

Betreuungsunterhalt (§ 1615 I BGB) – Voraussetzungen und Höhe, Themengutachten TG-1092	Bernhard Knittel/Petra Birnstengel	Themengutachten, DIJuF-Rechtsgutachten 1. Auflage 2015	Rn. 1-17
--	------------------------------------	--	----------

Betreuungsunterhalt (§ 1615 I BGB) – Voraussetzungen und Höhe, Themengutachten TG-1092

Prof. Dr. Bernhard Knittel und Petra Birnstengel

Stand: 08/2014

1 Auf welcher Rechtsgrundlage beruht der Anspruch einer nicht mit dem Vater ihres Kindes verheirateten Mutter auf Betreuungsunterhalt?

2 Aus welchem Grund ist es dem betreuenden Elternteil freigestellt, während der ersten drei Lebensjahre des Kindes einer Erwerbstätigkeit nachzugehen?

3 Besteht der Unterhaltsanspruch auch, wenn der betreuende Elternteil nach der Geburt des Kindes erwerbstätig ist oder einem Studium nachgeht?

4 Eine Mutter fällt nach dem Tod ihres drei Monate alten Kindes in eine Depression und wird deshalb erwerbsunfähig. Kann sie oder ein Sozialhilfeträger als Rechtsnachfolger Unterhalt vom Vater beanspruchen?

5 Wonach richtet sich der Bedarf des betreuenden Elternteils?

6 Welche Einkünfte mindern die Bedürftigkeit des betreuenden Elternteils?

6.1 Erwerbseinkommen

6.2 Elterngeld und Betreuungsgeld

6.3 Vermögen des Unterhaltsberechtigten

6.4 Fiktive Einkünfte aus Haushaltsführung

6.5 BAföG-Leistungen

7 Welche Grundsätze gelten für die Leistungsfähigkeit des Unterhaltsverpflichteten?

7.1 Selbstbehalt

7.2 Erwerbsobliegenheit

7.3 Einsatz des Vermögensstamms

8 Ist bei der Berechnung des Betreuungsunterhalts beim Einkommen des Unterhaltspflichtigen vorweg der Zahl- oder der Tabellenbetrag für das Kind abzuziehen?

9 Welche Bedeutung hat der Halbteilungsgrundsatz für die Angemessenheitskontrolle des Betreuungsunterhalts?

1 Auf welcher Rechtsgrundlage beruht der Anspruch einer nicht mit dem Vater ihres Kindes verheirateten Mutter auf Betreuungsunterhalt?

Der Vater ist verpflichtet, der Mutter Unterhalt zu gewähren, soweit von ihr wegen der Pflege oder Erziehung des Kindes eine **Erwerbstätigkeit nicht**

1

erwartet werden kann (§ 1615 I Abs. 2 S. 2 BGB). Auf den Betreuungsunterhalt sind die Vorschriften über die Unterhaltspflicht zwischen Verwandten entsprechend anzuwenden. Die Unterhaltspflicht besteht für mindestens drei Jahre nach der Geburt (§ 1615 I Abs. 2 S. 3 BGB) und verlängert sich, solange und soweit dies der Billigkeit entspricht (§ 1615 I Abs. 2 S. 4 BGB; hierzu Themengutachten Betreuungsunterhalt [§ 1615 I BGB] – Verlängerung, Befristung, Verwirkung, Beratung und Unterstützung, Beurkundung, TG-1059). Dabei sind insbesondere die Belange des Kindes und die bestehenden Möglichkeiten der Kinderbetreuung zu berücksichtigen (§ 1615 I Abs. 2 S. 5 BGB).

Betreut der Vater das Kind, steht diesem Betreuungsunterhalt gegen die Mutter zu (§ 1615 I Abs. 4 BGB).

2 Aus welchem Grund ist es dem betreuenden Elternteil freigestellt, während der ersten drei Lebensjahre des Kindes einer Erwerbstätigkeit nachzugehen?

Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung ist es, **nichtehelichen Kindern die gleichen Bedingungen** für ihre leibliche und seelische Entwicklung sowie ihre Stellung in der Gesellschaft zu schaffen wie ehelichen Kindern (BVerfG 28.2.2007 – 1 BvL 9/04, BVerfGE 118, 45 = FamRZ 2007, 965 m. Anm. Born). Für die Dauer der ersten drei Lebensjahre des Kindes hat der betreuende Elternteil die freie Wahl, ob er die Betreuung und Erziehung des Kindes in dieser Zeit selbst wahrnehmen möchte oder – um eine eigene Erwerbstätigkeit zu ermöglichen – andere Betreuungsmöglichkeiten und hierbei staatliche Hilfen in Anspruch nehmen will (BGH 16.7.2008 – XII ZR 109/05, FamRZ 2008, 1739). Übt der betreuende Elternteil sein Wahlrecht dahin aus, dass er eine Erwerbstätigkeit aufnimmt und das Kind in einer Kita oder von einer Tagesmutter betreuen lässt, ist zur Rechtfertigung des Unterhaltsanspruchs zu beachten, dass ein Betreuungsbedarf des Kindes auch über die durch Fremdbetreuung abgedeckten Zeiten hinaus besteht (vgl. BGH 16.7.2008 – XII ZR 109/05, FamRZ 2008, 1739). Zur Angemessenheit der Anrechnung von Erwerbseinkommen während der ersten drei Lebensjahre s. u. 6.1.

2

3 Besteht der Unterhaltsanspruch auch, wenn der betreuende Elternteil nach der Geburt des Kindes erwerbstätig ist oder einem Studium nachgeht?

Aus den zu Frage 2 genannten Gründen verliert der betreuende Elternteil den Unterhaltsanspruch nicht etwa, wenn dieser **neben der Kinderbetreuung ein Studium fortsetzt** (OLG Frankfurt 13.10.1999 – UF 335/98, FamRZ 2000, 1522; OLG Brandenburg 2.3.2010 – 10 UF 63/09, FamRZ 2010, 1915). Das OLG Frankfurt hat hierzu ausgeführt:

3

„Zutreffend hat das Amtsgericht zunächst geurteilt, dass einem Anspruch der Klägerin nicht entgegensteht, dass diese einem

Studium nachgeht. Entscheidend ist insbesondere nach der Neufassung des § 1615 I BGB, ob von der Mutter eine Erwerbstätigkeit erwartet werden kann. [...] Es ist nachvollziehbar, daß die Klägerin neben der Betreuung ihrer Kinder nun auch einem Studium nachgeht. Der Unterhaltsanspruch gegen den Kindesvater setzt nicht voraus, dass **die Betreuung der Kinder der alleinige Lebensinhalt der Kindesmutter wird**. Bei entsprechender zeitlicher Streckung ist ein Studium neben der Vollbetreuung der Kinder durchaus vorstellbar.“ (OLG Frankfurt 13.10.1999 – UF 335/98, FamRZ 2000, 1522)

Im Übrigen kommt es nicht darauf an, ob ohne die Kindesbetreuung eine Erwerbstätigkeit ausgeübt würde, ob also die Kindesbetreuung die **alleinige Ursache für die Nichterwerbstätigkeit** ist. Der betreuende Elternteil ist deswegen jederzeit berechtigt, eine Berufstätigkeit während der ersten drei Lebensjahre des Kindes aufzugeben und sich ganz dessen Pflege und Erziehung zu widmen (BGH 15.12.2004 – XII ZR 121/03, JAmt 2005, 258). Entscheidend ist, dass von dem betreuenden Elternteil wegen der Pflege oder Erziehung des gemeinsamen Kindes eine Erwerbstätigkeit **nicht erwartet werden kann**. Ob andere Gründe den betreuenden Elternteil an der Ausübung einer Erwerbstätigkeit hindern, ist im Rahmen von § 1615 I Abs. 2 BGB unbeachtlich. Denn andere Unterhaltstatbestände, wie sie die §§ 1572 und 1573 BGB, aber auch § 1575 BGB für den nahehelichen Unterhalt zusätzlich vorsehen, kennt § 1615 I BGB nicht (vgl. BGH 16.12.2009 – XII ZR 50/08, BGHZ 184,13 = FamRZ 2010, 357 Rn 54).

Nach alldem steht eine vom betreuenden Elternteil etwa ausgeübte vollschichtige Tätigkeit dem Anspruch auf Betreuungsunterhalt nicht grundsätzlich entgegen (zur Angemessenheit der Anrechnung von Erwerbseinkommen während der ersten drei Lebensjahre s. u. 6.1).

Gleiches muss dann auch gelten, wenn der betreuende Elternteil, in einem zeitlichen Umfang, der einer vollschichtigen Tätigkeit entsprechen würde, an einer von der Arbeitsagentur geförderten **Weiterbildungsmaßnahme** teilnimmt (OLG Brandenburg 2.3.2010, 10 UF 63/09, NJW-RR 2010, 874) oder ein **Studium** aufnimmt.

4 Eine Mutter fällt nach dem Tod ihres drei Monate alten Kindes in eine Depression und wird deshalb erwerbsunfähig. Kann sie oder ein Sozialhilfeträger als Rechtsnachfolger Unterhalt vom Vater beanspruchen?

Anspruchsvoraussetzung nach § 1615 I Abs. 2 S. 1 BGB ist, ob der Mutter eine Erwerbstätigkeit unmöglich ist wegen der Schwangerschaft oder aber wegen einer Krankheit, die **Folge von Schwangerschaft oder Entbindung** ist. *Engler* bemerkt hierzu:

„Schwangerschaft, Entbindung oder eine dadurch verursachte Krankheit müssen zumindest mitursächlich für die Nichtaufnahme

4

einer Erwerbs-tätigkeit sein; ein Unterhaltsanspruch scheidet deshalb aus, wenn die Erwerbstätigkeit **aus anderen Gründen**, etwa wegen einer davon unabhängigen Erkrankung, einer schon zuvor bestehenden Erwerbslosigkeit oder der Versorgung anderer Kinder unterlassen wird.“ (Staudinger/Engler 2000, § 1615 I BGB Rn 46)

Jedenfalls in der gängigen Kommentarliteratur und auch bei Datenbankrecherchen sind keine Fundstellen bzw Argumente für eine erweiternde Auslegung aufzufinden, die über den Wortlaut und wohl auch den Sinn der Vorschrift hinaus sogar den Tod des Kindes drei Monate nach der Geburt und eine hierdurch veranlasste **psychische Erkrankung der Mutter** noch in einen Zurechnungszusammenhang zu dem Vater iSv § 1615 I Abs. 2 S. 1 BGB stellen ließe. (Nebenbei bemerkt: Wo läge dann die Grenze? Müsste man andernfalls auch noch zB bei Tod des Kindes zwei Jahre nach der Geburt und hierdurch verursachten psychischen Zusammenbruch der Mutter den Anspruch bejahen?)

Deshalb kann hier kein Unterhaltsanspruch der Mutter gegen den Vater ihres verstorbenen Kindes auf der Grundlage des § 1615 I Abs. 2 S. 1 BGB geltend gemacht werden. Daher kann auch der Träger der Sozialhilfe von vornherein nicht im Rahmen von § 94 Abs. 1 S. 1 SGB XII gegen den Mann Rückgriff nehmen.

5 Wonach richtet sich der Bedarf des betreuenden Elternteils?

Der Bedarf gem. § 1615 I Abs. 2 BGB richtet sich nach der **Lebensstellung des betreuenden Elternteils**. Maßstab für den Bedarf sind damit die **wirtschaftlichen Verhältnisse** der unterhaltsberechtigten Mutter bzw des unterhaltsberechtigten Vaters (Eschenbruch ua/Menne 2013, Kap. 2 Rn 1509) zum Zeitpunkt der Geburt bzw Betreuung. Zu ersetzen ist der entstehende Einkommensausfall (Wendl/Dose/Bömelburg 2011, § 7 Rn 100).

5

Der **Mindestbedarf** entspricht nach Nr. 18 der insoweit strukturell einheitlichen Leitlinien der Oberlandesgerichte (abrufbar bspw unter www.dfg.de) dem notwendigen Eigenbedarf eines nicht erwerbstätigen Unterhaltspflichtigen, also mindestens 800 EUR. Ausnahmsweise kann dieser Betrag auch unterschritten werden, so etwa bei einer Schülerin, die mit ihrem nichtehelichen Kind im Haushalt ihrer Eltern lebt (Wever/Schilling FamRZ 2002, 581). Ist der betreuende Elternteil erwerbstätig oder befindet er sich in einer Berufsausbildung, soll der Mindestbedarf mit 1.000 Euro anzusetzen sein (OLG Hamm 3.11.2010 – II-8 UF 138/10, FamRZ 2011, 1600; Krenzler/Borth/Grisebach 2012, Kap. 6 Rn 1451).

War die Mutter vor der Geburt des Kindes erwerbstätig, ist ihr **früheres, bis zur Geburt nachhaltig erzielt Einkommen** – bereinigt um berufsbedingte Aufwendungen – für ihren jetzigen Unterhaltsbedarf maßgebend (vgl BGH 16.7.2008 – XII ZR 109/05, FamRZ 2008, 1739

und 16.12.2009 – XII ZR 50/08, FamRZ 2010, 357; OLG München 11.8.2011 – 26 UF 277/11, FamRZ 2012, 558). Entsprechendes gilt, wenn der Vater vor Übernahme der Betreuung des Kindes einer Erwerbstätigkeit nachgegangen ist.

An der **Nachhaltigkeit** kann es fehlen, wenn der betreuende Elternteil immer wieder staatliche Leistungen bzw Förderungsmaßnahmen in Anspruch genommen hat (OLG Koblenz 6.8.1999 – 11 UF 127/99, NJW 2000, 669). Dagegen ist das **frühere Einkommen bedarfsprägend**, wenn die Mutter bei Beginn der Schwangerschaft bzw der Vater bei Beginn der Betreuung des Kindes zwar arbeitslos war, aber davon ausgegangen werden kann, dass ohne die Schwangerschaft/Betreuung ohne Weiteres wieder eine Arbeit gefunden worden wäre (OLG Koblenz 10.7.2000 – 13 WF 377/00, DAVorm 2001, 137; OLG Bremen 11.6.1999 – 19 UF 7470/98, FamRZ 2000, 636). Das Gleiche gilt, wenn aufgrund von Weiter- und Fortbildungen vorübergehend ein geringeres Einkommen erzielt worden ist (BGH 5.7.2006 – XII ZR 11/04, FamRZ 2006, 1362).

Zum Bedarf gehören auch die Kosten für eine angemessene **Kranken- und Pflegeversicherung** (Eschenbruch ua/Menne 2013, Kap. 2 Rn 1519). Der BGH hat klargestellt, dass **Krankenvorsorgeunterhalt** im Rahmen des Unterhalts nach § 1615 I Abs. 2 BGB zusätzlich geschuldet wird (BGH 16.12.2009 – XII ZR 50/08, BGHZ 184,13 = FamRZ 2010, 357), soweit dieser Aufwand nicht auf Grund eigener während der Mutterschaftszeit fortgeführter Krankenversicherung schon gedeckt ist.

Dagegen besteht kein Anspruch auf **Vorsorgeunterhalt** für den Fall des Alters und der Berufs- oder Erwerbsunfähigkeit (OLG Düsseldorf 16.4.2007 – II-7 UF 317/06, FuR 2007, 581 m. Anm. Schilling; OLG München 12.1.2006 – 16 UF 1643/05, FamRZ 2006, 812; Wendl/Dose/Bömelburg 2011, § 7 Rn 111; aA Borth FPR 2008, 86; Büttner FamRZ 2004, 1918; Göppinger/Wax/Maurer 2008, Rn 1332).

6 Welche Einkünfte mindern die Bedürftigkeit des betreuenden Elternteils?

6.1 Erwerbseinkommen

Bezieht der betreuende Elternteil in den ersten drei Jahren Erwerbseinkommen, ist dieses grds als **überobligatorisch** anzusehen und nur nach Billigkeit entsprechend § 1577 Abs. 2 BGB anzurechnen (vgl zB BGH 15.12.2004 – XII ZR 121/03, FamRZ 2005, 442; OLG Hamm 3.11.2010 – II-8 UF 138/10, FamRZ 2011, 1600). Hierzu hat das OLG Hamm ausgeführt:

„Entgegen der Auffassung des Antragsgegners ist jedoch **nicht das gesamte eigene Einkommen** der Antragstellerin anzurechnen. Wie dargelegt, ist die Antragstellerin nicht zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit verpflichtet. Überobligatorische Einkünfte der

6

Mutter, die trotz fehlender Erwerbsobliegenheit arbeitet, können jedoch grundsätzlich **nicht zur Gänze** angerechnet werden. Vielmehr ist unter Abwägung der Umstände des Einzelfalls in entsprechender Anwendung von § 1577 Abs. 2 BGB nach Billigkeitsgesichtspunkten über den Umfang der Anrechnung zu entscheiden. Die wegen der Berufstätigkeit für die anderweitige **Betreuung** des Kindes aufgewendeten Kosten können dabei abgesetzt werden (Wendl/Staudigl-Pauling, aaO, § 7 Rn. 14). Das Einkommen der Antragstellerin ist daher zunächst um den Elternbeitrag für den Kindergartenbesuch in Höhe von 93,00 EUR zu bereinigen. Das danach verbleibende Einkommen der Antragstellerin ist nach Auffassung des Senats **lediglich zur Hälfte bedarfsdeckend anzurechnen**. Dabei hat der Senat berücksichtigt, dass die Ausbildung der Antragstellerin einer vollschichtigen Tätigkeit gleichkommt und diese auch noch nach Feierabend lernen muss.“ (OLG Hamm 3.11.2010 – II-8 UF 138/10, FamRZ 2011, 1600)

Bevor in die Billigkeitsprüfung eingetreten wird, sollte geprüft werden, ob und in welcher Höhe die eigenen Einkünfte des betreuenden Elternteils nicht angerechnet werden können, weil der Unterhaltspflichtige **wegen mangelnder Leistungsfähigkeit nicht ihren vollen Bedarf** decken kann (§ 1577 Abs. 2 S. 1 BGB analog).

Beispiel (nach Krenzler/Borth/Grisebach 2012, Kap. 6 Rn 1457):

Die Mutter verdiente vor der Geburt 1.000 EUR. Nach der Geburt reduziert sich ihr Einkommen auf 800 EUR. Der Vater verfügt über ein bereinigtes Einkommen von 1.600 EUR. Der offene Bedarf der Mutter würde sich ohne eigene Einkünfte auf 1.000 EUR belaufen. Der Vater könnte den Bedarf der Mutter wegen des ihm zuzubilligenden Selbstbehalts aber nur iHv 500 EUR decken (1.600 EUR – 1.100 EUR). In Höhe der ungedeckten Bedarfssdifferenz von 500 EUR (1.000 EUR – 500 EUR) kann das Einkommen der Mutter daher nicht auf den Unterhaltsanspruch angerechnet werden. Hinsichtlich der weiteren 300 EUR richtet sich die Anrechnung ihres Einkommens nach Billigkeit.

Wenn ein Unterhaltsberechtigter einen nachträglich **vor dem Arbeitsgericht erstrittenen Arbeitslohn** offenbar ohne Gegenleistung erhalten hat, dürfte vieles für eine volle Anrechnung des bereinigten Einkommens in den Monaten sprechen, für die er gezahlt wurde.

Auch eine **Abfindung**, die ein betreuender Elternteil anlässlich der Auflösung seines Arbeitsverhältnisses erhalten hat, ist als bedarfsdeckendes Einkommen heranzuziehen (OLG Brandenburg 2.3.2010 – 10 UF 63/09, NJW-RR 2010, 874).

6.2 Elterngeld und Betreuungsgeld

Zwar wird **Elterngeld** nach dem Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz (BEEG) grundsätzlich einkommensabhängig gezahlt, sodass es

Lohnersatzfunktion erhält und deswegen sowohl im Sozialrecht als auch im Unterhaltsrecht als **Einkommen** zu berücksichtigen ist. Bis zur Höhe eines Sockelbetrages iHv 300 EUR bleibt das Elterngeld jedoch grundsätzlich anrechnungsfrei (Ausnahme § 11 S. 4 BEEG). Im Hinblick auf die geringe Höhe des Betreuungsgeldes (bis 31.7.2014 mtl 100 EUR, ab 1.8.2014 mtl 150 EUR) wird **Betreuungsgeld** grundsätzlich nicht auf den Bedarf angerechnet. Diese anrechnungsfreien Beträge ergeben sich aus § 11 S. 1 BEEG. Die Vorschrift lautet – wie im grundsätzlichen Sinne ohne betragsmäßige Einschränkung zuvor bereits § 9 S. 1 BErzGG –:

„Unterhaltsverpflichtungen werden durch die Zahlung des **Elterngeldes**, des **Betreuungsgeldes** und jeweils vergleichbarer Leistungen der Länder nur insoweit berührt, als die Zahlung **300 EUR monatlich übersteigt**. In den Fällen des § 6 Satz 2 werden die Unterhaltspflichten insoweit berührt, als die Zahlung 150 EUR übersteigt.“

Das Gesetz belässt dem Unterhaltberechtigten somit – neben dem unterhaltsrechtlichen Bedarf von mindestens 800 EUR – jedenfalls einen **Teil des Elterngeldes von mtl 300 EUR** bzw bei verlängerter Zahlung 150 EUR (so ausdrücklich BGH 10.11.2010 – XII ZR 37/09, FamRZ 2011, 97; OLG Bremen 8.10.2008 – 4 WF 74/08, FamRZ 2009, 343; Wendl/Dose/Dose 2011, § 1 Rn 119; vgl auch Nr. 2.5 der LL des Kammergerichts Berlin) bzw das **Betreuungsgeld** in voller Höhe.

6.3 Vermögen des Unterhaltsberechtigten

Mieteinnahmen, Zinseinkünfte und sonstige Vermögenseinkünfte des betreuenden Elternteils mindern dessen Bedürftigkeit (Eschenbruch ua/Menne 2013, Kap. 2 Rn 1526). Waren diese Vermögenseinkünfte jedoch bereits vor der Geburt/Betreuung des Kindes vorhanden, so sind diese Einkünfte Teil der Einkommenslage, die den für die Unterhaltsberechnung relevanten Bedarf darstellt. Die Vermögenseinkünfte sind folglich neutrale Positionen, da sie sowohl auf der Seite des Bedarfs als auch auf der Seite anzurechnender Einkünfte erscheinen.

Bevor der betreuende Elternteil jedoch Unterhalt fordern kann, hat er zunächst den Stamm **seines Vermögens** zu verwerten und zwar grundsätzlich bis auf einen „Notgroschen“ (Eschenbruch ua/Menne 2013, Kap. 2 Rn 1527). Diese Verpflichtung ist jedoch durch eine umfassende Zumutbarkeits- und Billigkeitsprüfung einzuschränken (Wendl/Dose/Bömelburg 2011, § 7 Rn 139). So kann sich nach der Rechtsprechung des BGH nach einer Zumutbarkeitsprüfung ergeben, dass Wertpapiervermögen iHv 30.000 EUR und der Verkaufserlös aus einer Immobilie iHv 190.000 EUR einen Unterhaltsanspruch nicht ausschließt, da das Geld für die Alterssicherung benötigt wird (BGH 5.7.2006 – XII ZR 11/04, FamRZ 2006, 1362).

6.4 Fiktive Einkünfte aus Haushaltsführung

Führt der betreuende Elternteil einem leistungsfähigen Lebenspartner den Haushalt, ist hierfür eine fiktive Vergütung anzusetzen (vgl. Nr. 6 der unterhaltsrechtlichen Leitlinien, abrufbar bspw. unter www.dfgt.de). Diese fiktive Vergütung mindert den Bedarf des betreuenden Elternteils (BGH 16.7.2008 – XII ZR 109/05, FamRZ 2008, 1739).

9

6.5 BAföG-Leistungen

Nach Nr. 2.4 der unterhaltsrechtlichen Leitlinien (abrufbar unter www.dfgt.de) sind BAföG-Leistungen **grundsätzlich Einkommen**, mit Ausnahme von Vorausleistungen nach §§ 36, 37 BAföG. Das gilt auch, soweit sie als unverzinsliches Darlehen gewährt werden.

10

Dies entspricht allgemeiner Auffassung seit BGH 24.10.1979, IV ZR 171/78, DAVorm 1980, 25; bestätigt 15.1.1986, IVb ZR 81/84, NJW-RR 1986, 748.

Hingegen ist der **Kinderbetreuungszuschlag** (§ 14 b BAföG) grundsätzlich nicht auf den Bedarf anzurechnen. Dies wird ausführlich in dem DIJuF-Rechtsgutachten vom 29.5.2012 (JAmt 2012, 323) erläutert.

7 Welche Grundsätze gelten für die Leistungsfähigkeit des Unterhaltsverpflichteten?

Es gelten die allgemeinen unterhaltsrechtlichen Grundsätze, wonach nur derjenige unterhaltspflichtig ist, der in ausreichendem Maße leistungsfähig ist (Krenzler/Borth/Grisebach 2012, Kap. 6 Rn 1460).

11

7.1 Selbstbehalt

Der BGH hat entschieden, dass der **Selbstbehalt** des unterhaltspflichtigen Vaters angesichts der zunehmenden Angleichung der Ansprüche nach § 1615 I BGB und § 1570 BGB grundsätzlich genauso zu bemessen ist, wie der Selbstbehalt eines Unterhaltsschuldners nach § 1570 BGB (BGH 1.12.2004 – XII ZR 3/03, FamRZ 2005, 354; 15.12.2004 – XII ZR 26/03, JAmt 2005, 317). Hierbei sei es nicht zu beanstanden, wenn der Selbstbehalt im Regelfall hälftig zwischen dem notwendigen und dem angemessenen Selbstbehalt liegt.

12

Nach der aktuellen Düsseldorfer Tabelle (Stand 1.1.2013) bzw. Nr. 21.3.2 der OLG-Leitlinien beträgt daher nunmehr der Selbstbehalt 1.100 EUR monatlich. Nach den Nr. 21.3.2 SüdL sind darin Kosten für Unterkunft und Heizung iHv 400 EUR enthalten.

7.2 Erwerbsobliegenheit

Grundsätzlich trifft den Unterhaltspflichtigen auch im Rahmen des § 1615 I BGB eine **Erwerbsobliegenheit**, bei dessen Verletzung grundsätzlich die Zurechnung fiktiver Einkünfte in Betracht kommt (Eschenbruch ua/Menne 2013, Kap. 2 Rn 1530; KG Berlin 30.10.1997 – 16 UF 2423/97, FamRZ 1998, 556; OLG Düsseldorf 27.2.1989 – 2 UF 123/88, FamRZ 1989, 1226). Mangels gesteigerter Unterhaltspflicht (§ 1603 Abs. 2 BGB gilt nicht) werden

13

allerdings die Anforderungen nicht höher angesetzt werden können als gegenüber volljährigen, nicht privilegierten Kindern (OLG Frankfurt 16.2.1982 – 3 UF 129/81, FamRZ 1982, 732; Krenzler/Borth/Grisebach 2012, Kap. 6 Rn 1462). Folglich können im Einzelfall dem Vater zwar im Verhältnis zum Kind, nicht aber im Verhältnis zur Mutter fiktive Einkünfte zugerechnet werden.

7.3 Einsatz des Vermögensstamms

Wegen der Verweisung auf den Verwandtenunterhalt (§ 1615 I Abs. 3 S. 1 BGB) hat der Unterhaltsverpflichtete, neben laufenden Einkünften aus seinem Vermögen ggf auch **den Stamm seines Vermögens** zur Erfüllung des Unterhaltsanspruchs des betreuenden Elternteils einzusetzen (Krenzler/Borth/Grisebach 2012, Kap. 6 Rn 1463 unter Hinw. auf AG Lahnstein 12.7.1985 – 2 C 533/85, FamRZ 1986, 100).

14

Voraussetzung ist aber, dass dadurch sein eigener lebenslanger Unterhalt nicht gefährdet wird (grundlegend BGH 2.11.1988 – IVb ZR 7/88, FamRZ 1989, 170) oder nicht aus anderen Gründen die Verwertung des Vermögensstammes als unzumutbar erscheint. Liegt nur eine **vorübergehende Arbeitslosigkeit** vor, kann es zumutbar sein, den Unterhalt für den Übergangszeitraum aus dem Stamm des Vermögens zu bestreiten (OLG Hamm 3.11.2010 – 8 UF 138/10, FamRZ 2011, 1600). Nähere Ausführungen können auch dem Themengutachten Vermögensersatz beim Kindesunterhalt, TG-1018, entnommen werden.

Wenn der unterhaltspflichtige Elternteil den Unterhalt aus seinem Einkommen nicht bestreiten kann, ist er wie ein nicht gesteigert unterhaltspflichtiger Verwandter nach § 1603 Abs. 1 BGB verpflichtet, seinen Vermögensstamm einzusetzen. Diese Obliegenheit besteht nicht, wenn die Verwertung des Vermögens mit einem **wirtschaftlich nicht vertretbaren Nachteil** verbunden wäre, z B weil der eigene lebenslange Unterhalt gefährdet ist (Wendl/Dose/Bömelburg 2011, § 7 Rn 151). Umgekehrt bedeutet das: Der – ratenweise – Einsatz des Vermögensstammes kann verlangt werden, wenn durch diesen Einsatz der **eigene lebenslange Unterhalt** des Verpflichteten nicht in Frage gestellt wird (Büttner FamRZ 2000, 781, 784).

In Anwendung dieser Grundsätze hat das OLG Hamm (3.11.2010 – 8 UF 138/10, FamRZ 2011, 1601) einen zeitweilig arbeitslosen Arzt für verpflichtet gehalten, den Unterhalt für die betreuende Mutter seines nichtehelichen Kindes aus seinem **Vermögensstamm** zu zahlen. Zur näheren Begründung hat der Senat ausgeführt:

„Darüber hinaus wäre es dem Antragsgegner auch zumutbar, den **Stamm seines Vermögens** einzusetzen, um **vorübergehend** den geschuldeten Unterhalt aufzubringen. Selbst wenn man die Maßstäbe für den Einsatz des Vermögensstammes nicht den nach

§ 1615 1 Abs. 3 S. 1 BGB anwendbaren Vorschriften über den Verwandtenunterhalt entnimmt, sondern die Regelung des § 1581 S. 2 BGB für die Leistungsfähigkeit beim nahehelichen Unterhalt analog heranzieht, würde sich nichts anderes ergeben [...]. Die Kriterien des § 1581 S. 2 BGB rechtfertigen vorliegend den Einsatz des Vermögensstamms zumindest zur Überbrückung einer gewissen Zeit der Arbeitslosigkeit.

Der Antragsgegner verfügt über ausreichendes Vermögen, um den Betreuungsunterhalt daraus zu bestreiten. Nach seinen eigenen Angaben hat er einen Betrag in Höhe von 44.000 EUR sowie einen Anteil an einer Immobilie aus einer Erbschaft erhalten. Da es für den Antragsgegner voraussehbar war, alsbald wieder - wie tatsächlich geschehen - eine Arbeitsstelle als Arzt zu erlangen, bedurfte er dieses Vermögens zur Sicherung seiner eigenen Existenz aller Voraussicht nach nicht, zumal es keinerlei Anhaltspunkte dafür gibt, dass es dem Antragsgegner nicht gelingen wird, die für Ärzte übliche Altersvorsorge aufzubauen.“

8 Ist bei der Berechnung des Betreuungsunterhalts beim Einkommen des Unterhaltspflichtigen vorweg der Zahl- oder der Tabellenbetrag für das Kind abzuziehen?

Der sog. **Zahlbetrag** ist der **Tabellenunterhalt** abzüglich des zu berücksichtigen Kindergeldes. Als Anhang zur Düsseldorfer Tabelle ist eine Auflistung der Zahlbeträge zu finden.

15

In einem grundlegenden Urteil vom 27.5.2009 – XII ZR 78/08, JAmt 2009, 450 hat der BGH für den **Ehegattenunterhalt** geklärt, dass der Zahlbetrag in Abzug zu bringen ist. Leitsatz 1 der Entscheidung lautet:

„Im Rahmen der Bedarfsermittlung beim Ehegattenunterhalt gemäß § 1578 Abs. 1 Satz 1 BGB ist nach der seit dem 1. Januar 2008 geltenden Rechtslage auch ein vom Unterhaltspflichtigen geschuldeter Minderjährigenunterhalt nicht mehr mit dem sog. Tabellenbetrag, sondern mit dem sich nach Abzug des (hälftigen) Kindergelds gemäß § 1612 b Abs. 1 BGB ergebenden **Zahlbetrag zu berücksichtigen**. § 1612 b Abs. 1 BGB verstößt auch mit dieser Wirkung nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG.“

Diese Auffassung hat der BGH (24.6.2009 – XII ZR 161/08, FamRZ 2009, 1477) nochmals ausdrücklich bekräftigt. Sie wurde danach auch vom **BVerfG gebilligt**, das eine Verfassungsbeschwerde gegen das erstgenannte Urteil nicht angenommen hat (14.7.2011 – 1 BvR 932/10, JAmt 2011, 553).

Überall dort, wo es auf die Höhe des Kindesunterhalts ankommt, besonders bei der Beurteilung der Leistungsfähigkeit oder beim Zusammentreffen mehrerer Unterhaltspflichten ist nicht wie früher der Tabellenbetrag, sondern der **Zahlbetrag** in die Unterhaltsberechnung einzustellen (Wendl/Dose/Scholz 2011, § 2 Rn 717; Eschenbruch ua/Menne 2013, Kap. 2 Rn 1526).

9 Welche Bedeutung hat der Halbteilungsgrundsatz für die Angemessenheitskontrolle des Betreuungsunterhalts?

16

Nicht nur der unterhaltsberechtigten Elternteil, sondern auch der Unterhaltspflichtige hat einen **Anspruch auf angemessenen Unterhalt** (§ 1610 Abs. 1 BGB, § 1603 Abs. 1 BGB). Deshalb ist nach der Rechtsprechung des BGH der Anspruch des betreuenden Elternteils in der Höhe begrenzt durch den Grundsatz der Halbteilung (BGH 15.12.2004 – XII ZR 121/03, JAmT 2005, 258; 16.7.2008 – XII ZR 109/05, FamRZ 2008, 1739).

Dieser ist eine Ausprägung des im Unterhaltsrecht geltenden Gerechtigkeitsgedankens: Der Unterhaltsberechtigte soll **nicht durch die Unterhaltsgewährung besser stehen als der Verpflichtete** (Ehinger FPR 2010, 389-395, 394). Der BGH hat sich zur Lösung des Problems einer gerechten Verteilung der vorhandenen Mittel auch insoweit für eine entsprechende Anwendung des im ehelichen Unterhaltsrecht geltenden **Grundsatzes der Halbteilung** in seiner anspruchsbegrenzenden Funktion entschieden (BGH 21.4.2010 – XII ZR 134/08, FamRZ 2010, 1050, zum Anspruch nach § 1570 BGB; 15.12.2004 – XII ZR 121/03, FamRZ 2005, 442 unter Hinw. auf die Rechtsprechung zum Betreuungsunterhalt nach § 1570 BGB).

Deshalb hat – auch wenn der Lebensstandard des betreuenden Elternteils aufgrund des früher erzielten Einkommens höher war als der des Unterhaltspflichtigen – dem unterhaltspflichtigen Elternteil von seinem Einkommen mindestens ein Betrag zu verbleiben, der das – um anderweitige Unterhaltspflichten bereinigte – **eigene anzurechnende Einkommen des Berechtigten zuzüglich des geschuldeten Unterhalts nicht unterschreitet** (Ehinger FPR 2010, 389, 394).

Strittig ist, ob das auch bedeutet, dass dem Unterhaltspflichtigen der beim Ehegattenunterhalt übliche **Erwerbstätigenbonus** – bspw nach den LL des Kammergerichts Berlin Nr. 15.2: 1/7 – zu Gute kommen soll (bejahend Ehinger mit der Begründung, dieser stelle eine Modifizierung des Halbteilungsgrundsatzes dar; ebenso Schnitzler/Wever 2010, § 10 Rn 52).

Die Frage, ob ein Erwerbsbonus bei der Halbteilung anzusetzen ist, wurde aber **noch nicht höchstrichterlich entschieden**. Zwar hat der BGH (15.12.2004 – XII ZR 121/03, JAmT 2005, 258) ausgeführt, dass das Einkommen zuvor „nach den üblichen unterhaltsrechtlichen Maßstäben bereinigt“ werden müsse. Entgegen vielfach angeführten ungenauen Argumenten ist aber der Erwerbsbonus kein Teil der Bereinigung des Nettoeinkommens, sondern allein ein Teil der Quotierung bei der Berechnung des Ehegattenunterhalts (vgl hierzu auch Gerhardt FamRZ 2013, 834).

Die Quotierung des Unterhalts ist eine von der Rechtsprechung entwickelte Berechnungsfrage beim Ehegattenunterhalt, die im **Verwandtenunterhalt** nicht gilt und nichts mit Vergleichsberechnungen zu tun hat. Auch beim Familienunterhalt wird kein Bonus angesetzt. Bei der Leistungsfähigkeit ist im angemessenen Selbstbehalt der Bonus bereits enthalten. Auch der sog. angemessene Bedarf nach § 1578 b BGB ist nicht um einen **Erwerbsbonus** zu korrigieren, ebenso wenig ein konkreter Bedarf beim Ehegattenunterhalt.

Der nach § 1615 I Abs. 2 BGB Pflichtige wird auch bei der **Halbteilung** durch den Selbstbehalt geschützt (BGH 16.7.2008 – XII ZR 109/05, FamRZ 2008, 1739). Das gleiche gilt für den Bedürftigen durch den Ansatz eines Mindestbedarfs. Es ist aber nicht gerechtfertigt, den Bedürftigen in diesen Fällen noch weiter durch Ansatz eines Erwerbstätigenbonus zu benachteiligen, wenn er seinen vollen Bedarf nicht erhält.

Die Auswirkungen seien verdeutlicht an folgendem vereinfachten **Beispiel** (nach Ehinger FPR 2010, 389), ohne Berücksichtigung von Krankenversicherungskosten:

M verdiente bereinigt netto 3.000 EUR, bevor sie wegen der Kindesbetreuung ihre Arbeit aufgab. Ihr Bedarf liegt bei 3.000 EUR. Sie erhält von V, der 3.000 EUR verdient, 1.500 EUR, denn ihm soll nicht weniger verbleiben als M erhält.

Käme V der Erwerbstätigenbonus zugute, ergäbe sich folgende Rechnung:

$\frac{1}{2} (3.000 \times \frac{6}{7}) = \text{gerundet } 1.286 \text{ EUR.}$

Als weiteres vertiefendes Beispiel sei folgende **Berechnung** genannt:

- Ausgangspunkt der Bedarfsermittlung ist das vor der Geburt erzielte bereinigte Einkommen der Mutter von 2.893 EUR.

Der Mutter steht derzeit bereinigt (um berufsbedingte Aufwendungen und den Kita-Beitrag) ein **Einkommen** iHv 2.527 EUR zur Verfügung.

Da sie aber nicht zu einer **Erwerbstätigkeit** verpflichtet ist, ist die Anrechnung nur nach Billigkeit möglich. Sind besondere Umstände für eine konkrete Abwägung entsprechend § 1577 Abs. 2 BGB nicht erkennbar, dürfte im Streitfall das Familiengericht wohl zu einer **hälftigen Anrechnung** neigen, also von 1.263 EUR.

Als höchstens durch Unterhaltszahlungen des Vaters zu deckender Bedarf der Mutter kämen somit lediglich $(2.893 - 1.263 =)$ 1.630 EUR in Betracht.

- Das bereinigte Einkommen des Vaters ist nach Abzug des **Zahlbetrags** des Kindesunterhalts mit 1.874 EUR anzusetzen.

Hiervon steht aufgrund des angemessenen **Selbstbehalts** von 1.100 EUR lediglich ein Betrag von 774 EUR zur Verfügung.

■ Würde der Vater hiermit herangezogen werden, hätte die Mutter aber mit einem anzurechnenden eigenen Einkommen von 1.263 EUR und einem Unterhaltsbetrag von 774 EUR insgesamt 2.037 EUR zur Verfügung und damit weit mehr, als dem Vater unter Berücksichtigung des Halbteilungsgrundsatzes verbliebe.

Das lässt sich wie folgt überprüfen und korrigieren:

Addiert man das verfügbare Nettoeinkommen des Vaters und das anzurechnende Erwerbseinkommen der Mutter, ergeben sich (1.874 + 1.263 =) 3.137 EUR. Halbiert man diesen Betrag, entfallen auf den Vater und die Mutter jeweils 1.568 EUR.

Damit die Mutter von ihrem anzurechnenden Nettoeinkommen aus auf diesen Betrag kommt, bedarf es also einer Hinzurechnung von 305 EUR.

■ Zahlt der Vater von seinem Nettoeinkommen diesen Betrag, verbleiben ihm seinerseits (gerundet) 1.568 EUR. Damit ist die Anforderung der Rechtsprechung erfüllt, dass dem Vater nicht weniger verbleiben darf als die Mutter erhält, und zwar aufgrund ihres aktuellen anrechenbaren eigenen Einkommens – also unter Berücksichtigung der nur hälftigen Anrechnung ihrer Bezüge wegen überobligatorischer Erwerbstätigkeit, s.o., mit letztlich 1263 EUR zuzüglich des von ihr zu beanspruchenden Unterhalts in Höhe von 305 EUR.

Literaturverzeichnis:

Borth , H. (2008). Altersvorsorgeunterhalt für die Vergangenheit ohne ausdrückliche Geltendmachung FPR 2008, 86–88

17

Büttner, H. (2000). Unterhalt für die nichteheliche Mutter FamRZ 2000, 781–786

Büttner, H. (2004). Alterssicherung und Unterhalt FamRZ 2004, 1918–1924

Ehinger, U. (2010, 389-395). Der Betreuungsunterhaltsanspruch der Mutter eines nichtehelichen Kindes FPR 2010, 389-395

Eschenbruch, K./Schürmann, H./Menne, M. (Hrsg) (2013). Der Unterhaltsprozess. Praxishandbuch des materiellen Unterhaltsrechts und des Verfahrens in Unterhaltssachen, 6. Aufl., Luchterhand, Köln (zit. Eschenbruch ua/Bearbeiter)

Gerhardt, P. (2013). Der Erwerbstätigenbonus bei der Berechnung des Ehegattenunterhalts FamRZ 2013, 834–837

Göppinger, H./Wax, P. (Hrsg) (2008). Unterhaltsrecht, 9. Aufl., Giesecking, Bielefeld (zit. Göppinger/Wax/Bearbeiter)

Krenzler, M./Borth, H. (Hrsg) (2012). Anwalts-Handbuch Familienrecht, 2. Aufl., Otto Schmidt, Köln (zit. Krenzler/Borth/Bearbeiter)

Schnitzler, K. (Hrsg) (2010). Münchener Anwaltshandbuch Familienrecht, 3. Aufl., C. H. Beck, München (zit. Schnitzler/Bearbeiter)

Staudinger, J. v. (Begr.) (2000). Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Buch 4: Familienrecht §§ 1601-1615 o (Unterhaltspflicht), Engler, H. (Hrsg), 14. Aufl., Sellier-de Gruyter, Berlin (zit. Staudinger/Bearbeiter)

Wendl, P./Dose, H.-J. (Hrsg) (2011). Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis. Handbuch, 8. Aufl., C. H. Beck, München (zit. Wendl/Dose/Bearbeiter)

Wever, R./Schilling, R. (2002). Streitfragen zum Unterhalt nicht miteinander verheirateter Eltern wegen Kindesbetreuung FamRZ 2002, 581-590