 3, 1579 BGB vorliegen.³⁹¹⁵ Das OLG Hamm hat entschieden, dass im Verwirkungsfall auf den verbleibenden Unterhaltsanspruch sowohl **Mutterschaftsgeld** als auch Erziehungsgeld, nicht jedoch **freiwillige Leistungen des Lebenspartners** und ein Anteil am Kindergeld angerechnet werden müssen.³⁹¹⁶

Soweit die Merkmale eines Verwirkungstatbestandes erfüllt sind, trifft den Berechtigten eine **verschärfte Erwerbsobliegenheit**, sodass unter Umständen auch dann fiktive Einkünfte zugerechnet werden können, wenn nach allgemeinen Grundsätzen neben einer Kindesbetreuung noch keine Erwerbstätigkeit gefordert wäre.³⁹¹⁷ Auch ansonsten können Einkünfte aus überobligationsmäßigen Anstrengungen und nach allgemeinen Grundsätzen nicht zu verwertende Vermögenseinkünfte bei Vorliegen eines Verwirkungstatbestandes angerechnet werden.³⁹¹⁸

Die Belange des Kindes können auch gewahrt sein, wenn seine **Pflege und Erziehung in anderer Weise** als durch elterliche Betreuung **sichergestellt ist**.³⁹¹⁹ Das gilt auch, soweit ein Elternteil im Rahmen eines Anspruchs nach § 1570 BGB nicht auf die Betreuung durch Dritte verwiesen werden könnte.³⁹²⁰ Auf den Härtegrund kann sich der Berechtigte auch nicht berufen, wenn er ohnehin gesundheitlich nicht in der Lage ist, die Kindesbetreuung tatsächlich wahrzunehmen.³⁹²¹ Nur **in besonders krassen Fällen** ist bei laufender Kindeserziehung eine **völlige Versagung** möglich.³⁹²² Es kann allerdings angemessen sein, den Unterhaltsanspruch des Berechtigten im Fall des Vorliegens der Verwirkungsvoraussetzungen und bei Vorhandensein minderjähriger Kinder zu befristen.³⁹²³ Zu beachten ist aber, dass die zeitliche Beschränkung auf die Dauer der Betreuungsmöglichkeit nur erfolgen kann, wenn diese schon zuverlässig vorauszusehen ist.³⁹²⁴

Bei der **Abwägung** der genannten Gesichtspunkte der Härteklausele steht dem Tatrichter ein **Beurteilungsspielraum** zu, der nur einer eingeschränkten rechtlichen Überprüfung durch das Revisionsgericht unterliegt.³⁹²⁵

Die Verwirkung der Unterhaltsansprüche nach § 1579 BGB erfasst grundsätzlich nur **zukünftige Unterhaltsansprüche**, wie sich bereits aus der Entstehungsgeschichte der Härteklausele ergibt. Die

3914 OLG Koblenz, Urt. v. 31.07.1997 – 11 UF 337/96, NJW-RR 1997, 1229, 1230; betreffend Schenkungen naher Verwandter, die den Unterhaltsverpflichteten nicht entlasten sollten; OLG Hamm, Urt. v. 13.12.1996 – 11 UF 60/96 (LS), NJWE-FER 1997, 218; zur Anrechnung des Erziehungsgeldes.

3915 Vgl. BGH, Beschl. v. 07.05.2014 – XII ZB 258/13, FamRZ 2014, 1183, 1187; BGH, Urt. v. 21.06.2006 – XII ZR 147/04, FamRZ 2006, 1182, 1186; dazu ausführlich *Büttner* FamRZ 2000, 597.

3916 OLG Hamm, Urt. v. 30.06.2006 – 11 UF 10/06, FamRZ 2006, 1538, 1540.

3917 Vgl. dazu ausführlich *Wendl/Dose/Siebert* § 4 Rn. 1225.

3918 MüKo-BGB/*Maurer* § 1579 BGB Rn. 213.

3919 BGH, Urt. v. 12.03.1997 – XII ZR 153/95, FamRZ 1997, 671, 672; BGH, Urt. v. 29.01.1997 – XII ZR 257/95, FamRZ 1997, 483, 484; BGH, Urt. v. 27.09.1989 – IVb ZR 78/88, FamRZ 1989, 1279, 1280; OLG Köln, Urt. v. 27.06.1997 – 4 UF 244/96, FamRZ 1998, 1236, 1238.

3920 *Johannsen/Henrich/Hammermann* Familienrecht § 1579 BGB Rn. 68.

3921 OLG Köln, Urt. v. 29.01.1992 – 26 UF 44/91, FamRZ 1992, 1311, 1312.

3922 BGH, Urt. v. 21.01.1998 – XII ZR 85/96, FamRZ 1998, 541; offengelassen in BGH, Urt. v. 16.04.1997 – XII ZR 293/95, FamRZ 1997, 873; a.A. MüKo-BGB/*Maurer* § 1579 BGB Rn. 167.

3923 OLG Oldenburg, Urt. v. 10.05.2001 – 14 UF 6/01, NJWE-FER 2001, 225, 227.

3924 BGH, Urt. v. 12.03.1997 – XII ZR 153/95, FamRZ 1997, 671, 673; *Johannsen/Henrich/Hammermann* Familienrecht § 1579 BGB Rn. 74.

3925 BGH, Urt. v. 29.01.1997 – XII ZR 257/95, FamRZ 1997, 483, 484; OLG Zweibrücken, Urt. v. 19.06.1997 – 6 UF 145/96, FamRZ 1998, 834.

Verwirkung hat dementsprechend regelmäßig keine rückwirkende Bedeutung und lässt bereits entstandene Unterhaltsansprüche unberührt. Der gesetzgeberische Wille schließt es freilich nicht vollständig aus, in Ausnahmefällen auch bereits entstandene Unterhaltsansprüche als verwirkt anzusehen. Das kommt insbesondere bei Straftaten gegen den Unterhaltsberechtigten nach § 1579 Nr. 3 BGB in Betracht. Besondere Umstände der Tat können insoweit jede weitere Erfüllung der sich aus der ehelichen oder nachehelichen Solidarität ergebenden Unterhaltspflicht für das Opfer (den Berechtigten) unerträglich werden und mit Billigkeitsgesichtspunkten schlechthin unvereinbar erscheinen lassen.³⁹²⁶

1632 Ist ein Unterhaltstatbestand des § 1579 BGB verwirkt, ist **dies in der Regel endgültig**,³⁹²⁷ **Ausnahmsweise** kann jedoch ein **Wiederaufleben** des Anspruchs in Betracht kommen. Der BGH hat dazu ausgeführt:

1633 »Zutreffend ist allerdings der Ansatz des OLG, wonach ein nach § 1579 BGB beschränkter oder versagter Unterhaltsanspruch bei Wegfall des Härtegrunds grundsätzlich wieder aufleben kann. Insoweit unterscheidet sich die Vorschrift von der früheren Regelung in § 66 EheG, die eine Verwirkung des Unterhaltsanspruchs nicht vorsah. Ändern sich später die Gegebenheiten, die die Unzumutbarkeit der Inanspruchnahme des früheren Ehegatten auf Unterhalt begründet haben, bleiben diese Änderungen weder unberücksichtigt, noch führen sie ohne Weiteres zur Wiederherstellung der unterhaltsrechtlichen Lage, die vor Eintritt der die Unzumutbarkeit begründenden Umstände bestanden hat. Erforderlich ist nach ständiger Rechtsprechung des Senates vielmehr eine neue umfassende Prüfung, ob die aus einer wieder aufgelebten Unterhaltspflicht erwachsenden Belastungen für den Unterhaltspflichtigen weiterhin die Zumutbarkeitsgrenze überschreiten. In diese Prüfung sind grundsätzlich alle Umstände einzubeziehen, die die gebotene Billigkeitsabwägung beeinflussen können. Erhebliche Bedeutung kommt dabei zunächst dem Maß der nachehelichen Solidarität zu. Insbesondere in Fällen, in denen der unterhaltsberechtigte Ehegatte während der Ehezeit seine Erwerbstätigkeit aufgegeben hatte, um den gemeinsamen Haushalt zu führen oder die gemeinsamen Kinder zu betreuen, gewinnt auch die Ehedauer an Bedeutung. Auf der anderen Seite ist auch zu berücksichtigen, wie lange die Verhältnisse gedauert haben, die eine Unterhaltsgewährung als objektiv und zumutbar erscheinen ließen. Entsprechend wird in der Literatur einhellig die Auffassung vertreten, dass ein nach § 1579 Nr. 2 BGB beschränkter oder versagter nachehelicher Unterhaltsanspruch grundsätzlich wieder erstarken kann, wobei es einer umfassenden Zumutbarkeitsprüfung unter Berücksichtigung aller Umstände bedarf.

Im Rahmen dieser notwendigen umfassenden Zumutbarkeitsprüfung sind auch solche Umstände zu berücksichtigen, die erst nach der Scheidung hinzugetreten sind. Zum einen ist deswegen die Kinderschutzklausel zu beachten, die im Einklang mit der Rechtsprechung des BVerfG Eingang in den Einleitungssatz des § 1579 BGB gefunden hat. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass sich der Unterhaltsberechtigte durch die Aufnahme einer verfestigten neuen Lebensgemeinschaft aus der ehelichen Solidarität der Ehegatten herausgelöst und zu erkennen gegeben hatte, dass er diese nicht benötigt. Insoweit unterscheidet sich die Rechtslage nur unwesentlich von der Regelung des § 1586 a Abs. 1 BGB, wonach bei Auflösung einer Zweitehe gegenüber dem geschiedenen ersten Ehegatten lediglich der Betreuungsunterhalt wieder auflebt. Denn eine neue Ehe des Unterhaltsberechtigten führt stets zur endgültigen Auflösung der nachehelichen Solidarität, sodass es für ein Wiederaufleben anderer Tatbestände an einer Legitimation fehlt, während ein Wiederaufleben des Betreuungsunterhalts auf das schutzwürdige Interesse der gemeinsamen Kinder zurückzuführen ist.³⁹²⁸

1634 Ein Wiederaufleben kommt insbesondere in Betracht,

1635 – wenn ein Verwirkungsgrund nach § 1579 Nr. 2 BGB vorgelegen hat (verfestigte Lebensgemeinschaft). Ein Wiederaufleben setzt regelmäßig voraus, dass der Unterhaltspflichtige Betreuungsunterhalt schuldet. Für andere Unterhaltstatbestände soll Entsprechendes nur ausnahmsweise gelten, wenn trotz der für eine gewisse Zeit verfestigten neuen Lebensgemeinschaft noch ein Maß an nachehelicher Solidarität festgestellt werden kann, das eine fortdauernde nacheheliche

3926 BGH, Urt. v. 12.11.2003 – XII ZR 109/01, FamRZ 2004, 612, 614.

3927 OLG Düsseldorf, Urt. v. 27.04.1992 – 1 UF 156/81, FamRZ 1982, 699, 700; OLG Düsseldorf, Urt. v. 13.05.1980 – 1 UF 309/79, FamRZ 1980, 779.

3928 BGH, Urt. v. 13.07.2011 – XII ZR 84/09, FamRZ 2011, 1498, 1501 f.

Unterhaltspflicht rechtfertigen kann.³⁹²⁹ Im Rahmen der notwendigen umfassenden neuen Abwägungen verbietet sich eine schematische Fortschreibung des früheren Unterhaltstitels, vielmehr ist insgesamt durch eine umfassende Zumutbarkeitsprüfung **neu abzuwägen**.³⁹³⁰ Bei dieser Billigkeitsabwägung kommt dem Zeitfaktor eine wesentliche Bedeutung zu. Je länger die Ehe gedauert hat, desto stärker haben sich die Lebensverhältnisse der Ehegatten miteinander verflochten und desto mehr trifft demgemäß eine Begrenzung des Unterhaltsanspruchs denjenigen Ehegatten, der wirtschaftlich vom verpflichteten Ehegatten abhängig geworden ist. Auf der anderen Seite ist ebenso zu berücksichtigen, wie lange die Verhältnisse gedauert haben, die eine Unterhaltsgewährung als objektiv unzumutbar erscheinen ließen. Je länger der Verpflichtete die Zahlung von Unterhalt aus Zumutbarkeitsgründen berechtigterweise ablehnen konnte, umso mehr wird der Gedanke in den Hintergrund treten, für den Unterhalt des Berechtigten aufgrund einer fortwirkenden ehelichen Solidarität wieder aufzukommen zu müssen. Das gilt insbesondere dann, wenn der Unterhaltsverpflichtete im (berechtigten) Vertrauen auf den Fortfall seiner Unterhaltspflicht wirtschaftliche Dispositionen eingegangen ist, die er dem Berechtigten nunmehr unterhaltsrechtlich nicht entgegenhalten könnte. Das Gleiche gilt für neue, gegenüber dem Unterhaltsanspruch des Berechtigten nachrangige Unterhaltspflichten.³⁹³¹ Solange der Berechtigte gemeinsame minderjährige Kinder versorgen muss, lebt der Unterhaltsanspruch in der Regel nur in deren Interesse als Anspruch auf Betreuungsunterhalt wieder auf.³⁹³² Auch bei einer kurzen Ehedauer kann ein Wiederaufleben in Betracht kommen, wenn sich die ersten Auflösungserscheinungen der Lebensgemeinschaft praktisch unmittelbar im Anschluss an deren zeitliche Verfestigung gezeigt haben und sich auch der Unterhaltsverpflichtete noch nicht auf den gänzlichen Wegfall der Unterhaltspflicht eingerichtet hat;³⁹³³

- wenn der Unterhaltsberechtigte **arbeitsunfähig krank** wird und die bei der Billigkeitsabwägung gemäß § 1579 BGB berücksichtigten eigenen Einkünfte entfallen;³⁹³⁴
- wenn sich die **Tatsachen verändern**, die im Rahmen der **Gesamtabwägung** (»grobe Unbilligkeit«) **berücksichtigt** werden müssen, z.B. das Sorgerecht³⁹³⁵ oder sonstige Belange des Kindeswohls eine Änderung erfahren,³⁹³⁶
- Entsprechendes gilt, wenn ein früheres **Fehlverhalten später verziehen** worden ist; die Verzeihung lässt zwar nicht den Verwirkunggrund entfallen, aber die Unzumutbarkeit;³⁹³⁷
- nach § 1579 Nr. 7 BGB verwirkte Unterhaltsansprüche wegen **Behinderung des Umgangsrechts** können grundsätzlich wieder aufleben. Dazu genügt es in der Regel nicht, dass der Unterhaltsberechtigte sich fortan »neutral« verhält. Er muss vielmehr die Wirkungen des früheren Fehlverhaltens bei den Kindern beseitigen und dem Unterhaltsverpflichteten einen dauerhaften und angemessenen Umgang mit den Kindern gewähren.³⁹³⁸

3929 BGH, Urt. v. 13.07.2011 – XII ZR 84/09, FamRZ 2011, 1498, 1501.

3930 BGH, Urt. v. 13.07.2011 – XII ZR 84/09, FamRZ 2011, 1498, 1501 Rn. 30; OLG Koblenz, Beschl. v. 14.06.2012 – 11 UF 359/12, FamRZ 2013, 474; OLG Stuttgart, Urt. v. 07.04.1992 – 17 UF 261/91, FamRZ 1993, 559, 561.

3931 OLG Celle, Urt. v. 14.02.2008 – 17 UF 128/07, FamRZ 2008, 1627, 1628 mit umfassenden weiteren Hinweisen; OLG Hamm, Urt. v. 07.07.2006 – 11 UF 2/06, FamRZ 2007, 1106.

3932 OLG Koblenz, Beschl. v. 14.06.2012 – 11 UF 359/12, FamRZ 2013, 474; BGH, Urt. v. 30.09.1987 – IVb ZR 79/86, FamRZ 1987, 1238, 1239; OLG Nürnberg, Urt. v. 01.03.2002 – 10 UF 201/02, FuR 2002, 328, 329.

3933 OLG Hamm, Urt. v. 07.07.2006 – 11 UF 2/06, FamRZ 2007, 1106.

3934 Dazu vgl. OLG Saarbrücken, Beschl. v. 14.11.2001 – 6 F 87/01, FF 2002, 171, 172.

3935 Johannsen/Henrich/Hammermann Familienrecht § 1579 BGB Rn. 78.

3936 Vgl. Wendl/Dosel/Gerhardt § 4 Rn. 1385.

3937 Koch/Koch § 2 Rn. 273.

3938 Vgl. OLG München, Urt. v. 14.02.2006 – 4 UF 193/05, FamRZ 2006, 1605, 1607; OLG Nürnberg, Urt. v. 02.07.1996 – 11 UF 814/96, FamRZ 1997, 614, 615: Voraussetzung ist, dass die Wirkungen des früheren Fehlverhaltens bei den Kindern beseitigt sind.

- 1636 **Gegen ein Wiederaufleben** des Unterhaltsanspruchs kann es sprechen, wenn der Unterhaltspflichtige auf den endgültigen Wegfall der Verpflichtung vertrauen konnte und sich darauf, etwa durch wirtschaftliche Dispositionen, eingestellt hat, ohne dass ihm dies unterhaltsrechtlich entgegenhalten werden könnte, beispielsweise durch Übernahme von Krediten oder durch neue Unterhaltspflichten in einer neuen Ehe.
- 1637 Gegen ein Wiederaufleben kann auch sprechen, dass ein Ehegatte den Unterhaltsverpflichteten durch einen vollendeten **Prozessbetrug** veranlasst hatte, nachehelichen Unterhalt zu leisten.³⁹³⁹ Die Fortdauer der Unterhaltslast übersteigt dann in der Regel die Zumutbarkeitsgrenze für den Verpflichteten.³⁹⁴⁰ In eine Abwägung ist überdies einzubeziehen, dass § 1579 BGB auch Begrenzungen eines Anspruchs nach Zeit und Höhe erlaubt.³⁹⁴¹
- 1638 Lebt nach den soeben dargestellten Grundsätzen die Unterhaltsverpflichtung wieder auf, dann muss der Berechtigte im Fall einer ehemaligen gänzlichen Abweisung seines Unterhaltsanspruchs wegen Verwirkung ein neues Verfahren einleiten, also einen Leistungsantrag auf Verpflichtung zur Unterhaltszahlung stellen. Bei vorheriger Herabsetzung seiner Ansprüche muss er dagegen einen **Abänderungsantrag** stellen.³⁹⁴² Insbesondere bedarf es einer erneuten Begründung des Verzugs für die dem Wiederaufleben nachfolgende Zeit, damit Ansprüche wegen rückständigen Unterhalts geltend gemacht werden können.³⁹⁴³
- 1639 § 1579 BGB normiert eine **von Amts** wegen zu beachtende rechtsvernichtende **Einwendung**. Für das Vorliegen ihrer Voraussetzungen trägt der Unterhaltspflichtige die Darlegungs- und Beweislast.³⁹⁴⁴ Der Verpflichtete kann das Rechtsinstitut des Anscheinsbeweises in Anspruch nehmen, wenn tatsächliche Umstände vorliegen, die nach der Lebenswahrscheinlichkeit den Schluss auf einen Verwirkungstatbestand zulassen, etwa das Bestehen einer eheähnlichen Gemeinschaft.³⁹⁴⁵
- 1640 Der Unterhaltsberechtigte trägt allerdings die **Darlegungs- und Beweislast** für das Wiederaufleben eines verwirkten Anspruchs.³⁹⁴⁶
- 1641 Der Unterhaltsverpflichtete hat darauf zu achten, dass Voraussetzungen für den Verwirkungseinwand **bei der Erstfestsetzung** vorgetragen werden. Anderenfalls ist er im Abänderungsverfahren in der Regel präkludiert.³⁹⁴⁷ Entsprechendes gilt bei Abschluss eines Vergleiches, wobei sich in diesem Zusammenhang aus den Absprachen der Beteiligten etwas anderes ergeben kann. Ein Ausschluss findet indessen nicht statt, wenn zum Zeitpunkt der Verurteilung bzw. des Vergleichsschlusses noch nicht alle Voraussetzungen der Verwirkung vorlagen, etwa eine eheähnliche Beziehung zu berücksichtigen ist, die noch nicht 2 bis 3 Jahre bestanden hat (§ 1579 Nr. 7 BGB).³⁹⁴⁸ Darüber hinaus greift die Präklusion nicht, wenn sie zu einem grob unbilligen Ergebnis führen würde. Der Verpflichtete ist daher z.B. nicht mit dem Einwand präkludiert, der Berechtigte habe den Titel im Erstverfahren durch betrügerisches Verschweigen von Einkünften erlangt, wenn der Verwirkungsgrund weiter besteht und fortwirkt.³⁹⁴⁹

3939 OLG Hamm, Urt. v. 20.08.1996 – 3 UF 48/96, FamRZ 1997, 373.

3940 OLG Hamm, Urt. v. 20.08.1996 – 3 UF 48/96, FamRZ 1997, 373, 374; OLG Celle, Urt. v. 23.04.1991 – 18 UF 186/90, FamRZ 1991, 1313, 1314.

3941 BGH, Urt. v. 06.05.1987 – IVb ZR 61/86, FamRZ 1987, 689.

3942 BGH, Urt. v. 28.11.1990 – XII ZR 1/90, FamRZ 1991, 670, 672.

3943 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 26.11.1997 – 3 WF 177/97, OLG Report 1998, 205.

3944 BGH, Urt. v. 28.11.1990 – XII ZR 1/90, FamRZ 1991, 670, 6721; Koch/Koch § 2 Rn. 271.

3945 BGH, Urt. v. 28.11.1990 – XII ZR 1/90, FamRZ 1991, 670, 672, 1291: keine tatsächliche Vermutung für das Fortbestehen eines eheähnlichen Verhältnisses.

3946 OLG Hamm, Urt. v. 15.03.2002 – 9 UF 146/01, FamRZ 2003, 455.

3947 Vgl. *Niepmann/Seiler* Unterhalt Rn 1197.

3948 OLG Köln, Urt. v. 27.06.1997 – 4 UF 244/96, FamRZ 1998, 1236, 1238; AG Hamburg, Urt. v. 27.09.1998 – 278 F 237/97, FamRZ 1999, 238, 239.

3949 Wendl/Dose/Schmitz § 10 Rn. 221 m.w.N. und Beispielen zur umgekehrten Fallkonstellation.

§ 1579 BGB soll ggf. einer Erhöhung der Unterhaltsansprüche durch ein **Abänderungsverlangen** des Berechtigten entgegenstehen, wenn der Unterhaltsschuldner sich zunächst freiwillig – unabhängig vom Bestehen eines Verwirkungsgroundes – zu Unterhaltszahlungen verpflichtet hatte.³⁹⁵⁰ 1642

Einem **Auskunftsbegehren** eines unterhaltsberechtigten Ehegatten kann in der Regel die Verwirkung des Unterhaltsanspruchs nach § 1579 BGB nicht entgegengehalten werden, weil die Höhe des Unterhaltsanspruchs für die anzustellenden Billigkeitsabwägungen von Bedeutung ist und deshalb die Auskunft erteilt werden muss, um den Anspruch berechnen zu können.³⁹⁵¹ 1643

Fraglich ist, ob bei einem Ausschluss des Ehegattenunterhalts nach § 1579 BGB eine **Ersatzhaftung von Verwandten** möglich ist. Zum Teil wird insoweit eine analoge Anwendung des § 1611 Abs. 3 BGB befürwortet. Für eine derartige Analogie gibt es indessen keine Grundlage. Sie ist auch nicht erforderlich, da für Fälle, in denen das treuwidrige Verhalten des Berechtigten zu einem Ausschluss von Ehegattenunterhalt führt, oftmals (aber nicht zwingend) die Voraussetzungen für eine Verwirkung nach den Vorschriften über den Verwandtenunterhalt gemäß § 1611 BGB gegeben sind. Wo das nicht der Fall ist, spricht auch nichts dafür, die Inanspruchnahme von Verwandten einzuschränken.³⁹⁵² 1644

3. Die Verwirkungstatbestände im Einzelnen

a) Verwirkung wegen kurzer Ehedauer, § 1579 Nr. 1 BGB

Die Zahlung von Unterhalt kann wegen einer **kurzen Ehedauer** grob unbillig sein. Nach früherem Recht enthielt § 1579 Nr. 1 Hs. 2 BGB die Formulierung, dass der Ehedauer die Zeit gleichstehe, in welcher der Berechtigte wegen der Pflege oder Erziehung eines gemeinschaftlichen Kindes nach § 1570 BGB Unterhalt verlangen konnte. 1645

Das BVerfG hatte darauf hingewiesen, dass der Verwirkungstatbestand zur Vermeidung verfassungswidriger Ergebnisse eng interpretiert werden müsse. Es sei immer zunächst von der **rein tatsächlichen Ehezeit** auszugehen. Die Kindesbelange seien erst im Rahmen der gesetzlich vorgesehenen Abwägung zu berücksichtigen.³⁹⁵³ Der Gesetzgeber hat dies im Rahmen des **Unterhaltsänderungsgesetzes 2007** aufgegriffen und insoweit formuliert, »dass dabei« die Zeit zu berücksichtigen sei, in welcher der Berechtigte wegen der Pflege oder Erziehung eines gemeinschaftlichen Kindes nach § 1570 BGB Unterhalt verlangen kann. 1646

Allerdings kann es ungeachtet der Kindesbetreuung zur Zurechnung **fiktiver Einkünfte** kommen, nämlich dann, wenn unter Berücksichtigung des Alters des Kindes und der konkreten Betreuungssituation eine (Teilzeit-) Beschäftigung des Berechtigten möglich gewesen ist.³⁹⁵⁴ 1647

Die **Ehedauer** ist die Zeit von der Eheschließung bis zur Rechtshängigkeit des Scheidungsantrages.³⁹⁵⁵ Auf die Rechtshängigkeit des Scheidungsantrages ist abzustellen, damit die von dem Verpflichteten nicht zu beeinflussende Dauer des Scheidungsverfahrens unerheblich bleibt. Auch bei einem **verfrühten Scheidungsantrag** ist die Ehedauer bis zur Rechtshängigkeit des Antrages zu berechnen. Die Frage, ob und warum der Antrag verfrüht gestellt wurde, ist im Rahmen der Billig- 1648

3950 OLG Frankfurt am Main, Urt. v. 16.07.1998 – 2 UF 274/97, FamRZ 1999, 237: für den Fall des Verwirkungseinwandes der kurzen Ehedauer, § 1579 Nr. 1 BGB.

3951 KG, Beschl. v. 21.03.2014 – 17 WF 65/14, FamRZ 2014, 1707; OLG Hamm, Beschl. v. 18.11.2011 – II-2 WF 129/11, NJW 2012, 1391; OLG Bamberg, Urt. v. 21.07.2005 – 2 UF 70/05, FamRZ 2006, 344.

3952 Vgl. dazu ausführlich *Maurer FPR* 2005, 331 m. umfassenden w.N.; a.A. Wendl/Dose/Wönne § 2 Rn. 911.

3953 BGH, Urt. v. 07.09.2005 – XII ZR 311/02, FamRZ 2005, 1979, 1980.

3954 BGH, Urt. v. 07.09.2005 – XII ZR 311/02, FamRZ 2005, 1980.

3955 BGH, Urt. v. 30.03.2011 – XII ZR 3/09, FamRZ 2011, 791, 794.

ter, ihr Kind der Wunschmutter zu überlassen, in Deutschland nicht anzuerkennen wäre), bei der aber überwiegende **Grundrechte des Kindes** es gebieten, die von der ausländischen Rechtsordnung bereits abschließend vorgenommene Zuordnung des Kindes zu den Wunscheltern **anzuerkennen**.⁴³³

2. Fehlende Obhut des Unterhaltspflichtigen

- 161 Neben dem Unterhalt bedarf es zur Versorgung minderjähriger Kinder, die infolge ihrer Minderjährigkeit nicht selbst über den zur Verfügung gestellten Barbetrag verfügen können, der Umsetzung des Unterhalts in Güter des Kindesbedarfes. Eben deshalb liegt in der elterlichen Bestimmung über die Obhut des Kindes eine **Unterhaltsbestimmung** nach § 1612 Abs. 2 BGB, aufgrund derer Eltern nur dann Barunterhalt schulden, wenn sie das Kind nicht mehr in Obhut haben.⁴³⁴ Der Anspruch auf Barunterhalt richtet sich auf Zahlung eines Betrages, der sodann von demjenigen, der das Kind in Obhut hat (dem anderen Elternteil oder – bei Fremdunterbringung – einem Dritten) für die Versorgung des Kindes verwendet werden soll. Neben die Verwandtschaft in gerader Linie tritt als weitere Voraussetzung des Barunterhaltsanspruches⁴³⁵ daher die **fehlende Obhut des Unterhaltspflichtigen** über das Kind, weil derjenige, der das Kind betreut, die geschuldete Versorgung nicht durch Zahlung einer Geldrente leisten kann.

a) Residenzmodell

- 162 Zumeist verbleibt das Kind nach Trennung in der Obhut eines Elternteiles, in dessen Haushalt es versorgt wird. Kontakte zum anderen Elternteil finden im Rahmen des Umganges statt (**Residenzmodell**). In diesem Fall tritt der andere Elternteil aus der vorherigen Versorgungsgemeinschaft aus, mit der täglichen Versorgung, über die nach § 1687 Abs. 2 Satz 2 BGB als Angelegenheit des täglichen Lebens der betreuende Elternteil zu entscheiden hat, hat er (soweit sie über die Ernährung beim Umgangskontakt hinausgeht) nichts mehr zu tun. Mit dieser Aufgabe der Obhut und der damit verbundenen täglichen Versorgung entsteht (durch die darin zwingend liegende Unterhaltsbestimmung nach § 1612 Abs. 2 BGB) der Barunterhaltsanspruch gegen den nicht betreuenden Elternteil. Das Kind verbleibt mit dem anderen Elternteil in der von staatlicher Kontrolle freien Versorgungsgemeinschaft und erhält nach dem Ermessen des betreuenden Elternteils die für seine materielle Versorgung benötigten Güter zugewandt.⁴³⁶ Das Merkmal der fehlenden Obhut ist daher im Residenzmodell unproblematisch.⁴³⁷

b) Wechselmodell

- 163 Zunehmend weisen Eltern die Betreuung des Kindes nach der Trennung nicht mehr einem von ihnen zu, sondern betreuen das Kind auch nach Trennung in jeweils **gleichem Umfang** (**Wechselmodell** oder paritätische Betreuung). Üblicherweise wechselt das Kind dabei so zwischen den elterlichen Haushalten, dass es sich in etwa gleichem Umfang bei jedem Elternteil aufhält. Möglich (wenngleich eher selten) ist auch der dauerhafte Verbleib des Kindes in einer von den getrennten Eltern wechselweise genutzten Wohnung (»Nestmodell«).⁴³⁸

Ein Wechsel- oder Nestmodell wird zumeist unter den Eltern vereinbart oder stillschweigend praktiziert. Aufgrund der mit zwei Lebensmittelpunkten einhergehenden Belastung für das Kind wird

433 So jedenfalls bei genetischer Verwandtschaft des Kindes mit der Kindesmutter: BGH, Beschl. v. 10.12.2014 – XII ZB 463/13 = BGHZ 203, 350 = FamRZ 2015, 240 (Tz. 32 ff.); OLG Celle, Beschl. v. 22.05.2017 – 17 W 8/16 = FamRZ 2017, 1496; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 07.04.2015 – II-1 UF 258/13 = FamRZ 2015, 1638; a.A. OLG Braunschweig, Beschl. v. 13.04.2017 – 1 UF 83/13 = FamRZ 2017, 972.

434 Vgl. oben Rdn. 12.

435 Zur Frage, ob die Verpflichtung zu Natural- und Betreuungsunterhalt einen Anspruch im Rechtssinne darstellen kann, vgl. oben Rdn. 4 und Rdn. 15

436 Vgl. oben Rdn. 14.

437 Zur Abgrenzung von Wechselmodell und Fremdunterbringung unten Rdn. 184 und Rdn. 188.

438 Zur unterhaltsrechtlichen Abgrenzung von Wechsel- und Residenzmodell unten Rdn. 184.

die gerichtliche Anordnung dieser Betreuungsform gegen den Willen eines Elternteiles nur selten in Betracht kommen.⁴³⁹ Entspricht ein Wechselmodell dem Kindeswohl, so hat das Gericht auf Antrag eine entsprechende **Umgangsregelung** zu treffen;⁴⁴⁰ über eine Zuweisung des Aufenthaltsbestimmungsrechts, dessen inhaltliche Ausübung gerichtlich nicht vorgegeben werden kann, ist ein Wechselmodell nicht zu begründen.⁴⁴¹

Die **unterhaltsrechtliche Bewältigung** des Wechselmodells ist umstritten.⁴⁴² Während im Residenzmodell die Pflicht zur Zahlung und zur tatsächlichen Versorgung klar jeweils einem Elternteil zugewiesen ist, wobei eben deshalb dem versorgenden (in der Versorgungsgemeinschaft mit dem Kind verbliebenen) Elternteil auch die alleinige Vertretungsmacht zur Durchsetzung der Unterhaltsansprüche gegen den anderen Elternteil übertragen ist (§ 1629 Abs. 2 Satz 2 BGB), versorgen im Wechselmodell beide Eltern das Kind. Diese tatsächliche Versorgung umfasst nicht nur Ernährung und Unterkunft, sondern betrifft auch Aufwendungen für Gegenstände und Leistungen, die das Kind nur einmal benötigt und die sich nicht nur im Haushalt des einen Elternteils auswirken (wie etwa Kleidung, Kosten einer Klassenfahrt, Vereinsbeiträge etc.). Wie diese Versorgung bei Bemessung des Unterhaltsanspruches im Wechselmodell zu berücksichtigen ist, ist der gesetzlichen Regelung ebenso wenig unmittelbar zu entnehmen, wie die Behandlung des Kindergeldes. Im Wesentlichen Einigkeit besteht aber darüber, dass § 1606 Abs. 3 Satz 2 BGB nicht gilt⁴⁴³ und grundsätzlich beide Elternteile nur gemeinschaftlich zur Durchsetzung von Unterhaltsansprüchen berechtigt sind (sodass ohne vorherige gerichtliche Regelung der Vertretungsbefugnis für das Kind keiner der Elternteile auf Unterhalt in Anspruch genommen werden kann).⁴⁴⁴

164

Residenzmodell	Wechselmodell
Klare Zuweisung der Pflicht zu Zahlung und zu Versorgung.	Keine klare Zuweisung.
Geltung des § 1606 Abs. 3 Satz 2 BGB.	Keine Geltung des § 1606 Abs. 3 Satz 2 BGB.
Vertretungsmacht zur Durchsetzung des Unterhaltsanspruches nach § 1629 Abs. 2 Satz 2 BGB beim betreuenden Elternteil.	Kein Elternteil kann allein die Durchsetzung von Barunterhaltsansprüchen betreiben, § 1629 Abs. 2 Satz 2 BGB gilt nicht.
Kindergeldanrechnung nach § 1612 b Abs. 1 Nr. 1 BGB zur Hälfte.	Kindergeldanrechnung fraglich.

439 Vgl. dazu etwa *Kindler/Walper* NZFam 2016, 820; *Salzgeber/Bublath* NZFam 2016, 837; *Löhnig* FF 2017, 429, 432.

440 BGH, Beschl. v. 01.02.2017 – XII ZB 601/15 = FamRZ 2017, 532; OLG Stuttgart, Beschl. v. 23.08.2017 – 18 UF 104/17 = FamRZ 2018, 35; dem steht eine Zuweisung des alleinigen Aufenthaltsbestimmungsrechts nicht zwingend entgegen: BGH, Beschl. v. 27.11.2019 – XII ZB 512/18, juris.

441 Offengelassen von BVerfG, Beschl. v. 24.06.2015 – 1 BvR 486/14 = FamRZ 2015, 1585 und BGH Beschl. v. 01.02.2017 – XII ZB 601/15 = FamRZ 2017, 532 (Tz. 15); wie hier etwa OLG Jena, Beschl. v. 12.09.2016 – 4 UF 678/15 = FamRZ 2016, 2126; für die Möglichkeit einer jeweils zeitweisen Zuweisung des jeweils alleinigen Aufenthaltsbestimmungsrechts: MüKo-BGB/*Hennemann* § 1671 BGB Rn. 33; *Hammer* FamRZ 2015, 1433, 1438 f.

442 Einen Überblick der berührten Fragen und Lösungsvorschläge gibt etwa *Seiler* FamRZ 2015, 1845 ff.; rechtsvergleichend, im Hinblick auf die im europäischen Ausland häufig(er) vorkommende paritätische Betreuung: *Detbloff/Kaesling* FamRZ 2018, 73.

443 Vgl. etwa BGH, Beschl. v. 05.11.2014 – XII ZB 599/13 = FamRZ 2015, 236 (Tz. 17); BGH, Urt. v. 28.02.2007 – XII ZR 161/04 = FamRZ 2007, 707 (Tz. 15 f.); MüKo-BGB/*Langeheine* § 1606 BGB Rn. 44.; *Wendl/Dose/Klinkhammer* § 2 Rn. 449.

444 Etwa BGH, Beschl. v. 12.03.2014 – XII ZB 234/13 = FamRZ 2014, 917 (Tz. 16); BGH, Urt. v. 21.12.2005 – XII ZR 126/03 = FamRZ 2006, 1015; *Koch/Schürmann* § 4 Rn. 156; *FA-FamR/Fuchs* Kap. 6 Rn. 423.

- 165 Liegt ein Wechselmodell vor,⁴⁴⁵ so sind nach Auffassung des BGH **beide Elternteile zum Barunterhalt** verpflichtet. Weder ersetzt die tatsächlich geleistete Pflege und Erziehung den Barunterhaltsanspruch⁴⁴⁶, noch erbringen die Eltern den Unterhalt allein durch Naturalleistungen.⁴⁴⁷ Dabei dient der Unterhaltsanspruch des Kindes im Wechselmodell (nur) dazu, eine **angemessene Beteiligung** der Eltern am Kindesunterhalt zu bewirken.⁴⁴⁸ Der damit angestrebte Ausgleich unter den Eltern soll über den (dem Kind zustehenden) Unterhaltsanspruch, nicht etwa über einen familienrechtlichen Ausgleichsanspruch unter den Eltern erreicht werden.⁴⁴⁹

Nach dem BGH sind für die gerichtliche Festsetzung des Kindesunterhalts folgende Grundsätze zu beachten:

- 166 – Mangels Anwendbarkeit des § 1629 Abs. 2 Satz 2 BGB ist das Kind gesetzlich von beiden Elternteilen vertreten. Da der in Anspruch genommene Elternteil nach den §§ 1629 Abs. 2 Satz 1, 1795 BGB von der Vertretung ausgeschlossen ist, bedarf es entweder der Bestellung eines **Ergänzungspflegers** oder einer Entscheidung nach § 1628 BGB, nach der dem nicht in Anspruch genommenen Elternteil die **Befugnis zur alleinigen Durchsetzung** des Unterhalts übertragen wird.⁴⁵⁰ Beide Möglichkeiten sind zwingend mit einem vorgeschalteten Kindschaftsverfahren verbunden: Ein Ergänzungspfleger kann regelmäßig nur bestellt werden, sobald ein Antrag vorliegt, sodass es zur Entscheidung, ob und gegen wen ein Verfahren auf Zahlung eingeleitet werden soll, bereits des teilweisen Sorgerechtszuges und der Bestellung eines Pflegers nach § 1796 BGB bedarf.⁴⁵¹ Da auf Grundlage der Auffassung des BGH nur der wirtschaftlich stärkere Elternteil Unterhalt durch Zahlung eines Geldbetrages schuldet⁴⁵² (und ein unbegründeter Antrag dem Kindeswohl nicht entsprechen würde) sind die Einkommensverhältnisse zumindest grob in einem **vorgeschalteten Kindschaftsverfahren** – entweder nach § 1796 BGB oder nach § 1628 BGB – von Amts wegen zu prüfen (ohne dass es darauf ankäme, ob der in Anspruch zu nehmende Elternteil möglicherweise mit einer gerichtlichen Klärung sogar einverstanden ist). Bei Bestellung eines im gerichtlichen Verfahren handelnden Ergänzungspflegers bleibt unklar, wie der zur Zahlung verpflichtete Elternteil den festgelegten Zahlungsanspruch gegenüber dem Kind erfüllen könnte, ohne dass auch dafür (möglicherweise dauerhaft) ein Pfleger bestellt wer-

445 Zur Abgrenzung zum bloß erweiterten Umgang, bei dem von einem Residenzmodell auszugehen ist, unten Rdn. 185.

446 BGH, Beschl. v. 05.11.2014 – XII ZB 599/13 = FamRZ 2015, 236 (Tz. 17); BGH, Beschl. v. 11.01.2017 – XII ZB 565/15 = BGHZ 213, 254 = FamRZ 2017, 437 (Tz. 21).

447 BGH, Beschl. v. 11.01.2017 – XII ZB 565/15 = BGHZ 213, 254 = FamRZ 2017, 437 (Tz. 22), entgegen *Maafß* FamRZ 2016, 603, 605 und FamRZ 2016, 1428, 1429.

448 Ausdrücklich BGH, Beschl. v. 11.01.2017 – XII ZB 565/15 = BGHZ 213, 254 = FamRZ 2017, 437 (Tz. 44).

449 BGH, Beschl. v. 11.01.2017 – XII ZB 565/15 = BGHZ 213, 254 = FamRZ 2017, 437 (Tz. 44); FA-FamR/*Fuchs* Kap. 6 Rn. 362, entgegen *Jokisch* FuR 2014, 25, 29 f.; *Bausch/Gutdeusch/Seiler* FamRZ 2012, 258, 260.

450 Dazu *Seiler* FamRZ 2015, 1845, 1850; *Götz* FF 2015, 146, 148; *Büte* FuR 2018, 622, 623; der BGH lässt beide Möglichkeiten zu, BGH, Beschl. v. 12.03.2014 – XII ZB 234/13 = FamRZ 2014, 917 (Tz. 16); BGH, Urt. v. 21.12.2005 – XII ZR 126/03 = FamRZ 2006, 1015 (Tz. 9); ebenso OLG Hamburg, Beschl. v. 27.10.2014 – 7 UF 124/14 = FamRZ 2015, 591; nach *Spangenberg* NZFam 2017, 1089, 1090 können die Eltern nach § 1629 Abs. 2 Satz 2 BGB jeweils das Kind im Verfahren gegen den anderen Elternteil allein vertreten.

451 Allgemein: MüKo-BGB/*Spickhoff* § 1795 BGB Rn. 41; speziell zum Wechselmodell: OLG Frankfurt, Beschl. v. 17.10.2016 – 6 UF 242/16 = FamRZ 2017, 289, dies verkennt OLG Hamm, Beschl. v. 07.06.2017 – 10 UF 68/17 = FamRZ 2017, 1596, wonach die Bestellung des Ergänzungspflegers im Wechselmodell mangels Eingriffs in eine elterliche Rechtsposition nicht beschwerdefähig sein soll.

452 So ausdrücklich OLG Nürnberg, Beschl. v. 20.12.2016 – 11 UF 673/16 = NZFam 2017, 257; ein abweichendes Ergebnis kann aber nach der Berechnung des BGH resultieren, wenn der wirtschaftlich stärkere Elternteil abgrenzbar und in der Berechnung zu berücksichtigende (vgl. unten Rdn. 170) Naturalleistungen erbringt, die seinen Anteil übersteigen.

den müsste. Teilweise wird es daher als **vorzugswürdig** angesehen, wenn sich der wirtschaftlich schwächere Elternteil gerichtlich die Befugnis übertragen lässt, Unterhaltsansprüche gegen den anderen Elternteil durchzusetzen (§ 1628 BGB).⁴⁵³ Eine solche Übertragung begründet auch die entsprechende Vertretungsmacht nach außen (§ 1629 Abs. 1 Satz 3 BGB). Die Abhängigkeit des eigenen Haftungsanteiles des vertretenden Elternteils von der Höhe des vom anderen Elternteil geschuldeten Unterhaltes führt nicht zu einem die Vertretung ausschließenden Interessengegensatz,⁴⁵⁴ sodass der Weg über § 1628 BGB praktisch weniger problematisch erscheint. § 1628 BGB geht allerdings davon aus, dass das Gericht zwischen zwei Elternteilen, die beide grundsätzlich entscheidungsbefugt und vertretungsberechtigt sind, denjenigen auswählt, dessen Entscheidung dem Kindeswohl (§ 1697a BGB) mutmaßlich am besten entspricht. Eine solche Situation liegt bei einem beabsichtigten Antrag auf Kindesunterhalt im Wechselmodell nicht vor: Der in Anspruch genommene Elternteil (zumeist der mit dem höheren Einkommen) kann von vorneherein nicht über die Einleitung des gegen ihn selbst gerichteten Verfahrens entscheiden. Darüber hinaus richtet sich die Frage, ob ein Elternteil auf Unterhalt in Anspruch genommen werden soll, nach den jeweiligen Einkommensverhältnissen, weitere Aspekte des Kindeswohls spielen keine Rolle. Insgesamt dürften daher die Voraussetzungen des § 1628 BGB beim Unterhaltskonflikt im Wechselmodell nicht vorliegen.⁴⁵⁵

- Nach Auffassung des BGH setzt sich der Unterhaltsbedarf des Kindes im Wechselmodell aus dem **Elementarbedarf** und (neben sonstigem Mehrbedarf) insbesondere den **Kosten des Wechselmodells** als Mehrbedarf zusammen.⁴⁵⁶ Aufwendungen für eine Betreuung durch Dritte während eines Zeitraumes, der in die Betreuungszeit eines Elternteiles fällt und die damit seiner eigenen Lebensgestaltung zuzurechnen sind, erhöhen den Bedarf dabei nicht.⁴⁵⁷ Der Regelbedarf ist der Düsseldorfer Tabelle zu entnehmen, wobei zur Einstufung das bereinigte **Einkommen beider Elternteile** zusammenzurechnen ist.⁴⁵⁸ Dabei sind (ebenso wie bei der Ermittlung der Haftungsanteile) auch fiktive Einkünfte eines Elternteiles, der seiner Erwerbsobliegenheit nicht vollständig genügt, heranzuziehen: Angesichts des durch den Kindesunterhalt im Wechselmodell einzig angestrebten Ausgleiches unter den Eltern ist mit der Berücksichtigung fiktiver Einkünfte im Wechselmodell nicht die Gefahr verbunden, dass das Kind auf einen nicht erreichbaren Unterhaltsanspruch verwiesen würde.⁴⁵⁹ Ungeklärt sind Kriterien für den Umfang der Erwerbsobliegenheit, die regelmäßig auch durch den Betreuungsbedarf im konkret gelebten Betreuungsmodell beeinflusst sein wird, und die Frage, ob einzelne Einkünfte gegebenenfalls als überobligatorisch von der Anrechnung auszunehmen sind.⁴⁶⁰ Mehrkosten des Wechselmodells entstehen insbesondere aus – regelmäßig anfallendem – Aufwand für den **Transport des Kindes** und aus den durch das Wechselmodell veranlassten Mehrkosten für die **Wohnung** in beiden Haushalten. Wohnkosten des Kindes, die der BGH bei blo-

453 OLG Frankfurt, Beschl. v. 17.10.2016 – 6 UF 242/16 = FamRZ 2017, 289.

454 OLG Frankfurt, Beschl. v. 17.10.2016 – 6 UF 242/16 = FamRZ 2017, 289; a. A. *Götz* FF 2015, 146, 149; *Seiler* FamRZ 2015, 1845, 1850.

455 Zu einer vergleichbaren Konstellation: OLG Celle, Beschl. v. 06.07.2018 – 17 UF 64/18 = FamRZ 2019, 40.

456 BGH, Beschl. v. 11.01.2017 – XII ZB 565/15 = BGHZ 213, 254 = FamRZ 2017, 437 (Tz. 23 ff.); BGH, Urt. v. 21.12.2005 – XII ZR 126/03 = FamRZ 2006, 1015 (Tz. 17); BGH, Beschl. v. 05.11.2014 – XII ZB 599/13 = FamRZ 2015, 236 (Tz. 18).

457 BGH, Beschl. v. 11.01.2017 – XII ZB 565/15 = BGHZ 213, 254 = FamRZ 2017, 437 (Tz. 34); OLG Dresden, Beschl. v. 29.10.2015 – 20 UF 851/15 = FamRZ 2016, 470.

458 BGH, Beschl. v. 11.01.2017 – XII ZB 565/15 = BGHZ 213, 254 = FamRZ 2017, 437 (Tz. 23 ff.); BGH, Urt. v. 21.12.2005 – XII ZR 126/03 = FamRZ 2006, 1015 (Tz. 17); BGH, Beschl. v. 05.11.2014 – XII ZB 599/13 = FamRZ 2015, 236 (Tz. 18); zur Bedarfsbemessung anhand des zusammengerechneten Einkommens allgemein noch oben Rdn. 27 und unten Rdn. 195.

459 BGH, Beschl. v. 11.01.2017 – XII ZB 565/15 = BGHZ 213, 254 = FamRZ 2017, 437 (Tz. 26 ff.)

460 Vgl. dazu generell BGH, Beschl. v. 15.02.2017 – XII ZB 201/16 = FamRZ 2017, 711 (beim Elternunterhalt) und BGH, Beschl. v. 01.10.2014 – XII ZB 185/13 = FamRZ 2014, 1987 (beim Ehegattenunterhalt).

ßem Umgang des Kindes im Haushalt des Umgangsberechtigten im Grundsatz gar nicht berücksichtigt,⁴⁶¹ erhöhen im Wechselmodell den Bedarf des Kindes im Haushalt beider Elternteile, soweit die auf das Kind bei jedem Elternteil entfallenden Kosten zusammen ein Fünftel des Regelbedarfes (der sich nach dem zusammengerechneten Einkommen beider Elternteile bemisst) übersteigen.⁴⁶² Damit sind für die Bedarfsbemessung die Wohnkosten, die das Kind bei jedem Elternteil verursacht, konkret zu ermitteln, eine abstrakte Berechnung anhand der Einkommensverhältnisse der Elternteile hat der BGH ausdrücklich verworfen.⁴⁶³ Welche Kosten der Wohnung konkret durch den Aufenthalt des Kindes verursacht sind, ist aber kaum genau festzustellen.⁴⁶⁴ In der Praxis wird man sich mit einer **Schätzung** anhand der Gesamtkosten und -größe der Wohnung, der Quadratmeterzahl des Kinderzimmers und einer Aufteilung der Energiekosten begnügen müssen.

- 168 – Der ermittelte Bedarf ist sodann um das anzurechnende **Kindergeld** zu vermindern.⁴⁶⁵ Nach dem Wortlaut des § 1612b Abs. 1 BGB reduziert das Kindergeld grundsätzlich in voller Höhe den ermittelten Bedarf, lediglich bei Anwendbarkeit des § 1606 Abs. 3 Satz 2 BGB ist das Kindergeld nur hälftig auf den Bedarf anzurechnen. Da – anders als im praktisch häufigeren Fall des Residenzmodells – § 1606 Abs. 3 Satz 2 BGB im Wechselmodell nicht anzuwenden ist, wäre das Kindergeld nach dem Wortlaut der gesetzlichen Regelung vollständig bedarfsmindernd zu berücksichtigen. Abweichend von diesem Wortlaut des § 1612b Abs. 1 BGB rechnet der BGH das Kindergeld im Wechselmodell nur hälftig auf den ermittelten Bedarf an, sodass es letztlich den Eltern im Verhältnis ihrer Einkommensanteile zugutekommt. Die andere Hälfte entfällt auf die Betreuung und ist daher zwischen den Eltern, die im Wechselmodell das Kind beide gleichermaßen betreuen, gleichmäßig zu verteilen.⁴⁶⁶
- 169 – Den Bedarf haben die Eltern im Wechselmodell nach Auffassung des BGH anhand ihrer Einkommensverhältnisse zu decken.⁴⁶⁷ Zur Ermittlung der Haftungsanteile sind die Einkünfte um den angemessenen Selbstbehalt in Höhe von zurzeit (Stand 2020) 1.400,00 € zu **bereinigen** und sodann ins **Verhältnis** zu setzen.⁴⁶⁸ Ein Elternteil, dessen Einkünfte den Selbstbehalt nicht erreichen, haftet danach nicht; dies dürfte dann nicht gelten, wenn das Einkommen beider Elternteile unterhalb des angemessenen Selbstbehaltes liegt.
- 170 – Steht danach fest, welcher Elternteil welchen Betrag zur Versorgung des Kindes aufzuwenden hat, sind die vom jeweiligen Elternteil auf den Bedarf erbrachten **Naturalleistungen**, in deren Höhe der festgestellte Unterhaltsanspruch nach Auffassung des BGH erfüllt ist, davon jeweils abzuziehen.⁴⁶⁹ Das ist in sich widersprüchlich, weil der BGH ausdrücklich betont, dass sich der Unterhaltsanspruch im Wechselmodell auf Zahlung richtet und Naturalleistungen einen Zahlungsanspruch nur unter den Voraussetzungen einer Leistung an Erfüllung statt nach § 364 BGB (und zudem nur für die Vergangenheit) erfüllen können.⁴⁷⁰ Kriterien dafür, welche Leistungen zu berücksichtigen sind, nennt der BGH zudem nicht. In Betracht dürften dafür nur

461 BGH, Beschl. v. 12.03.2014 – XII ZB 234/13 = FamRZ 2014, 917 (Tz. 35); BGH, Urt. v. 23.02.2005 – XII ZR 56/02 = FamRZ 2005, 706 (Tz. 16), dazu noch unten Rdn. 332.

462 BGH, Beschl. v. 11.01.2017 – XII ZB 565/15 = BGHZ 213, 254 = FamRZ 2017, 437 (Tz. 35 ff.)

463 BGH, Beschl. v. 11.01.2017 – XII ZB 565/15 = BGHZ 213, 254 = FamRZ 2017, 437 (Tz. 35 ff.), vgl. zur Berechnung anhand der Einkommensverhältnisse die Entscheidung der vorhergehenden Instanz OLG Dresden, Beschl. v. 29.10.2015 – 20 UF 851/15 = FamRZ 2016, 470.

464 Kritisch insofern auch *Spangenberg* NZFam 2017, 204, 205.

465 Zur Auswahl des kindergeldberechtigten Elternteiles beim Wechselmodell vgl. KG, Beschl. v. 26.08.2019 – 13 WF 69/19 = NJ 2019, 483; OLG Celle, Beschl. v. 25.05.2018 – 19 UF 24/18 = FamRZ 2019, 31.

466 BGH, Beschl. v. 20.04.2016 – XII ZB 45/15 = FamRZ 2016, 1053 (Tz. 21 f.); BGH, Beschl. v. 11.01.2017 – XII ZB 565/15 = BGHZ 213, 254 = FamRZ 2017, 437 (Tz. 48 ff.); dazu noch sogleich Rdn. 172.

467 BGH, Beschl. v. 20.04.2016 – XII ZB 45/15 = FamRZ 2016, 1053 (Tz. 16).

468 BGH, Beschl. v. 11.01.2017 – XII ZB 565/15 = BGHZ 213, 254 = FamRZ 2017, 437 (Tz. 41) m.w.N.; dazu grundsätzlich unten Rdn. 403.

469 Vgl. BGH, Beschl. v. 11.01.2017 – XII ZB 565/15 = BGHZ 213, 254 = FamRZ 2017, 437 (Tz. 21).

470 *Maafß* FamRZ 2017, 673, 674.

regelmäßig erbrachte und von den allgemeinen Lebenshaltungskosten **eindeutig abgrenzbare** kindbezogene Leistungen (wie etwa die ermittelten Wohnkosten, regelmäßiger Transport, regelmäßig zu zahlende Vereinsbeiträge, etc.) kommen. Aufwendungen für die Ernährung des Kindes oder der gelegentliche Erwerb von Kleidung beeinflussen den monatlich festzulegenden Unterhaltsanspruch auch nach Ansicht des BGH nicht.

An dieser Stelle ist die bedarfsdeckende Hälfte des **Kindergeldes** (s.o.), das ein Elternteil erhalten hat, dem Bedarfsanteil dieses Elternteiles hinzuzuzählen.⁴⁷¹ Damit werden die mit der Versorgung verbundenen Ausgaben vom Bedarfsanteil abgezogen, das anlässlich der Bedarfsdeckung erhaltene Kindergeld diesem aber hinzugerechnet, sodass sowohl Naturalleistungen als auch Einnahmen der zuvor ermittelten Haftungsquote entsprechend unter den Elternteilen verteilt sind.

- Nachdem bei jedem Elternteil der für den Unterhalt aufzuwendende Betrag um den Wert der tatsächlich regelmäßig für das Kind erbrachten Naturalleistungen vermindert (und um den bedarfsdeckenden Anteil des Kindergeldes gegebenenfalls erhöht) ist, ist der monatlich aufseiten des einen Elternteiles verbleibende Geldbetrag mit dem monatlich aufseiten des anderen Elternteiles verbleibenden Betrag zu **verrechnen**. Der Elternteil, bei dem ein höherer Anteil verbleibt, hat die **Hälfte der Differenz** an den anderen Elternteil zu zahlen.⁴⁷² Dies führt im Ergebnis dazu, dass jedem Elternteil dieselbe Summe für den Kindesunterhalt zur Verfügung steht, die letztlich von beiden Elternteilen, entsprechend des in § 1606 Abs. 3 Satz 1 BGB enthaltenen Grundsatzes, im Verhältnis ihrer Einkünfte aufzubringen ist. 171
- In einem letzten Schritt ist sodann die **zweite Hälfte** des Kindergeldes, die auf die Betreuung des Kindes entfällt,⁴⁷³ in den Ausgleich einzubeziehen. Da diese Hälfte laut BGH infolge der paritätischen Betreuung beiden Elternteilen zugutekommt, hat der Elternteil, der das Kindergeld nicht bezieht, ein **Viertel des Kindergeldes** (50 % der auf die Betreuung entfallenden Hälfte) dem anderen Elternteil auszukehren. Dies kann über den Unterhaltsanspruch des Kindes geschehen, sodass der Kindergeldausgleich mit dem geschuldeten Unterhaltbetrag (der nach dem BGH seinerseits nur dem Ausgleich unter den Eltern dient) zu verrechnen ist.⁴⁷⁴ 172

Auch im Wechselmodell handelt es sich beim Kindergeld um eine letztlich den Eltern zustehende staatliche Leistung, deren Ausgleich die Eltern auch unabhängig und isoliert vom Kindesunterhalt im Wege des **familienrechtlichen Ausgleichsanspruches**, der zum Ausgleich erhaltenen Kindergeldes dienen kann,⁴⁷⁵ verlangen können.⁴⁷⁶ Es besteht kein Vorrang des Ausgleiches über den Kindesunterhalt. Da das Kindergeld im Wechselmodell zur Hälfte auf den Bedarf des Kindes anzurechnen ist und die Eltern daher im Verhältnis ihrer Einkünfte entlastet, kann ein Elternteil den Ausgleich dieser Hälfte nur so weit verlangen, wie sie ihm auf Grundlage der beiderseitigen Einkünfte verhältnismäßig zusteht.⁴⁷⁷ In jedem Fall kann aber der das Kindergeld nicht beziehende Elternteil ein Viertel des Kindergeldes, das auf die durch ihn selbst geleistete Betreuung entfällt, vom anderen Elternteil verlangen, auch wenn Kindesunterhalt weder gezahlt noch gerichtlich anhängig ist.⁴⁷⁸ 173

471 Vgl. die Berechnungsbeispiele bei Wendl/Dose/Klinkhammer § 2 Rn. 450 und *Viefbues* FuR 2019, 62; *Büte* FuR 2018, 622, 623.

472 BGH, Beschl. v. 11.01.2017 – XII ZB 565/15 = BGHZ 213, 254 = FamRZ 2017, 437 (Tz. 44).

473 Vgl. oben Rdn. 168; BGH, Beschl. v. 20.04.2016 – XII ZB 45/15 = FamRZ 2016, 1053 (Tz. 21 f.); BGH, Beschl. v. 11.01.2017 – XII ZB 565/15 = BGHZ 213, 254 = FamRZ 2017, 437 (Tz. 48 ff.); dazu noch unten Rdn. 252.

474 BGH, Beschl. v. 20.04.2016 – XII ZB 45/15 = FamRZ 2016, 1053 (Tz. 12); BGH, Beschl. v. 11.01.2017 – XII ZB 565/15 = BGHZ 213, 254 = FamRZ 2017, 437 (Tz. 50).

475 Vgl. BGH, Urt. v. 16.04.1997 – XII ZR 233/95 = FamRZ 1997, 806; BGH, Urt. v. 11.05.1988 – IVb ZR 89/87 = FamRZ 1988, 834; dazu unten Rdn. 271.

476 BGH, Beschl. v. 20.04.2016 – XII ZB 45/15 = FamRZ 2016, 1053 (Tz. 12 f.).

477 BGH, Beschl. v. 20.04.2016 – XII ZB 45/15 = FamRZ 2016, 1053 (Tz. 29).

478 BGH, Beschl. v. 20.04.2016 – XII ZB 45/15 = FamRZ 2016, 1053 (Tz. 32).

► Beispiel für die Berechnung des Kindesunterhalts im Wechselmodell (auf Grundlage der Auffassung des BGH):

174

Der zwölf Jahre alte K wird im Wechselmodell von seinen Eltern V und M betreut. V erzielt ein Einkommen von 1.700,00 €, M verdient 2.100,00 €. V lebt in einer 65 qm großen Wohnung, in der K eines von drei Zimmern mit einer Größe von 14 qm nutzt. Die von V gezahlte Miete beläuft sich auf 700,00 € inklusive Nebenkosten. Bei M, die für eine 80 qm große Wohnung 800,00 € inkl. Nebenkosten zahlt, bewohnt K eines von vier Zimmern, das eine Größe von 16 qm aufweist. Das Kindergeld für K erhält V.

K ist in einem Sportverein, die Beiträge in Höhe von 15,00 €/ Monat dafür zahlt V. K, vertreten durch V, der sich nach § 1628 BGB die Entscheidungsbefugnis über die Durchsetzung von Unterhalt hat übertragen lassen, begehrt Kindesunterhalt von M.

Bedarf: Das zusammengerechnete Einkommen von M und V beträgt 3.800,00 €. Damit ist der Regelbedarf der sechsten Einkommensgruppe (Herab- oder Heraufstufungen mögen hier dahinstehen) zu entnehmen und beträgt 637,- €. Hinzu treten die Mehrkosten des Wechselmodells, die hier insbesondere aus den Wohnmehrkosten bestehen. Im Regelbedarf enthalten sind (20 % von 637,00 €) 127,00 €. Schätzt man den Wohnbedarf anhand der genutzten Quadratmeter, so sind bei V (14 qm/65 qm x 700,00 €) 151,00 € und bei M (16/80 x 800,00 €) 160,00 € zu berücksichtigen, insgesamt also 311,00 €. Der (hier nur exemplarisch und ungenau geschätzte) Wohnmehrbedarf beläuft sich daher auf (311,00 € - 127,00 €) 184,00 €. Insgesamt resultiert so ein Bedarf in Höhe von 821,00 €. Die Kosten für den Verein sind im Tabellenbetrag enthalten und stellen angesichts ihrer moderaten Höhe keinen Mehrbedarf dar.

Auf diesen Bedarf ist das Kindergeld, das angesichts des anhängigen Unterhalts hier bei Bemessung des Kindesunterhalts zu berücksichtigen ist, zur Hälfte anzurechnen, sodass noch (821,00 € - 102,00 €) 719,00 € verbleiben.

Haftungsquoten: Das um den Selbstbehalt i. H. v. 1.400,00 € bereinigte Einkommen des V beträgt 300,00 €, das der M 700,00 €. Damit haftet V für den noch ungedeckten Bedarf in Höhe von 719,00 € mit $(719,00 \text{ €} \times 300/1000; 3/10)$ 216,00 €; M in Höhe von $(719,00 \text{ €} \times 7/10)$ 503,00 €.

Anrechnung erbrachter Naturalleistungen: Von den jeweiligen Haftungsanteilen ist der Wert der vom jeweiligen Elternteil regelmäßig erbrachten Naturalleistungen abzuziehen. V deckt einen Wohnmehrbedarf in Höhe von monatlich 151,00 € und trägt die Vereinsbeiträge in Höhe von 15,00 €. Insgesamt sind daher 166,00 € von dem auf ihn entfallenden Haftungsanteil in Höhe von 216,00 € abzuziehen. Hinzu tritt das von V bezogene, auf den Barbedarf entfallende Kindergeld mit 102,00 €, sodass V in Höhe von 152,00 € Kindesunterhalt zu zahlen hat. M deckt einen Wohnbedarf in Höhe von 160,00 €, sodass noch (503,00 € - 160,00 €) 343,00 € offen sind.

Verrechnung und Festlegung des Ausgleichsbetrages: Die Differenz der jeweils zu zahlenden Anteile beläuft sich auf (343,00 € - 152,00 €) 191,00 €. M schuldet die Hälfte der Differenz als Unterhalt, mithin 95,50 €. Auf diesen geschuldeten Unterhalt ist die auf die Betreuung entfallende Hälfte des Kindergeldes anzurechnen. Da diese im Wechselmodell beiden Elternteilen je zur Hälfte zusteht, vermindert ein Viertel des Kindergeldes den zu zahlenden Unterhalt, weil hier der ausgleichsberechtigte V das Kindergeld ausbezahlt bekommt (bekäme es M, so erhöhte sich der Unterhalt um das Viertel). Es verbleiben (95,50 € - 51,00 €) 44,50 €, die M an den durch V vertretenen K zu zahlen hat.

175 Die Auffassung des BGH zur unterhaltsrechtlichen Behandlung des Wechselmodells, die aufgrund ihrer Komplexität kaum praktikabel ist und zu schwer vorhersehbaren Ergebnissen führt, ist **abzu-**

lehnen.⁴⁷⁹ Ein anhand der elterlichen Einkommensverhältnisse ermittelter Ausgleichsbetrag führt von vorneherein nur dann zu der von § 1606 Abs. 3 Satz 1 BGB vorgesehenen Verteilung der finanziellen Lasten der Kindesversorgung, wenn und soweit beide Elternteile den errechneten Unterhalt auch zu gleichen Teilen in Güter des Kindesbedarfes umsetzen. Davon ist aber schon bei der täglichen Versorgung des Kindes im jeweiligen Haushalt der Elternteile nicht auszugehen – der Elternteil mit dem höheren Einkommen wird für diese Versorgung mehr aufwenden, als der andere, sodass unterschiedliche Einkommensverhältnisse eine Ausgleichszahlung nicht gebieten.

Problematisch ist die Auffassung des BGH zum Unterhalt im Wechselmodell insbesondere dort, wo Aufwendungen betroffen sind, die sich nicht nur im Haushalt eines Elternteiles auswirken, sondern einen Bedarf des Kindes decken, der nur einmal auftritt. Wird lediglich eine dem Ausgleich unter den Elternteilen dienende Barunterhaltsrente festgelegt, so ist nicht geklärt, in welchem Verhältnis die Eltern diese Aufwendungen zu decken haben: Benötigt das Kind etwa eine Winterjacke oder ist eine Klassenreise zu bezahlen, so kann jeder Elternteil das Kind auf den jeweils anderen verweisen. Fehlt es insofern an einem auf den **Ausgleich einzelner Aufwendungen** gerichteten Anspruch, so entsteht unter dem Dach des festgelegten Kindesunterhalts letztlich ein rechtsfreier Raum unter den Eltern,⁴⁸⁰ innerhalb dessen jeder Elternteil die Beteiligung an einzelnen Aufwendungen für das Kind sanktionslos verweigern kann. Dies kann sich – wenn beide Elternteile auf den jeweils anderen verweisen und keiner die Jacke kauft oder die Klassenreise bezahlt – durchaus auch zulasten des Kindes auswirken.⁴⁸¹

Einen Ersatzanspruch für konkrete Aufwendungen (der zu einem den Lebensbedarf pauschal deckenden Unterhaltsanspruch auch nicht passt) lehnt der BGH ab – meint ein Elternteil im Wechselmodell, er habe mehr für das Kind ausgegeben als der andere, so verlangt der BGH für die Begründung eines Anspruches eine »**unterhaltsrechtliche Gesamtabrechnung**,« aufgrund derer die für das Kind aufgewandten Beträge den auf den jeweiligen Elternteil entfallenden Unterhaltsanteil übersteigen.⁴⁸² Damit schließt der BGH, der die rechtliche Grundlage für die verlangte Gesamtabrechnung auch nicht nennt, einen Ersatzanspruch aufgrund erbrachter Aufwendungen praktisch aus: Der Ausgleich begehrende Elternteil müsste nicht nur den auf ihn entfallenden Unterhaltsanteil vortragen, sondern auch eine unbestimmte Vielzahl von Aufwendungen (über einen unklaren, jedenfalls aber längeren Zeitraum hinweg) darlegen. In diesem Fall läge es nahe, dass der andere Elternteil diese Aufwendungen bestreiten, ihre Erforderlichkeit jeweils in Zweifel ziehen und eigene Aufwendungen vortragen würde. In der amtsgerichtlichen Praxis wäre ein solches Verfahren kaum praktikabel;⁴⁸³ zumal so die gesamte Lebensführung mit dem Kind zum Gegenstand gerichtlicher Überprüfung würde.

Im Ergebnis ist im Wechselmodell Barunterhalt von vorneherein nicht geschuldet, weil sich das Kind (ebenso wie vor der Trennung der Eltern) in gemeinsamer Obhut der Elternteile befindet. Es fehlt daher an einer Voraussetzung eines auf Zahlung gerichteten Unterhaltsanspruchs – das Kind bleibt in der Versorgungsgemeinschaft mit beiden Elternteilen, sodass in der **Obhutsverteilung** im Wechselmodell zwingend die Bestimmung liegt, Unterhalt nur durch **Naturalleistungen** (und damit außerhalb eines Anspruches im Rechtssinne) zu erbringen.⁴⁸⁴

Die Fortdauer der gemeinsamen Obhut und der damit verbundenen Versorgung durch Naturalien folgt schon aus der gebotenen Auslegung des § 1687 Abs. 1 BGB. Im Wechselmodell hat kein Elternteil mehr Befugnisse als der andere; einen Elternteil, bei dem sich das Kind gewöhnlich aufhält und der deshalb nach § 1687 Abs. 1 Satz 2 BGB über die Angelegenheiten des täglichen Lebens zu entscheiden hat, gibt es nicht. Dementsprechend wird die alltägliche Sorge, die auch die Befug-

479 Vgl. insofern *Maaß* FamRZ 2017, 673 und NZFam 2019, 653, 654; kritisch auch *Wohlgemuth* FamRZ 2017, 676

480 *Maaß* FamRZ 2017, 673, 674.

481 *Maaß* NZFam 2019, 653, 654.

482 BGH, Beschl. v. 20.04.2016 – XII ZB 45/15 = FamRZ 2016, 1053 (Tz. 33).

483 *Maaß* FamRZ 2017, 673, 675.

484 Vgl. oben Rdn. 7.

nis umfasst, über die dem Kind zu dessen Versorgung zugewandten Güter (Gegenstände und Leistungen) zu entscheiden, weiterhin durch **beide Elternteile gleichermaßen** ausgeübt. Dem Kind treten die getrennten Eltern im Wechselmodell daher (wie zumeist auch von ihnen beabsichtigt) nicht anders gegenüber als vor der Trennung, zumal sich die nur einmal zu leistende Versorgung des Kindes ebenso wenig anhand der zeitlichen Betreuungsanteile aufteilen lässt wie die sonstige Verantwortung für die in § 1687 Abs. 1 Satz 2 BGB genannten Angelegenheiten des täglichen Lebens.

Angesichts der Trennung können und wollen die Eltern die Gesamtverantwortung für das Kind im Alltag nicht mehr gemeinsam, sondern nebeneinander tragen. Dementsprechend bedient sich jeder Elternteil des jeweils anderen, um alltägliche Entscheidungen für das Kind während der auf den anderen Elternteil entfallenden Betreuungszeit zu treffen und dabei auch die Versorgung sicherzustellen. Diese **Delegation der alltäglichen Sorge** (die regelmäßig auch bei zusammenlebenden Eltern für die Zeiten vorübergehender Abwesenheit eines Elternteiles stattfindet) ändert ebenso wenig etwas am Fortbestand gemeinsamer Obhut wie etwa die durch die Eltern veranlasste zeitweise Betreuung im Kindergarten oder durch Verwandte.

- 179 Fehlt es deshalb von vorneherein und gänzlich an einem auf Zahlung gerichteten Unterhaltsanspruch des Kindes,⁴⁸⁵ ist ein Ausgleich der durch die Kinderbetreuung begründeten Lasten ausschließlich im Verhältnis unter den Eltern vorzunehmen. Eines derartigen Ausgleiches bedarf es nur, soweit Aufwendungen betroffen sind, die sich über den Aufenthalt des Kindes im Haushalt eines Elternteiles hinaus auswirken, weil das Kind im jeweiligen Haushalt der Elternteile dessen Lebensverhältnisse (ebenso wie zuvor im gemeinsamen Haushalt der Familie) teilt. Die vom jeweiligen Elternteil insofern getätigten Aufwendungen gewährleisten eine an dessen **Einkommensverhältnissen orientierte Versorgung** des Kindes.⁴⁸⁶ Dabei führt die Trennung der Eltern dazu, dass diese Aufwendungen nicht mehr wie vor der Trennung im gemeinsamen Ermessen der Eltern, sondern im nebeneinander auszuübenden – nicht gerichtlich überprüfbaren – Ermessen des jeweils betreuenden Elternteiles stehen. Da im Wechselmodell keinem Elternteil die alleinige Entscheidungsbefugnis in alltäglichen Angelegenheiten zugewiesen ist, die Eltern diese Entscheidungen aber angesichts der Trennung weder gemeinsam treffen wollen noch können, ist § 1687 Abs. 1 BGB im Wechselmodell so auszulegen, dass jeder Elternteil über alltägliche Angelegenheiten (und damit auch die Versorgung des Kindes) während seiner Betreuungszeit jeweils alleine entscheiden kann.⁴⁸⁷
- 180 Aufwendungen, die sich über den Aufenthalt des Kindes in einem Haushalt hinaus auswirken (wie etwa Kosten einer Klassenreise, Kleidung etc.) unterliegen einem Ausgleich unter den Eltern, deren Rechtsverhältnis vor der Trennung regelmäßig einen Ersatzanspruch wegen geleisteter Kinderversorgung ausschließt,⁴⁸⁸ nach der Trennung aber **Aufwendungsersatzansprüche** zulässt (und, anders als das Rechtsverhältnis zwischen den Elternteilen und dem Kind) einer gerichtlichen Überprüfung zugänglich ist.⁴⁸⁹ Indem das Kind in der Obhut beider, nunmehr die Versorgung nebeneinander leistenden, Elternteile bleibt, bedient sich jeder Elternteil des jeweils anderen, um seinen Anteil an der zu gewährleistenden Versorgung des Kindes zu decken. Ein solcher Ausgleich kann deshalb über § 670 BGB geschehen:⁴⁹⁰ Bei einem vereinbarten Wechselmodell liegt in der zugrunde liegenden

485 *Maaf* FamRZ 2016, 603, 606; NZFam 2019, 653, 657.

486 Daran ändert auch eine etwa fehlende Leistungsfähigkeit eines Elternteiles im Ergebnis nichts, vgl. *Maaf* FamRZ 2016, 1428, 1429, zumal die Kosten täglicher Versorgung auch im Fall erweiterten Umganges nicht erstattungsfähig sind, vgl dazu noch unten Rdn. 419.

487 Dazu *Löhnig* FF 2017, 429, 432 f.; dementsprechend liegt in der Anordnung eines Wechselmodells über den Umgang nicht nur ein Eingriff in das Recht zur gemeinsamen Aufenthaltsbestimmung (dazu BGH, Beschl. v. 01.02.2017 – XII ZB 601/15 = FamRZ 2017, 532, Tz. 20), sondern auch eine Verteilung der elterlichen Sorge in Angelegenheiten des täglichen Lebens.

488 Vgl. für miteinander verheiratete Eltern §§ 1360, 1360b BGB, für die tägliche Versorgung innerhalb einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft BGH, Urt. v. 08.05.2013 – XII ZR 132/12 = FamRZ 2013, 1295 (Tz. 18) und BGH, Urt. v. 06.07.2011 – XII ZR 190/08 = FamRZ 2011, 1563.

489 *Maaf* NZFam 2019, 653, 658.

490 *Maaf* FamRZ 2016, 603, 607.

Abrede zugleich der wechselseitig erteilte **Auftrag**, die Versorgung des Kindes sicherzustellen und einen während des Aufenthaltes des Kindes im jeweiligen Haushalt auftretenden Bedarf zu decken. Dieses Rechtsverhältnis liegt der Übertragung der Alltagsorge im Wechselmodell auf den jeweils betreuenden Elternteil zugrunde – es verpflichtet den betreuenden Elternteil, einen während der jeweiligen Betreuungszeit auftretenden Bedarf des Kindes nach eigenem Ermessen zu decken, begründet gleichzeitig aber einen Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen, durch die ein im Innenverhältnis zwischen den Eltern auf den anderen Elternteil entfallender Bedarf gedeckt worden ist.

Deckt daher einer der Elternteile einen Bedarf, der sich über den Aufenthalt des Kindes in seinem Haushalt hinaus auswirkt (etwa, indem er eine Winterjacke für das Kind erwirbt), so kann er **Aufwendungsersatz** verlangen, soweit er diese Aufwendung für erforderlich halten durfte und er damit für den anderen Elternteil die Versorgung sichergestellt hat. Den entsprechenden Ausgleichmaßstab gibt insofern § 1606 Abs. 3 Satz 1 BGB vor, wonach der finanzielle Aufwand für die Versorgung des Kindes im Verhältnis der Einkünfte zu tragen ist.

► **Beispiel:**

Wendet im Beispiel Rdn. 174 M 100,00 € für eine Winterjacke für K auf, so kann sie angesichts der beiderseitigen Einkommensverhältnisse, aufgrund derer M zu 7/10, V zu 3/10 für den finanziellen Aufwand der Versorgung für K aufzukommen hat, 30,00 € von V verlangen, weil sie in diesem Umfang dessen Unterhaltspflicht mit erfüllt und damit ein Geschäft des V geführt hat. V seinerseits kann 7/10 der von ihm monatlich gezahlten Vereinsbeiträge in Höhe von 15,00 €; mithin 10,50 €, von M verlangen. Ein weiterer Ausgleich über monatlichen Unterhalt findet nicht statt, weil beide Elternteile K in ihrer Obhut haben und K deshalb jeweils im Haushalt beider Eltern versorgt wird. Einen Anspruch auf Barunterhalt hat K nicht.

181

Im **angeordneten Wechselmodell** ermöglichen die Vorschriften zur Geschäftsführung ohne Auftrag nach den §§ 678, 679, 683 BGB gleichfalls den Ausgleich über § 670 BGB.⁴⁹¹

Der im Wechselmodell aufgrund fortbestehender Obhut und der damit verbundenen Unterhaltsbestimmung beider Eltern ausgeschlossene Anspruch des Kindes auf Barunterhalt ist deshalb durch einen zwischen den Eltern bestehenden Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen, die sich über den Aufenthalt des Kindes im Haushalt des einen Elternteiles hinaus auswirken, ersetzt. Dabei haften die Eltern untereinander für diese Aufwendungen unmittelbar im Verhältnis ihrer Einkünfte, sodass auch kein Bedürfnis dafür besteht, eine (notwendig pauschalierende) Unterhaltsrente zu ermitteln. Eines solchen Anspruches auf **Erstattung konkreter Aufwendungen** für das Kind bedürfte es im Ergebnis aber auch nach Ansicht des BGH, weil sich sonst ein Elternteil der Beteiligung an der tatsächlichen Versorgung entziehen könnte.⁴⁹² Da nach der Ansicht des BGH unterschiedliche Einkommensverhältnisse der Eltern bereits bei Ermittlung der (nach der hier vertretenen Ansicht vollständig entbehrlichen) Unterhaltsrente berücksichtigt werden, richtete sich der erforderliche Ausgleich auf Grundlage der Auffassung des BGH jeweils auf die Hälfte der für das Kind erbrachten Leistung.

182

c) *Fremdbetreuung*

Im Fall einer Betreuung des Kindes durch **Dritte** ist das Merkmal fehlender Obhut gleichfalls unproblematisch, in diesem Fall gegenüber beiden Elternteilen, anzunehmen. Lassen die Eltern das Kind in der Obhut von Dritten, so entsteht der auf Geld gerichtete Unterhaltsanspruch des Kindes gegen beide Elternteile.⁴⁹³

183

491 *Maaf* FamRZ 2016, 603, 609.

492 Vgl. oben Rdn. 175.

493 Zur Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Aufenthalt des Kindes bei Dritten, die Obhut der Eltern entfallen lässt, vgl. sogleich Rdn. 188.

Solidarität²⁶⁸³ ebenso wenig ein hinreichender Grund für die Auferlegung von Rechtspflichten wie die »Einheit des Blutes«,²⁶⁸⁴ eine vermeintliche Dankeschuld²⁶⁸⁵ oder ein Aufopferungsgedanke.²⁶⁸⁶ Aus der Beobachtung von in Familien gelebten Sozialbeziehungen lässt sich keine von den jeweiligen Rahmenbedingungen unabhängige Rechtspflicht zur Übernahme finanzieller Verantwortung ableiten. Ohne befriedigende Antworten auf die in ganz verschiedenen Zusammenhängen immer wieder aufgeworfenen Fragen bleibt der Aszendentenunterhalt nicht mehr als ein pragmatisch akzeptiertes Recht.²⁶⁸⁷

Die Rechtsprechung befasst sich beim Aszendentenunterhalt nicht mit dem sonst das Unterhaltsrecht prägenden Grundsatz wirtschaftlicher Eigenverantwortung (§ 1602 BGB). Zwar lassen sich die wirtschaftlichen Verhältnisse bei Eintritt der Pflegebedürftigkeit nicht mehr nachhaltig verbessern. Nur gehört zur wirtschaftlichen Eigenverantwortung auch die Vorsorge für solche Wechselfälle des Lebens. Die Fragen, wie es zur aktuellen Mittellosigkeit kommen konnte, und ob der Bedürftige dem während seines wirtschaftlich selbstbestimmten Lebens hätte vorbeugen können, liegen daher nahe. Die angebotenen Pflegezusatzversicherungen wären ein durchaus geeignetes und zumutbares Instrument, um den erhöhten Pflegeaufwand zu decken.²⁶⁸⁸ Dadurch, dass die Gründe für die Bedürftigkeit regelmäßig ohne Bedeutung sind, werden die mit einer eigenverantwortlichen Lebensführung immer auch verbundenen Risiken einseitig auf die eigenen Kinder verlagert – eine zusätzliche Belastung von Familien, wie sie bei eigener Kinderlosigkeit nicht entstehen kann.

1030

2. Reform des Elternunterhalts²⁶⁸⁹

Das zum 01.01.2020 in Kraft getretene Angehörigen-Entlastungsgesetz²⁶⁹⁰ ändert zwar nichts an den vorstehend skizzierten Grundproblemen eines allein an den verwandtschaftlichen Status anknüpfenden Unterhaltsrechts. Denn die familienrechtlichen Vorschriften der §§ 1601 ff. BGB werden durch diese Gesetzesänderung nicht berührt. Gleichwohl wird dieses Gesetz das Gesamtsystem des Verwandtenunterhalts nachhaltig beeinflussen, weil das Sozialrecht nicht mehr an die unterhaltsrechtlichen Rechtsfolgen anknüpft, sondern nunmehr eigene Maßstäbe setzt, die sich unmittelbar auf das Unterhaltsrecht auswirken.

1031

a) Struktur der Gesetzesänderungen

Die für den Elternunterhalt relevanten gesetzlichen Änderungen betreffen die Vorschriften zum zu berücksichtigenden Einkommen und zum Regress. Mit der Reform wurden die für die Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung geltenden Regeln (§ 43 SGB XII) nahezu wortgleich in den neu eingefügten § 94 Abs. 1a SGB XII übernommen. Diese Vorschrift gilt nunmehr für alle Leistungen nach dem SGB XII – ausgenommen sind lediglich die Hilfen zum Lebensunterhalt für minderjährige Kinder. Der grundlegende Systemwechsel besteht darin, dass künftig Unterhaltsansprüche gegenüber Eltern und Kindern beim einzusetzenden Einkommen unberücksichtigt bleiben, soweit deren jeweiliges Gesamteinkommen die Jahreseinkommensgrenze von 100.000,00 € nicht übersteigt und dann auch ein Unterhaltsregress ausscheidet. Das Gesetz will mit diesem Systemwechsel das Sozialrecht an die veränderten gesellschaftlichen Rahmenbedingungen anpassen und unterhaltspflichtige Angehörige von den finanziellen Folgen schicksalhafter Ereignisse entlasten.

1032

2683 Zu Recht kritisch *Hilbig-Lugani*, Staat-Familie-Individuum, S. 278 ff.

2684 Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches Bd. IV, Familienrecht, S. 677; krit. *Naendrup* in Posser/Wassermann/Naendrup, Von der bürgerlichen zur sozialen Rechtsordnung, S. 183 (185).

2685 Ausf. *Hillebrecht*, Aszendentenunterhalt, S. 354 ff.

2686 *Hilbig-Lugani*, Staat-Familie-Individuum, S. 289.

2687 *Brudermüller* NJW 2004, 633; *Lüscher/Hoch* FPR 2003, 648.

2688 *M. Hillebrecht*, Aszendentenunterhalt, S. 355.

2689 Dazu ausführlich *Schürmann*, FF 2020, 48.

2690 Gesetz zur Entlastung unterhaltsverpflichteter Angehöriger in der Sozialhilfe und in der Eingliederungshilfe (Angehörigen-Entlastungsgesetz), vom 10.12.2019, BGBl. Teil I S, 2135 ff.

Dies lässt sich als eine ergänzende Regelung zur Pflegeversicherung interpretieren, wonach die pflegerische Versorgung zu den gesamtgesellschaftlichen Aufgaben gehört (§ 8 Abs. 1 SGB XI).

- 1033 Dieses Ziel erreicht das Gesetz nicht durch eine Neuregelung des materiellen Unterhaltsrechts, sondern dadurch, dass es in einem weiten Rahmen den Regress ausschließt und explizit das sozialrechtliche Subsidiaritätsprinzip in diesem Umfang einschränkt.²⁶⁹¹

b) Wechselbeziehungen zum Unterhaltsrecht

- 1034 Für Bedarf und Leistungsfähigkeit hat die Rechtsprechung zum Unterhaltsrecht eigene Maßstäbe entwickelt, bei denen die sozialrechtlichen Vorschriften nur insoweit von Bedeutung waren, als das nach sozialrechtlichen Regeln zu bestimmende Existenzminimum eine nicht zu unterschreitende Größe bildete. Diese Verhältnisse kehren sich jetzt um. Zwar enthält das Gesetz keine unmittelbaren Vorgaben für die unterhaltsrechtlichen Anwendungen. Aus dem Ziel des Gesetzes – Familien wirksam zu entlasten – und der vorgegebenen Grenze, bis zu der der Verwandtenunterhalt das Einkommen nicht belasten soll, folgt indes die Notwendigkeit, das Unterhaltsrecht an die veränderten Rahmenbedingungen anzupassen.
- 1035 Ausgangspunkt ist dabei die teilweise Abkehr vom sozialrechtlichen Subsidiaritätsprinzip. Der in § 2 SGB XII und anderen Sozialgesetzen normierte Nachrang ist keine anderen Rechtsvorschriften vorgehende höherrangige Norm, sondern nur eine allgemeine Rechtsanwendungsregel, die ihre Konturen erst durch die Vorschriften zum einzusetzenden Einkommen und Vermögen sowie zum Regress erhält.²⁶⁹² Innerhalb des durch § 94 Abs. 1a SGB XII vorgegebenen Rahmen ist Sozialhilfe daher als vorrangige Leistung zu berücksichtigen, die die Bedürftigkeit des Berechtigten beseitigt. Da sich die Unterhaltspflicht von vornherein auf den notwendigen Bedarf beschränkt – zusätzliche Zahlungen der Kinder wären leistungsmindernd als Einkommen anzurechnen²⁶⁹³ – wird durch eigenes Einkommen, Pflegegeld und eine ergänzende Sozialhilfe beim Verwandtenunterhalt kein ungedeckter Bedarf mehr verbleiben. Dem Unterhaltsberechtigten obliegt es, die Leistungen der vorrangigen Sozialhilfe in Anspruch zu nehmen.²⁶⁹⁴ Es ist auch nach der Gesetzesänderung nicht möglich, die wirtschaftliche Situation eines hilfebedürftigen Elternteils durch freiwillige Zuwendungen seitens der Angehörigen nachhaltig zu verbessern.

c) Die Jahreseinkommensgrenze

- 1036 Das Gesetz hat die bereits im Grundsicherungsgesetz enthaltene Einkommensgrenze von 100.000,00 € übernommen. Es handelt sich um einen auf einer politischen Entscheidung beruhenden Bruttobetrag, der dazu dient, den Personenkreis abzugrenzen, bei dem eine Belastung durch den Unterhalt von vornherein ausscheiden soll. Diesem Wert lässt sich jedoch kein bestimmtes Nettoeinkommen zuordnen, da die Belastung mit Vorsorgeaufwendungen und Steuern stark von der Zusammensetzung der Einkünfte beeinflusst wird.
- 1037 Zur Bestimmung der Jahreseinkommensgrenze verweist das Gesetz über § 16 SGB IV auf die Summe der Einkünfte im Sinne von § 2 Abs. 3 EStG. Diese sind allein anhand der für das Einkommensteuerrecht geltenden Vorschriften festzustellen. Der Begriff bezieht sich auf die in § 2 Abs. 1 Ziff. 1-7 EStG enumerativ aufgeführten Einkunftsarten. »Einkünfte« bezeichnet für alle Einkunftsarten den

2691 BT-Drucks. 19/13399, S. 1, 18: »Ziel ist es dabei, den Nachranggrundsatz der Sozialhilfe, insbesondere bei ohnehin schon durch die Hilfebedürftigkeit der Betroffenen belasteten Angehörigen, einzuschränken und somit eine substantielle Entlastung unterhaltsverpflichteter Kinder und Eltern sowie deren Familien zu erreichen.«; JurisPK-SGB XII/Armbruster, § 94 SGB XII Rn. 172: »definiert den sozialhilferechtlichen Nachrang neu«.

2692 Grube/Wahrendorf/Wahrendorf, SGB XII, § 2 Rn. 3 f.; LPK-SGB XII/Armbruster, § 2 Rn. 3.

2693 LSG NRW, Beschl. v. 03.07.2006 – L 9 B 12/06 SO, FamRZ 2006, 1566; Grube/Wahrendorf/Wahrendorf SGB XII § 43 Rn. 21; BGH, Urt. v. 20.12.2006 – XII ZR 84/04, FamRZ 2007, 1158.

2694 So bereits zur Grundsicherung im Alter BGH, Beschl. v. 08.07.2015 – XII ZB 56/14, FamRZ 2015, 1467.

um den Erwerbsaufwand verminderten Erwerbsertrag. Private Nutzungen (PKW-Nutzung, Dienstwagen) sind dem Gewinn bzw. den Einnahmen mit steuerlichen Werten zuzurechnen (vgl. §§ 6, 8 Abs. 2 EStG), während Betriebsausgaben (§ 4 EStG) und Werbungskosten (§ 9 EStG) in tatsächlicher Höhe bzw. entsprechend den steuerlichen Pauschalen abzusetzen sind. Zudem sind die der Kapitalertragsteuer unterliegenden Einkünfte aus Kapitalvermögen den übrigen Einkünften hinzuzurechnen. Verluste zwischen den einzelnen Einkunftsarten sind nur innerhalb des Veranlagungszeitraums auszugleichen. Für das sozialrechtlich relevante Einkommen sind wiederum die Kinderbetreuungskosten bis zu der nach § 10 Abs. 1 Nr. 5 EStG abziehbaren Höhe von der Summe der Einkünfte abzuziehen (§ 2 Abs. 5a Satz 2 EStG).

Maßgeblich ist das folgende Rechenschema:

- Einkünfte aus Land- und Forstwirtschaft
- + Einkünfte aus Gewerbebetrieb
- + Einkünfte aus selbstständiger Arbeit
- + Einkünfte aus nichtselbstständiger Arbeit
- + Einkünfte aus Kapitalvermögen
- + Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung
- + Sonstige Einkünfte
- = Summe der Einkünfte (SdE, § 2 Abs. 2 EStG)
- ./. nach § 3c EStG nicht berücksichtigter Aufwand (§ 2 Abs. 5a Satz 1 EStG)
- ./. als Sonderausgaben abziehbare Kinderbetreuungskosten (§ 2 Abs. 5a Satz 2 EStG)
- = Gesamteinkommen (§ 16 SGB IV)

Unberücksichtigt bleiben hingegen alle nicht der Einkommensteuer unterworfenen Einnahmen (§ 3 EStG), der erhaltene Unterhalt (§ 22 Nr. 1 Satz 2 EStG), sonstige Bezüge sowie Nutzungsvorteile (z.B. Wohnwert). Ebenso ist Vermögen unabhängig von seiner Anlageform ohne Bedeutung. 1038

Es gilt das Prinzip der Individualbesteuerung. Die Einkünfte sind für jeden Ehepartner bzw. beide Elternteile jeweils getrennt zu ermitteln und bei Unterhaltsansprüchen volljähriger Kinder gilt die Einkommensgrenze für jeden Elternteil.²⁶⁹⁵ Ein Verlustausgleich zwischen den Einkünften von Ehegatten erfolgt nicht. 1039

Der Personenkreis mit einem Jahreseinkommen von weniger als 100.000,00 € überwiegt bei Weitem, sodass die vom Gesetz aufgestellte Vermutung eines geringeren Einkommens realitätsgerecht ist und unnötige Einkommensprüfungen vermeidet. In den verbleibenden Fällen (etwa 6 % aller Steuerpflichtigen) wird sich ein Überschreiten der Grenze oft erst nachträglich und mit erheblicher Verzögerung nach Vorliegen des Steuerbescheids oder zumindest einer Steuererklärung feststellen lassen. Die aktuellen Erfahrungen mit einer weltweiten Pandemie zeigen, dass sich selbst als sicher geglaubte Einkünfte innerhalb kurzer Zeit sehr dramatisch verändern können. 1040

d) Grenzen der Unterhaltspflicht

Bei der lebenslänglichen, nur durch den Unterhaltsbedarf (§ 1610 BGB) und die Bedürftigkeit (§ 1602 BGB) begrenzten Unterhaltspflicht zwischen Verwandten bildet die in den einzelnen Unterhaltsverhältnissen unterschiedlich definierte Leistungsfähigkeit des Verpflichteten das entscheidende Korrektiv, um einer wirtschaftlichen Überlastung entgegenzuwirken. Diese Grenze hat der BGH in der Weise umschrieben, dass ein Unterhaltspflichtiger »eine spürbare und dauerhafte Senkung seines berufs- und einkommens typischen Unterhaltsniveaus ... jedenfalls insoweit nicht hinzunehmen [braucht], als er nicht einen nach den Verhältnissen unangemessenen Aufwand betreibt oder ein Leben im Luxus 1041

²⁶⁹⁵ BSG, Urt. v. 25.04.2013 – B 8 SO 21/11 R, FamRZ 2014, 385; JurisPK-SGB XII/Armbruster, § 94 SGB XII, Rn. 177.

führt.«²⁶⁹⁶ Es ist noch offen, wie diese Grenze unter der veränderten Rechtslage neu zu definieren ist – sicher ist jedoch, dass sich die bisher von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze nicht fortschreiben lassen, weil sie bereits zur Unterhaltspflicht auch bei Einkommensverhältnissen führen würden, bei denen nach dem Willen des Gesetzgebers keine Leistungen zu erwarten sind.

- 1042 Das Gesetz verweist nur auf einen Bruttobetrag, der als solcher jedoch nicht mehr als einen groben Rahmen für das als Eigenbedarf zu verschonende Einkommen abstecken kann. Zu unterschiedlich sind die diesem Betrag zuzuordnenden Nettobeträge.

	SozVerspfl. Tätigkeit	Beamter	Selbstständige
Bruttolohn/Gewinn	101.000,00 €	101.000,00 €	101.000,00 €
./.. Werbungskosten-Pauschbetrag	1.000,00 €	1.000,00 €	0,00 €
Summe der Einkünfte/ Gesamtbetrag der Einkünfte	100.000,00 €	100.000,00 €	101.000,00 €
zu versteuerndes Einkommen*	86.350,00 €	97.960,00 €	78.500,00 €
./.. ESt + Soli	28.800,00 €	34.000,00 €	25.300,00 €
Einkommen nach Steuern	72.200,00 €	67.000,00 €	75.700,00 €
./.. Vorsorge	-13.550,00 €	-4.500,00 €	-22.500,00 €
Jahresnetto	58.650,00 €	62.500,00 €	53.200,00 €
* nach Abzug Sonderausgaben			

- 1043 Um eine Ungleichbehandlung von Geschwistern zu vermeiden, die in ähnlichen Einkommensverhältnissen leben und von denen aber nur ein Geschwisterteil die Einkommensgrenze geringfügig überschreitet, dürfte der monatliche Eigenbedarf 5.000,00 € nicht unterschreiten. Die vom BGH befürwortete tatsächliche Vermutung, dass ein »*Familieneinkommen bis zur Höhe des Doppelten des höchsten in der Düsseldorfer Tabelle ausgewiesenen Einkommensbetrags (11.000 Euro) vollständig für den Lebensbedarf der Familie verwendet worden ist*«,²⁶⁹⁷ muss in gleicher Weise für den Verwandtenunterhalt gelten, sodass für den einzelnen Unterhaltsschuldner ebenso ein Grenzbetrag von 5.500,00 € im Bereich des Möglichen liegt.²⁶⁹⁸

- 1044 Ein solcher Eigenbedarf darf indes nicht mit einem nach bisheriger Praxis berechneten »unterhaltsrelevanten« Einkommen gleichgesetzt werden. Ausgangspunkt ist vielmehr das nach Abzug von Erwerbsaufwand, Steuern auf das Einkommen, angemessenen Vorsorgeaufwendungen und ggf. vorrangigen Unterhaltsverpflichtungen verbleibende Nettoeinkommen, das dann auch keiner weiteren Kontrolle hinsichtlich seiner Verwendung unterliegt. Da es für den Regress allein auf die Einkommensverhältnisse des unterhaltspflichtigen Kindes ankommt, werden bei den hier infrage stehenden Größenordnungen auch die Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Schwiegerkindes²⁶⁹⁹ künftig keine Rolle mehr spielen.

2696 BGH, Urt. v. 23.10.2002 – XII ZR 266/99, FamRZ 2002, 1698.

2697 BGH, Beschl. v. 15.11.2017 – XII ZB 503/16, FamRZ 2018, 260; Beschl. v. 25.09.2019 – XII ZB 25/19, FamRZ 2020, 21.

2698 *Doering-Striening/Hauß/Schürmann* FamRZ 2020, 137; *Schürmann* FF 2020, 48; *Hauß*, Elternunterhalt Rn. 5, 89.

2699 BGH, Urt. v. 28.07.2010 – XII ZR 140/07, FamRZ 2010, 1535; BGH, Beschl. v. 05.02.2014 – XII ZB 25/13, FamRZ 2014, 538 auch mit Nachweisen zur gegenteiligen Auffassung.

e) *Ausblick*

Bei dem erst vor wenigen Monaten in Kraft getretenen Gesetz ist es noch zu früh, um seine Auswirkungen in den vielen weiteren Verästelungen zu prognostizieren. Die vorstehenden Anmerkungen können daher nur erste Anregungen sein, wie die Praxis sachgerecht mit dem grundlegend umgestalteten Sozialrecht umgehen könnte – alles Weitere lässt sich nicht abstrakt vorwegnehmen, sondern erfordert auch Erfahrungen mit den in der Rechtsprechung konkret anfallenden Sachverhalten. 1045

Das neue Recht gilt für alle ab Januar 2020 erbrachten Leistungen. Für die davorliegende Zeit sind weiterhin die bisher von der Rechtsprechung angewandten Regeln maßgeblich. Auf diese beziehen sich die nachfolgenden Ausführungen, die für alle noch nicht abgeschlossenen Fälle ihre Bedeutung behalten.

3. Rechtliche Grundlagen

Für den Elternunterhalt gelten die allgemeinen Vorschriften zum Verwandtenunterhalt (§§ 1601 ff. BGB). Sozialrechtlich sind in Erster vor allem die Leistungen der gesetzlichen Pflegeversicherung (SGB XI) und der Sozialhilfe (SGB XII), Hilfen zum Lebensunterhalt (3. Kapitel), Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung (4. Kapitel) und Hilfen zur Pflege (7. Kapitel) von Bedeutung. Denn der Elternunterhalt wird in der Praxis regelmäßig²⁷⁰⁰ im Wege des Unterhaltsregresses vom Sozialhilfeträger geltend gemacht. Eine indirekte Verknüpfung besteht mit dem Sozialversicherungsrecht, da der Zuschnitt der Sozialversicherungsleistungen (insbesondere Pflege-, Renten- und Krankenversicherung) die Grenzen markiert, jenseits derer das subsidiäre Sozialleistungsrecht eingreift und es zum Regress gegen unterhaltspflichtige Verwandte kommen kann. 1046

Die nachfolgenden Bemerkungen beschränken sich darauf, Besonderheiten des Elternunterhaltsrechts gegenüber dem allgemeinen Verwandtenunterhaltsrecht aufzuzeigen. 1047

II. Tatbestandsmerkmale

Nach § 1601 BGB sind Verwandte in gerader Linie verpflichtet, einander Unterhalt zu gewähren. In gerader Linie verwandt sind nach § 1589 Satz 1 BGB Personen, deren eine von der anderen abstammt. Das Gesetz stellt vorrangig auf die biologisch begründete Verwandtschaft ab, erstreckt sich aber auch auf das nur rechtlich begründete Eltern-Kind-Verhältnis (zum angenommenen Kind s. §§ 1754 f. BGB). 1048

Der Grad der Verwandtschaft (§ 1589 Satz 3 BGB) und die Richtung des Anspruchs sind für den Unterhaltstatbestand nicht entscheidend. Dem Grunde nach sind auch ein Unterhaltsanspruch der Großeltern gegen die Enkel («Großelternunterhalt»), ein Anspruch der Enkel gegen die Großeltern und entsprechende Ansprüche in höheren Graden möglich (Aszendenten- und Deszendentenunterhalt).²⁷⁰¹ Der Elternunterhalt ist eine Teilmenge des (nicht auf den ersten Grad beschränkten) Aszendentenunterhalts. 1049

Der Grad der Verwandtschaft spielt eine wichtige Rolle beim **Anspruchsübergang auf den Sozialhilfeträger**. Nach § 94 Abs. 1 Satz 3 SGB XII ist der Übergang des Anspruchs ausgeschlossen, wenn der Unterhaltspflichtige mit dem Unterhaltsberechtigten vom **zweiten Grad an** verwandt ist. Das bedeutet, dass beim Sozialhilferegress eine Haftung von Großeltern und Enkeln nicht relevant werden kann. Bedeutsam ist der Grad der Verwandtschaft auch insoweit, als gleich nahe Verwandte (Geschwister und Halbgeschwister) im Verhältnis ihrer jeweiligen Einkommens- und Vermögensverhältnisse zum Unterhalt herangezogen werden (§ 1606 Abs. 3 Satz 1 BGB). Daraus ergibt sich 1050

2700 Zum Ausnahmefall der direkten Inanspruchnahme vgl. KG, Urt. v. 29.04.2005 – 18 UF 145/04, NJW-RR 2005, 1308.

2701 Zum umgekehrten Fall (Haftung der Großeltern für die Enkel, »Enkelunterhalt«) s. BGH, Urt. v. 10.03.2004 – XII ZR 123/01, FamRZ 2004, 800 m. Anm. *Luthin*.