

Gretel Diehl<sup>1</sup>

## Aktuelles zum Betreuungsunterhaltsanspruch

– Die Entscheidung des BGH vom 16. 7. 2008 –  
XII ZR 109/05 –

In seiner 46 Seiten umfassenden Entscheidung hat sich der BGH mit zahlreichen Fragen befasst, die nicht nur maßgeblich sind für den Unterhaltsanspruch der nicht verheirateten Eltern, sondern auch den Betreuungsunterhaltsanspruch des Ehegatten betreffen.

Dies gilt vor allem für die Ausführungen zur Erwerbsverpflichtung des betreuenden Elternteils.

### I. Kinderbetreuung und Erwerbsverpflichtung

#### 1. Grundsatz

In der Entscheidung arbeitet der BGH die Grundsätze zum Betreuungsunterhalt sowohl der nicht verheirateten als auch der geschiedenen Eltern heraus und stellt den Ablauf des Gesetzgebungsverfahrens und die Auswirkung der Entscheidung des BVerfGs dar. Betont wird ausdrücklich, dass sowohl nach § 1570 BGB als auch nach § 1615 I BGB der betreuende Elternteil in den ersten 3 Lebensjahren des Kindes frei entscheiden kann, ob er die Erziehung des Kindes in dieser Zeit selbst übernehmen möchte oder erwerbstätig sein will. Eine Erwerbsverpflichtung besteht ungeachtet der vorhandenen Möglichkeiten der Kinderbetreuung während dieses Zeitraumes nicht (sog. r Basisunterhalt).

Ab Vollendung des 3. Lebensjahres des Kindes besteht ein Unterhaltsanspruch nach § 1570 BGB ebenso wie nach § 1615 I BGB nur noch nach Billigkeit und kommt vorrangig aus kindbezogenen Gründen in Betracht. Der unterhaltsbegehrende Elternteil trägt die Darlegungs- und Beweislast für die Voraussetzung einer Verlängerung des Betreuungsunterhaltes.

Erfreulich ist, dass der BGH in der Entscheidung klarstellt, dass im Hinblick auf die wortgleiche Ausgestaltung der Unterhaltstatbestände **den kindbezogenen Gründen** in beiden Unterhaltstatbeständen das gleiche Gewicht zukommt und sie damit nicht unterschiedlich behandelt werden dürften<sup>2</sup>. Dies entspricht auch den Vorgaben des BVerfG<sup>3</sup>, wonach bei der Prüfung der Betreuungsbedürftigkeit des Kindes durch einen Elternteil eine Unterscheidung danach, ob es sich um ein ehelich oder ein nichtehelich geborenes Kind handelt, verfassungswidrig ist.

Unter kindbezogenen Gesichtspunkten ist die Arbeitsverpflichtung bei ehelichen wie nichtehelichen Kindern gleich zu bewerten.

Allerdings stellt der BGH in seiner Entscheidung für die Frage der Verlängerung des Betreuungsunterhaltsanspruches über den 3. Geburtstag des Kindes hinaus maßgeblich nicht auf kindbezogene sondern auf **elternbezogene Gründe** ab.

Dies ist die Konsequenz aus seiner Auffassung, dass von besonderen Umständen, wie einer Erkrankung des Kindes, abgesehen, die kindbezogenen Gründe mit zunehmender Ausweitung der Vollzeitbetreuung in Kindergärten und Ganztagschulen an Bedeutung verlieren werden. Wenn aber kindbezogene Gründe nicht vorliegen, müssen die regelmäßig mit geringerem Gewicht zu wertenden elternbezogene Gründe geprüft werden, die in § 1570 Abs. 2 BGB und in der Formulierung »insbesondere« in § 1615 I Abs. 2 S. 5 BGB zu finden sind<sup>4</sup>.

Die Annahme von elternbezogenen Gründen setzt ein sich zumindest aus den Lebensverhältnissen der Eltern ergebendes Vertrauen des betreuenden Elternteils darauf voraus, dass er die Betreuung der Kinder auch über das dritte Lebensjahr hinaus übernehmen kann und von dem anderen Elternteil in dieser Zeit alimentiert wird.

Ein solches Vertrauen kann nach der Auffassung des BGH als Nachwirkung einer Ehe ebenso zu bejahen sein wie als Nachwirkung eines nichtehelichen Zusammenlebens mit Kinderwunsch.

Die nachwirkende Solidarität auf Grund der Lebensplanung bzw. der tatsächlichen Gestaltung der Elternbeziehung dürfte damit sowohl in § 1570 BGB als auch in § 1615 I BGB im Wesentlichen gleich zu bewerten sein, wenn auch dem Aspekt der rechtlichen Verbindlichkeit durch die Eheschließung in einigen Fällen eine zusätzlich Bedeutung zukommen mag.

Der BGH betont jedoch in seiner Entscheidung ausdrücklich, dass die gesetzliche Regelung, wonach der Betreuungsunterhalt grundsätzlich nur für drei Jahre geschuldet ist und eine Verlängerung über diesen Zeitraum hinaus besonders begründet werden muss, durch solche Überlegungen **nicht in sein Gegenteil verkehrt** werden darf<sup>5</sup>. Damit ist klargestellt, dass eine **pauschale Vermutung** dahingehend, dass elternbezogene Gründe **immer** für eine Verlängerung des Betreuungsunterhaltsanspruches sprechen, **nicht besteht**, sondern Umstände hinzutreten müssen, die den besonderen Vertrauensschutz rechtfertigen.

1 Die Verfasserin ist Richterin am OLG Frankfurt/M.

2 Rdn. 99

3 BVerfG FamRZ 2007, 975

4 Rdn. 100

5 Rdn. 100

## 2. Umfang der Erwerbsverpflichtung des betreuenden Elternteils bei elternbezogenen Gründen

Die Ausführungen dürften für die Praxis von erheblichem Interesse sein.

Hier öffnet der BGH die Tür für ein neues »abgespecktes Altersphasenmodell«, indem er zutreffend darauf verweist, dass allein das Bestehen von Ganztagsbetreuungsmöglichkeiten die Betreuungsbedürftigkeit der Kinder durch die Eltern bzw. einen Elternteil nicht entfallen lässt. Denn gerade kleine Kinder benötigen bei einer Fremdbetreuung und insbesondere bei einer Ganztagesbetreuung durch Dritte nach Rückkehr in ihre Familie einen erheblichen Zuspruch und ein erhebliches Maß an Zuwendung, um die Verunsicherung, die durch die Trennung erfolgt ist, wieder abzubauen. Der hiermit verbundene erhebliche Aufwand an Kraft und Zeit für den betreuenden Elternteil kann nicht unberücksichtigt bleiben bei der Frage des Umfangs der Arbeitsverpflichtung. Konsequenterweise weist der BGH daher darauf, dass selbst dann, wenn ein Kind vollumfänglich ganztags betreut werden kann, dieser Umstand alleine nicht ausreicht, um dem betreuenden Elternteil eine Vollzeitstätigkeit abverlangen zu können<sup>6</sup>. Die erhöhte Betreuungsbedürftigkeit des Kindes muss vielmehr Berücksichtigung finden, wobei diese nach dem Alter des Kindes unterschiedlich zu gewichten ist.

Die Ausführungen des BGH, dass sich hier in der Praxis eine pauschalierte Betrachtung etwa an Hand des Alters des Kindes, anbieten dürfte, ermöglicht es den OLGn nach der hier vertretenen Auffassung zukünftig pauschalierte Aussagen zur Arbeitsverpflichtung bei Kinderbetreuung in ihre Leitlinien aufzunehmen, zumindest aber die Frage, von welchem Alter des jüngsten Kindes ab eine Vollzeitberufstätigkeit im Normalfall erwartet werden kann, in ihren Leitlinien zu regeln<sup>7</sup>, wobei den Besonderheiten des Einzelfalles natürlich immer Rechnung zu tragen ist.

## II. Das Maß des Unterhalts nach § 1615 I Abs. 2 BGB

Der BGH stellt ausdrücklich klar, dass der Unterhaltsbedarf nach § 1615 I BGB sich nach § 1610 Abs. 1 BGB bestimmt. Der Bedarf des betreuenden Elternteils leitet sich somit grundsätzlich nicht vom Partner ab, sondern bemisst sich nach der Lebensstellung, d. h., den wirtschaftlichen Verhältnissen des unterhaltsberechtigten Elternteils, bis zur Geburt des Kindes.

Der Unterhaltsbedarf eines bis zur Geburt des Kindes erwerbstätigen Elternteils richtet sich damit nach seinem früher nachhaltig erzielten Einkommen<sup>8</sup>.

War der betreuende Elternteil zum Zeitpunkt der Geburt geschieden oder getrennt lebend und stand ihm ein Unterhaltsanspruch gegen den getrennt lebenden oder geschiedenen Ehegatten zu, so bemisst sich der Bedarf in der Regel auf der Grundlage des Ehegattenunterhaltsanspruches.<sup>9</sup>

Allerdings ist in beiden Fällen eine Begrenzung des Anspruches durch den Grundsatz der Halbteilung geboten, wenn anderenfalls dem Unterhaltsberechtigten aus Unterhaltszahlungen und ggfs. eigenem Einkommen mehr zur Verfügung stünde als dem Unterhaltspflichtigen verbleibt<sup>10</sup>. Es gelten insoweit die gleichen Grundsätze wie beim Ehegattenunterhalt, da eine Besserstellung des nicht verheirateten Elternteils nicht gerechtfertigt ist.

Diese vom BGH schon früher vertretenen und in der Entscheidung vom 16. 7. 2008 nochmals zusammengefassten Grundsätze wurden von der Rechtsprechung und der Literatur einhellig übernommen und soweit ersichtlich nicht in Frage gestellt.

Unterschiedlich diskutiert wurde jedoch die Frage, ob die maßgebliche Lebensstellung des unterhaltsberechtigten Elternteils nach § 1615 I BGB sich in bestimmten Konstellationen nicht doch von den wirtschaftlichen Verhältnissen des Partners ableiten könnte. Diese Frage wird immer dann relevant, wenn die Eltern des nichtehelichen Kindes über lange Zeit in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft zusammengelebt haben, die dadurch geprägt war, dass der Vater des Kindes einer Erwerbstätigkeit nachging, während sich die Mutter um die Haushaltsführung und Kinderbetreuung kümmerte. Im Grunde liegen dann die gleichen Verhältnisse wie bei einer Ehe vor, nur dass es an den Rechtsakt der Eheschließung fehlt. In Fällen, in denen die Mutter des nichtehelichen Kindes regelmäßig die Haushaltstätigkeit übernommen hatte und deshalb schon vor Geburt des Kindes keiner eigenen Berufstätigkeit nachging, wurde verschiedentlich in Literatur und Rechtsprechung gefordert, den Bedarf auf der Grundlage der wirtschaftlichen Verhältnisse der Lebensgemeinschaft zu ermitteln<sup>11</sup>.

Dieser Auffassung erteilt der BGH eine eindeutige Absage. Er begründet dies damit, dass auch in den Fällen, in denen die Eltern bereits vor der Geburt des Kindes zusammengelebt haben, der gemeinsame Lebensstandard regelmäßig auf freiwilligen Leistungen des Bes-

<sup>6</sup> Rdn. 103

<sup>7</sup> Vgl. Unterhaltsgrundsätze des OLG Frankfurt Ziff. 17

<sup>8</sup> Grundsätzliche Darstellung zuletzt in BGH FamRZ 2005, 442 f

<sup>9</sup> BGH FamRZ 200, 1303

<sup>10</sup> BGH FamRZ 2005, 442.

<sup>11</sup> Z. B. OLG Bremen, FamRZ 2008, 1281; OLG Zweibrücken, FuR 2000, 286; Büttner FamRZ 2000, 781; Borth Unterhaltsrechtsänderungsgesetz Rdn. 370

serverdienenden beruhe, da ein Unterhaltsrechtsverhältnis erst aus Anlass der Geburt des Kindes einsetzt<sup>12</sup>. Da bis zu diesem Zeitpunkt der wirtschaftlich stärkere Partner der nichtehelichen Lebensgemeinschaft seine Leistungen an den anderen Partner jederzeit einstellen kann, hat der wirtschaftlich schwächere Partner durch das Zusammenleben keine nachhaltig gesicherte Lebensstellung erreicht, die einen eigenen Lebensstandard begründen kann.

Dies gilt auch in den Fällen, in denen aus der nichtehelichen Verbindung mehrere Kinder hervorgegangen sind. Auch in diesen Konstellationen richtet sich die Lebensstellung nach der Geburt des zweiten Kindes noch immer nach der Lebensstellung, die zum Zeitpunkt der Geburt des ersten Kindes maßgebend war, denn allein diese hat die Lebensstellung vor der Geburt der weiteren Kinder geprägt.

Damit allerdings stellt sich die Frage nach einem **Mindestbedarf** des betreuenden Elternteils mit neuer Vehemenz. Gerade in den Fällen, in denen die nichteheliche Lebensgemeinschaft dadurch geprägt war, dass nur der Vater Einkünfte aus Erwerbstätigkeit erzielte, ist die Ermittlung des Bedarfs der nicht erwerbstätig gewesenen Mutter problematisch.

Das gleiche Problem stellt sich auch bei Fallkonstellationen, in denen die Eltern nicht zusammengelebt haben. Wenn sich der betreuende Elternteil zum Zeitpunkt der Geburt des Kindes noch in Ausbildung befand oder öffentliche Leistungen bezog und somit keine eigenen Lebensstellung erreicht hatte, von welchem Bedarf ist dann auszugehen? Diese Überlegungen waren Anlass für die OLG, in ihren Leitlinien einen Mindestbedarf für den betreuenden Elternteil vorzusehen<sup>13</sup>.

Dieser Mindestbedarf, regelmäßig in Höhe des notwendigen Selbsthaltes für Nichterwerbstätige, ist verschiedentlich in die Kritik geraten u. a. mit der Begründung, die Mutter des nichtehelichen Kindes dürfe nicht besser gestellt werden als eine Ehefrau, für die ein pauschaler Mindestunterhalt nicht vorgesehen sei<sup>14</sup>.

Der BGH spricht sich im Hinblick auf die oben dargestellte Problematik für einen Mindestbedarf aus. Zugleich sprechen die weiteren Ausführungen<sup>15</sup> dafür, dass der BGH auch einen Mindestbedarf beim Ehegattenunterhalt erwägt.

Diesen Gedanken wird man zumindest in den Fällen konsequent fortführen müssen, in denen der Berechtigte nach § 1615 I BGB und der unterhaltsberechtigter Ehegatten gleichrangig sind und das verbleibende Einkommen zur vollen Befriedigung der gleichrangigen Ansprüche nicht ausreicht, also eine Mangelberechnung im 2. Rang erforderlich wird. Sofern der nach den ehelichen Lebensverhältnissen abgeleitete Anspruch des Ehegatten geringer als der Mindestbedarf

des betreuenden nicht verheirateten Elternteils ist, käme es hier zu einer nicht hinnehmbaren Verschiebung zu Lasten des Ehegatten, die durch eine abschließende Korrektur wieder beseitigt werden müsste. Dem könnte durch die Einführung eines zumindest im Konkurrenzfall geltenden Mindestbedarfes auch für den Ehegatten entgegengewirkt werden.

### III. Haftung des unterhaltspflichtigen Ehemanns und des Vaters nach § 1615 I BGB

Neben der Frage des Unterhaltsbedarfs beschäftigt sich die Entscheidung auch mit der Frage der Ermittlung der unterschiedlichen Haftungsanteile zwischen dem unterhaltspflichtigen Ehemann und dem Vater des nichtehelichen Kindes.

In dem vom BGH zu entscheidenden Fall lebte die unterhaltsberechtigter Mutter zunächst mit dem Vater ihrer beiden nichtehelichen Kinder zusammen, so dass der an und für sich gegebene Unterhaltsanspruch gegen ihren früheren Ehemann und Vater ihres ersten Kindes gemäß § 1579 BGB entfallen war. Nachdem die nichteheliche Lebensgemeinschaft zerbrochen war, lebte ihr Unterhaltsanspruch gegen den geschiedenen Ehemann wieder auf mit der Folge, dass für den Unterhaltsbedarf der Mutter sowohl der frühere Ehemann als auch der Vater der nichtehelichen Kindern aufzukommen haben. Für solche Unterhaltskonstellationen hält der BGH an seiner aus dem Jahre 1998 stammenden Rechtsprechung fest<sup>16</sup>, wonach anders als in den Fällen, in denen zwei Unterhaltsansprüche nach § 1615 I BGB miteinander konkurrieren, nicht nur die jeweiligen wirtschaftlichen Verhältnisse der Väter maßgeblich sind.

Vielmehr müssen bei einer Konkurrenz des Ehegattenunterhaltsanspruches mit dem des § 1615 I BGB zwar zunächst auch die Einkommens- und Vermögensverhältnisse beider anteilig haftender Väter geklärt werden und sind entsprechend zu berücksichtigen. Dies allein reicht jedoch nicht aus, sondern es muss weiterhin der »Haftungsanteil« jedes Mannes an der Bedürftigkeit der Mutter berücksichtigt werden. Neben den wirtschaftlichen Verhältnissen können also auch andere Umstände herangezogen werden, z. B. die Anzahl, das Alter und die Betreuungsbedürftigkeit der Kinder, die von dem jeweils unterhaltspflichtigen Mann abstammen.

12 Rdn. 32

13 Ziff. 18 der OLG-Leitlinien

14 OLG Köln FamRZ 2001, 1322; OLG Zweibrücken FuR 2000, 286

15 Rdn. 43

16 BGH FamRZ 1998, 541

Die sich aus den wirtschaftlichen Verhältnissen ergebende Haftungsquote kann somit unter Berücksichtigung dieser Umstände wertend verändert werden, z. B. im Hinblick auf die Anzahl und das Alter der Kinder.

#### IV. Verwirkung der Ansprüche nach § 1615 I BGB

In dem vom BGH entschiedenen Fall lebt die Mutter nach Beendigung ihrer nichtehelichen Lebensgemeinschaft mit dem nach § 1615 I BGB in Anspruch genommenen Mann mit einem neuen Lebensgefährten zusammen. Dieser Umstand ist unter dem Gesichtspunkt der Verwirkung, der auch beim Anspruch nach § 1615 I BGB zu beachten ist, von Bedeutung. Der BGH hat allerdings offen gelassen, ob eine Verwirkung nach den Grundsätzen des § 1611 BGB oder denen des § 1579 BGB analog zu prüfen wäre, da nach seiner Auffassung die Voraussetzungen (noch) nicht vorliegen. Allerdings misst er dem Zusammenleben mit dem neuen Partner insoweit Bedeutung zu, als der Wert der Versorgungsleistungen, die für den neuen Lebenspartner erbracht werden, der Mutter als Einkommen fiktiv zuzurechnen sein könnte.

#### V. Splittingvorteil

In der familienrechtlichen Praxis wurde die Frage, ob unter Berücksichtigung des seit 1. 1. 2008 geltenden Unterhaltsrechts die bisherige Rechtsprechung zum Splittingvorteil noch beizubehalten ist, kontrovers diskutiert und eine klärende Entscheidung des BGH erwartet.<sup>17</sup> Eine solche Klärung enthält die Entscheidung vom 16. 7. 2008 für die Fälle, in denen der **Unterhaltsanspruch der Ehefrau** des Unterhaltspflichtigen dem der weiteren Unterhaltsberechtigten, z. B. der früheren Ehefrau oder der Mutter des nichtehelichen Kindes **nachgeht**. Für diese Fallkonstellationen hält der BGH an seiner Rechtsprechung zum Splittingvorteil fest, um damit zu gewährleisten, dass der Splittingvorteil in der Ehe verbleibt und nicht der früheren Partnerin des Vaters zugute kommt. Folge davon ist, dass der vorweg abzuziehende Kindesunterhalt konsequenterweise ebenfalls unter Zugrundelegung der Versteuerung nach der Grundtabelle zu ermitteln ist.<sup>18</sup>

In den Fällen, in denen Gleichrang zwischen den Ansprüchen der geschiedenen Ehegatten oder der Berech-

tigten nach § 1615 I BGB mit dem aktuellen Ehegatten besteht, kommt der Splittingvorteil allen gleichermaßen zugute.<sup>19</sup>

Die Kinder aus einer früheren Beziehung profitieren ohnehin immer von der günstigen Steuerklasse und zwar auch im Mangelfall mit dem sich aus § 1609 BGB ergebenden Nachrang des Ehegatten<sup>20</sup>.

#### VI. Fazit

Die Entscheidungen des BGH bietet mannigfaltige Hinweise für die zukünftige Unterhaltsberechnung sowohl im Rahmen der Ansprüche nach § 1615 I BGB als auch nach § 1570 BGB. Sie bringt Licht in das »Dunkel« des Billigkeitsbetreuungsunterhaltsanspruches.

Wenngleich es nicht der Intention des Gesetzgebers entsprochen haben mag, ist sehr erfreulich, dass der BGH zumindest unter dem Gesichtspunkt der elternbezogenen Gründe die Möglichkeit einer Pauschalierung des Umfangs der Arbeitsverpflichtung des betreuenden Elternteils zulässt.

So sehr die Einzelfallentscheidung und damit allein das Abstellen auf die individuellen Besonderheiten unter Gerechtigkeitsgesichtspunkten wünschenswert sein mag, so wenig lässt sich dies schon wegen der großen Zahl der Unterhaltsverfahren und den neuen Anforderungen, die das Kindeswohlmaßnahmegesetz mit sich bringt, von den Gerichten bewältigen. Solange daher die personellen Ressourcen nicht erheblich erhöht werden, ist die richterliche Praxis für jede mögliche Pauschalierung, die natürlich die Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalles vorsehen muss, dankbar. Dies gilt ganz sicher auch für die Anwaltschaft, da Pauschalierungen, gerade auch in den Leitlinien der OLG, die Beratung der Mandantschaft erheblich erleichtern dürften und damit letztlich auch zur Rechtssicherheit beitragen.

*Gretel Diehl, Richterin am OLG, Frankfurt/M.*

17 S. zum Diskussionsstand z. B. Aufsatz von Gerhardt/Gutdeutsch in FamRZ 2007, 778; OLG Düsseldorf FamRZ 2008, 1256

18 Grundlegend BGH FamRZ 2007, 1232

19 BGH Urteil vom 30. 7. 2008 AZ: XII ZR 177/06

20 BGH Urteil vom 17. 9. 2008, AZ: XII ZR 72/06