

Sonderbedarf beim Kindesunterhalt (Einzelfragen), Themengutachten TG-1124	Bernhard Knittel/Petra Birnstengel	Themengutachten, DIJuF-Rechtsgutachten 1. Auflage 2015	Rn. 1-16
---	------------------------------------	--	----------

Sonderbedarf beim Kindesunterhalt (Einzelfragen), Themengutachten TG-1124

Prof. Dr. Bernhard Knittel und Petra Birnstengel

Stand: 02/2015

1 Wie können die Kosten der Säuglingserstaussstattung als Sonderbedarf geltend gemacht werden?

1.1 Grundsatz

1.2 Kostentragungspflicht beider Elternteile

1.3 Keine Richtwerte für Angemessenheit der Säuglingsausstattung

1.4 Beweislast für Höhe der Kosten

1.5 Modalitäten der Einforderung beim Unterhaltspflichtigen

1.6 Rangverhältnis insbesondere zum Betreuungsunterhalt der Mutter

2 In welchen Fällen können Kosten einer kieferorthopädischen Behandlung als Sonderbedarf geltend gemacht werden?

2.1 Kostenerstattung durch die gesetzliche Krankenversicherung bei kieferorthopädischer Behandlung

2.2 Nicht gedeckte Kosten als zusätzlicher Bedarf des Kindes

2.3 Notwendigkeit von Zusatzleistungen

2.4 Empfehlungen für den Gläubigervertreter

3 Berührt die Begleichung von Arztrechnungen durch den betreuenden Elternteil die Aktivlegitimation des Kindes zur Geltendmachung des Anspruchs auf Sonderbedarf gegen den Pflichtigen?

3.1 Grundsätzliche Überlegungen zur Tilgungszielrichtung

3.2 Voraussetzungen eines Anspruchsübergangs

3.3 Familienrechtlicher Ausgleichsanspruch

3.4 Zusammenfassende Beurteilung

1 Wie können die Kosten der Säuglingserstaussstattung als Sonderbedarf geltend gemacht werden?

1.1 Grundsatz

Die Kosten der Säuglingserstaussstattung in angemessenem Rahmen werden in der Rechtsprechung allgemein **als Sonderbedarf iSv § 1613 Abs. 2 Nr. 1 BGB gewertet** (vgl zB BVerfG 12.5.1999 – 1 BvR 1988/95, NJW 1999, 3112; OLG Oldenburg 27.4.1999 – 11 WF 161/98, FamRZ 1999, 1685; OLG Koblenz 12.5.2009 – 11 UF 24/09, FamRZ 2009, 2098). Zwar sind die Geburt und die damit verbundene Notwendigkeit von Anschaffungen für die Mutter

1

voraussehbar, das Kind hat jedoch erst mit der Geburt Anspruch auf Unterhalt und konnte daher Rücklagen für die erforderlichen Anschaffungen nicht bilden (Wendl/Dose/Scholz § 6 Rn. 15).

Demgemäß ist es auch **Aufgabe des Beistands**, diesen Bedarf im Rahmen des Unterhaltsanspruchs des Kindes gem. § 1712 Abs. 1 Nr. 2 BGB geltend zu machen. Denn diese Vorschrift erfasst alle Ansprüche aus den §§ 1601 ff BGB einschließlich der Rückstände und gegen sämtliche in Frage kommenden Unterhaltsverpflichteten (vgl Palandt/Götz BGB § 1712 Rn. 2). Es ist keine Unterscheidung dahingehend zu treffen, ob es sich um den regelmäßigen Bedarf bzw um Mehr- oder Sonderbedarf handelt.

1.2 Kostentragungspflicht beider Elternteile

Der Unterhaltsverpflichtete hat grundsätzlich auch für den Sonderbedarf im Rahmen seiner Leistungsfähigkeit bis zur Grenze des notwendigen Eigenbedarfs aufzukommen. Die **Leistungsfähigkeit muss im Zeitpunkt der Fälligkeit des Sonderbedarfs bestehen** (OLG Karlsruhe 6.6.1997 – 2 UF 168/96, NJW-RR 1998, 1226). Andererseits wird man nicht verlangen können, dass der Schuldner in der Lage sein muss, den Sonderbedarf gerade aus dem Einkommen des laufenden Monats aufzubringen. Der Berechtigte hat die Obliegenheit, den Schuldner rechtzeitig auf die Entstehung von Sonderbedarf hinzuweisen, damit dieser die erforderlichen Rücklagen bilden und den Anspruch bei Fälligkeit erfüllen kann (OLG Hamburg 14.8.1990 – 12 UF 137/87 U, FamRZ 1991, 109 m. Anm. *Henrich*; vgl auch OLG Hamm 1.3.1994 – 13 UF 435/93, FamRZ 1994, 1281; Wendl/Dose/Scholz § 6 Rn. 7).

Zudem ist ggf der **andere Elternteil an der Finanzierung des Sonderbedarfs zu beteiligen**, wenn er eine Erwerbstätigkeit ausübt oder über sonstige Einkünfte verfügt (BGH 27.4.1983 – IVb ZR 378/81, DAVorm 1983, 727; 19.11.1997 – XII ZR 1/96, FamRZ 1998, 286). Maßstab für die Höhe des Beitrags sind die beiderseitigen Erwerbs- und Vermögensverhältnisse (§ 1606 Abs. 3 S. 1 BGB). Die Pflege und Betreuung eines minderjährigen Kindes schließen eine Beteiligung am Sonderbedarf nicht aus. Der Kindesbetreuung kann durch eine wertende Veränderung des Verteilungsschlüssels Rechnung getragen werden (vgl Wendl/Dose/Scholz § 6 Rn. 13). Zur Ermittlung der Haftungsquoten s. auch Themengutachten Mehrbedarf und Sonderbedarf beim Kindesunterhalt, TG-1090 Frage 5.

Legt man zugrunde, dass die **Fälligkeit des Anspruchs nicht vor der Geburt** eintreten kann, weil erst ab diesem Zeitpunkt die angeschafften Gegenstände für das Kind benötigt werden, liegt es nahe, auf die wirtschaftlichen Verhältnisse der Eltern zu diesem Zeitpunkt abzustellen. Dann wird für die Haftungsquote sowohl die erweiterte Unterhaltspflicht des Vaters als auch das ggf niedrigere Einkommen der Mutter (zB nur Elterngeld statt vorherigem Erwerbseinkommen) hinreichend berücksichtigt.

1.3 Keine Richtwerte für Angemessenheit der Säuglingsausstattung

2

Für das Unterhaltsrecht maßgebende Richtwerte existieren insoweit nicht. Zwar werden **sozialrechtlich Kostenpauschalen** angesetzt (zB im Rahmen des § 24 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 SGB II), die jedoch ausgesprochen niedrig sind und nur den nötigsten Bedarf decken (vgl KG 5.4.2006 – 25 UF 89/05, FamRZ 2007, 77). Nach Ansicht des OLG Koblenz (12.5.2009 – 11 UF 24/09, FamRZ 2009, 2098) sei es „nicht gerechtfertigt, von Kosten für eine Babyerstausrüstung von mehr als 1.000 EUR auszugehen, soweit nicht überdurchschnittliche finanzielle Verhältnisse vorliegen“. Der Senat weist dabei ua auf die Möglichkeit hin, bestimmte Teile der Säuglingserstausrüstung als Gebrauchtartikel zu günstigen Preisen zu erwerben.

3

Als allgemeiner, wenngleich im Einzelfall ausfüllungsbedürftiger Maßstab, werden die **Notwendigkeit und die Angemessenheit der Anschaffungen** zu gelten haben.

Entscheidend dürfte hierbei sein, dass zu den Kosten der Erstausrüstung nur solche Positionen gerechnet werden dürfen, die **unmittelbar zur Versorgung und Pflege des Säuglings nach der Geburt** notwendig sind, also vor allem Kinderbett mit Matratze, Kinderwagen, Wickeltischauflage, Babykleidung. Der Hochstuhl gehört nicht zur Babyerstausrüstung, da ein Kind erst nach einigen Monaten sitzen kann (OLG Koblenz 12.5.2009 – 11 UF 24/09 Rn. 33, FamRZ 2009, 2098).

Die darüber hinausgehenden Möbel des Kinderzimmers, ein Teppich oder eine Lampe dürften im Streitfall nicht anerkennungsfähig sein. Sie mögen zwar der **Ausstattung des Kinderzimmers** dienen, sind aber kein notwendiger Bestandteil der Erstausrüstung für das Kind anlässlich der Geburt.

Sehr zweifelhaft ist dies auch für die Anschaffung eines **Baby-Autositzes**: Im Rahmen der Grundsicherung nach dem SGB II hat das LSG Bln-Bbg (24.4.2008 – L 5 B 1973/07 AS PKH) entschieden, dass es sich hierbei nicht um einen notwendigen Bedarf bei der Geburt handle.

1.4 Beweislast für Höhe der Kosten

Der anlässlich der Geburt des Kindes entstandene Sonderbedarf ist **konkret darzulegen und ggf zu beweisen** (KG 5.4.2006 – 25 UF 89/05, FamRZ 2007, 77). Sollte der Vater in einem Rechtsstreit in zulässiger Weise (vgl § 138 Abs. 4 ZPO) mit Nichtwissen bestreiten, dass die Mutter die entsprechenden Gegenstände neuwertig zu dem behaupteten Preis erworben – und nicht etwa gebraucht gekauft oder geschenkt erhalten – habe, müsste sie hierfür den Beweis erbringen. Das wird erschwert, wenn keine Quittungen oder sonstigen Kaufbelege mehr vorhanden sind.

4

1.5 Modalitäten der Einforderung beim Unterhaltspflichtigen

Da vor dem Wirksamwerden der Vaterschaftsanerkennung eine Aufforderung zur Bildung von Rücklagen ins Leere geht, weil die Rechtswirkungen der Anerkennung grundsätzlich zuvor nicht geltend gemacht werden können (vgl § 1594 Abs. 1 BGB), sollte einvernehmlich die Fälligkeit der den Vater

5

treffenden Sonderbedarfsforderung auf einen Zeitpunkt gelegt werden, der ihm **nach Maßgabe seines Einkommens eine entsprechende Rücklagenbildung** ermöglicht. Wird etwa die Vaterschaft im Januar 2015 wirksam anerkannt und soll ein Sonderbedarfsanteil in Höhe von beispielsweise 1.000 EUR gegen ihn geltend gemacht werden – wobei ferner unterstellt wird, dass ihm bspw monatliche Rücklagen von 178 EUR möglich und zumutbar wären –, könnte die Fälligkeit einer entsprechenden Sonderzahlung anlässlich der Unterhaltsbeurkundung etwa auf Anfang Juli 2015 festgelegt werden. Es liegt dann an der Mutter, den Betrag entsprechend vorzufinanzieren, ggf durch überbrückende Kreditgewährung von Verwandten. Bei entsprechender Bereitschaft des Vaters könnte die Verpflichtung zum Sonderbedarf auch dergestalt beurkundet werden, dass er sie in entsprechenden monatlichen Teilzahlungen von Januar bis Juni 2015 tilgt. Entscheidend ist lediglich, dass der ihn treffende **Gesamtbetrag auf seine Leistungsfähigkeit abgestimmt wird**, dh nicht in einer Summe zu einem frühzeitigen Monatstermin von ihm gefordert wird, wenn er diesen nicht aufbringen kann und er auch nicht zur vorherigen Bildung von Rücklagen aufgefordert werden konnte.

1.6 Rangverhältnis insbesondere zum Betreuungsunterhalt der Mutter

Auch der Sonderbedarf ist Bestandteil des Kindesunterhalts (so oben 1.1) und **geht daher dem Anspruch der Mutter im Range vor** (vgl § 1609 BGB). Wenn der Vater Rücklagen für die Einmalzahlung des Sonderbedarfs bzw die ratenweise Tilgung der entsprechenden Verpflichtung nur auf Kosten seiner Verpflichtung zum Betreuungsunterhalt nach § 1615 I BGB bilden kann, muss die Mutter (und auch der Träger von Leistungen nach dem SGB II) das hinnehmen.

6

2 In welchen Fällen können Kosten einer kieferorthopädischen Behandlung als Sonderbedarf geltend gemacht werden?

2.1 Kostenerstattung durch die gesetzliche Krankenversicherung bei kieferorthopädischer Behandlung

Versicherte vor Vollendung des 18. Lebensjahrs haben in medizinisch begründeten Fällen einen Anspruch auf eine kieferorthopädische Versorgung. Medizinisch begründete Fälle liegen beispielsweise vor bei Patienten mit einer Kiefer- oder Zahnfehlstellung, die das Kauen, Beißen, Sprechen oder Atmen erheblich beeinträchtigt oder zu beeinträchtigen droht. Die **Krankenkasse übernimmt zunächst die Behandlungskosten in Höhe von 80 %** (90 %, wenn mehrere Kinder in Behandlung sind). Wird die Behandlung planmäßig abgeschlossen, werden von der Krankenkasse auch die verbleibenden 20 % (10 %) der Behandlungskosten erstattet.

7

2.2 Nicht gedeckte Kosten als zusätzlicher Bedarf des Kindes

Es entspricht allgemeiner Auffassung in der Rechtsprechung, dass die von der Krankenkasse bzw -versicherung nicht gedeckten, aber notwendigen Kosten ggf vom Unterhaltsverpflichteten zumindest teilweise (je nach Leistungsfähigkeit

8

des anderen Elternteils, der sich uU daran zu beteiligen hat) **als Sonderbedarf zu tragen** sind.

Dies hat das OLG Celle (4.12.2007 – 10 UF 166/07, FamRZ 2008, 1884) mit folgender Begründung und mit einschlägigen Rechtsprechungsnachweisen klargestellt:

„Die ungedeckten Kosten kann der Kläger im Streitfall auch als Sonderbedarf iSd § 1613 Abs. 2 Nr. 1 BGB geltend machen. Nach der – soweit ersichtlich (selbst in der Literatur) ohne ausdrückliche Gegenstimmen gebliebenen – obergerichtlichen Rechtsprechung stellen **Kosten einer kieferorthopädischen Behandlung regelmäßig Sonderbedarf** im Sinne von § 1613 Abs. 2 Nr. 1 BGB dar (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluß vom 29. August 1980 – 3 WF 190/80 – FamRZ 1981, 76; OLG Karlsruhe, Urteil vom 26. Juli 1992 – 2 UF 235/91 – FamRZ 1992, 1317; OLG Düsseldorf, Beschluß vom 27. Oktober 2003 – 8 WF 186/03 – FuR 2004, 307). Auch im Streitfall sind diese Kosten sowohl – wie bereits dargelegt – im Sinne der Norm „ungewöhnlich hoch“ als auch „unregelmäßig“. Sie sind – auch in Kenntnis des letztlich unverbindlichen Kostenplanes weder in ihrem genauen Gesamtumfang noch auch nur annähernd in ihrem Anfall innerhalb des Behandlungszeitraumes verlässlich vorhersehbar. Soweit teilweise auf das – nicht dem Gesetzestext entstammende – Erfordernis des „Plötzlichen“ abgestellt wird, kann dies nicht mehr bedeuten, als daß sich die Notwendigkeit so kurzfristig abzeichnet, daß aus dem laufenden Unterhalt keine ausreichenden Rücklagen mehr gebildet werden können (vgl. Wendl/Staudigl/Scholz, Das Unterhaltsrecht in der familiengerichtlichen Praxis, § 6 Rz. 4 a.E.); auch dies ist im Streitfall gegeben.

Soweit der Bundesgerichtshof in einer jüngeren Entscheidung zu Konfirmationskosten diese nicht als Sonderbedarf qualifiziert hat (Urteil vom 15. Februar 2006 – XII ZR 4/04 – NJW 2006, 1509), gibt dies für den hier zu entscheidenden ganz wesentlich anderen Sachverhalt nichts her, noch zumal der Bundesgerichtshof in einer – nicht etwa aufgegeben – älteren Entscheidung bereits die Geltendmachung von Kosten medizinischer – auch orthopädischer – Behandlung über einen längeren Zeitraum als Sonderbedarf bestätigt hatte (vgl. Urteil vom 11. November 1981 – IVb ZR 608/80 – NJW 1982, 328).“

Hierbei kommt es **allein auf die medizinische Indikation einer derartigen Behandlung** an (OLG Frankfurt 21.7.2010 – 4 UF 55/10, FamRZ 2011, 570). Unerheblich ist, dass die gesetzlichen Krankenkassen aus Gründen der Kostendämpfung einen strengen Maßstab an die Erstattungsfähigkeit von Aufwendungen für bestimmte Heilbehandlungen anlegen. So hat das OLG Düsseldorf (11.9.2000 – 2 UF 67/00, FamRZ 2001, 444) in anderem Zusammenhang entschieden: „Die Kosten einer länger andauernden psychotherapeutischen Behandlung sind Bestandteil des Unterhaltsanspruchs,

soweit sie nicht von der Krankenkasse erstattet werden.“ Auch der BGH (11.11.1981 – IVb ZR 608/80, FamRZ 1982, 25) hat in einem früheren grundlegenden Urteil zum unterhaltsrechtlichen Sonderbedarf ohne Weiteres zugrunde gelegt, dass Aufwendungen für ärztliche Behandlung, Arzneimittel und orthopädische Hilfsmittel, die im konkreten Fall teilweise nicht von der Krankenversicherung der Klägerin übernommen worden waren, als unterhaltsrechtlicher Bedarf anzusehen sind.

Problematisch kann in derartigen Fällen allein sein, ob die Ablehnung der Kostenerstattung darauf beruht, dass es sich um eine **nicht allgemein anerkannte Heilmethode** (zB Hippo-Therapie, Mototherapie) handle. Denn dem Schuldner wäre es nicht zu verdenken, wenn er den Einwand erhebt, es fehle insoweit an der medizinischen Indikation der Maßnahme, weshalb er auch nicht für deren Kosten aufkommen müsse. Anders ist dies hingegen zu beurteilen, wenn zB eindeutig eine behandlungsbedürftige Zahnfehlstellung – wenn auch nicht schwersten Grades – besteht und diese mit einer herkömmlichen kieferorthopädischen Behandlung behoben werden kann.

2.3 Notwendigkeit von Zusatzleistungen

Leider lassen sich weder diesen Entscheidungen noch anderer hierzu veröffentlichter Rechtsprechung brauchbare Anhaltspunkte zur Beurteilung entnehmen, wenn es um Therapiekosten geht, welche über die unbedingt notwendigen Mindestleistungen hinausgehen und sinnvolle Zusatzleistungen umfassen. Hierauf wird bisher in keinem einschlägigen Urteil oder Beschluss näher eingegangen.

9

Dabei dürfte allgemein bekannt sein, dass die **von der GKV getragenen Kosten allenfalls einen Mindeststandard** abdecken. Informative Details bezüglich kieferorthopädischer Behandlungen finden sich beispielsweise auf der Informationsseite des „Instituts für biofunktionale Kieferorthopädie“ (Institute of Biofunctional Orthodontics IBO, Dr. Georg Risse, Münster): www.ibotech.de/fd_Patienten/aufklaerung/B07.pdf, abgerufen am 6.8.2014, insbesondere unter dem Stichwort „Aufklärung B 6: Wer trägt die Kosten?“.

Von hier aus kann die fachliche Reputation dieses Instituts natürlich nicht aus eigener Kompetenz beurteilt werden. Gleichwohl erscheinen die auf der zitierten Seite enthaltenen Aussagen interessant. Ihnen lässt sich die Behauptung entnehmen, dass der grob gerasterte **„Kieferorthopädische Indikationskatalog“ (KIG)**, den die GKV seit 2004 mit dem Ziel der Kostendämpfung als Grundlage für Erstattungen entsprechender Leistungen zugrunde legt, nicht wirklich zur Abgrenzung von „notwendigen“ und „nicht notwendigen“ Behandlungsmaßnahmen geeignet sei. Nach der vorgenannten Quelle definiert „der KIG keine medizinischen Krankheitsbilder, sondern überwiegend nur grobe metrische Vermessungen für grobe Zieldefinitionen als Grundlage der Kassenleistung [...], womit viele wirkliche Krankheitsbilder und Krankheitsbeschränkungen aus der Leistungspflicht der gesetzlichen

Krankenkassen herausfallen und dann zu vollen privaten Lasten meistens junger Familien werden“. Es wird sodann die Wirtschaftlichkeit des kieferorthopädischen Indikationskatalogs angezweifelt und darauf hingewiesen, dass die Folgekosten von unterlassener Therapie und Prophylaxe wesentlich höher sein können.

Auch wenn an dieser Stelle naturgemäß mangels spezieller medizinischer Sachkunde keine eigene Bewertung hierzu abgegeben werden kann, mag das Zitat doch zumindest nahelegen: Allein aus der Tatsache, dass die GKV eine bestimmte Maßnahme nicht übernimmt, kann **nicht ohne Weiteres gefolgert werden, dass diese auch nicht notwendig** sei. Wäre dies anders, dürfte es im Übrigen auch keine unterhaltsrechtliche Rechtsprechung geben, die für bestimmte Fälle einen Sonderbedarf bejaht: Denn entweder würden die Kosten bereits von der Kasse getragen oder aber ein Anspruch auf zumindest teilweise Tragung durch den barunterhaltspflichtigen Elternteil müsste folgerichtig verneint werden.

2.4 Empfehlungen für den Gläubigervertreter

Es sollte im Einzelfall durch eine **schriftliche Stellungnahme des behandelnden Arztes** dargelegt werden, dass eine aus zahnmedizinischer Sicht notwendige Behandlungsmaßnahme vorliege. Damit könnte zunächst die Forderung gegen den Unterhaltspflichtigen schlüssig begründet werden. Zumindest in einem Teil der Fälle wird es wohl im Hinblick auf die vorstehend angesprochenen medizinisch/fachlichen Argumente auch gelingen, die Notwendigkeit konkret nachzuweisen, nämlich durch ein im Streitfall vom Familiengericht eingeholtes fachärztliches Gutachten. Freilich bleibt insoweit immer ein gewisses Prozessrisiko bestehen.

10

Schwierig wird es allerdings dann, wenn auch der behandelnde Arzt von vornherein seine begleitende Stellungnahme dahingehend einschränken muss, dass es **zu der jeweiligen Leistung im konkreten Fall kostengünstigere Alternativen** gebe bzw eine bestimmte Behandlungsmaßnahme zwar medizinisch sinnvoll, aber nicht zwingend notwendig sei (so ist beispielsweise bekannt, dass die von der GKV finanzierten Bracketts von minderer Qualität sind und gelegentlich brechen oder aber sich zumindest häufig lösen. Ferner gibt es sicherlich Unterschiede im Tragekomfort verschiedener Geräte. Auch sind Fluoridversiegelung bzw Prophylaxemaßnahmen höchst sinnvoll, weil die Zahnpflege durch festsitzende Geräte erheblich erschwert wird usw).

Hier sollte außer Frage stehen, dass Eltern im Rahmen ihrer Leistungsfähigkeit sich zumindest moralisch verpflichtet fühlen sollten, ihrem Kind eine qualitativ höherwertige Behandlung (auch im Hinblick auf das optische Behandlungsergebnis bzw vermeidbare Folgeschäden bei weniger sorgfältiger Zahnpflege) zu gewährleisten.

Deshalb könnte es sich empfehlen, den behandelnden Arzt um eine Aussage dahingehend zu bitten: Die angewandte Behandlungsmethode sei zwar teurer

als die billigste Alternative, stelle aber **keineswegs eine „Luxusbehandlung“** dar, sondern entspreche im Hinblick auf den Behandlungserfolg, etwaige Risiken sowie die Therapieverträglichkeit dem heutigen ärztlichen Standard, den ein verantwortungsbewusster Erziehungsberechtigter in der Regel dem Kind zukommen lasse.

Sollte es aber in einem unterhaltsrechtlichen Erstattungsprozess auf die zugespitzte Frage ankommen, ob die geltend gemachten Kosten wirklich im zahnmedizinischen Sinne „notwendig“ waren und verneint dies ein Sachverständiger mit schlüssiger Begründung, kann folgerichtig eine Beteiligung des in Anspruch genommenen Elternteils an der Deckung dieses Sonderbedarfs nicht durchgesetzt werden. Auf die wirkliche oder vermeintliche „Üblichkeit“ von Vereinbarungen über Zusatzleistungen kann dann nicht abgestellt werden. Allenfalls kann bei einem negativen schriftlichen Gutachten eine **mündliche Anhörung des Sachverständigen beantragt** werden; in dieser kann der Versuch unternommen werden, den Gutachter durch entsprechende Fragen auf eine Aussage im Sinne des vorgenannten Absatzes festzulegen. Es bleibt dann zu hoffen, dass das Familiengericht den Begriff der Notwendigkeit der Kosten ebenfalls in einem weiteren Sinne auslegt.

Eine wichtige **Argumentationshilfe** stellt das noch nach früherem Verfahrensrecht ergangene Urteil des OLG Köln JAmt 2010, 576 dar. Es wurde mit folgenden redaktionellen Leitsätzen veröffentlicht:

„1. Kieferorthopädische Behandlungskosten sind auch dann Sonderbedarf gem. § 1613 Abs. 2 Nr. 1 BGB, wenn die Behandlung nicht geboten ist, um einen bereits vorhandenen krankhaften Zustand zu reparieren, sondern lediglich **zur Vermeidung späterer gesundheitlicher Schäden durchgeführt** werden muss.

2. Die Unterhaltspflicht der Eltern ist unabhängig von der Kostenübernahme der Krankenkasse gegeben.“

Die Entscheidung stellt zumindest klar, dass die Ablehnung jeglicher Kostenübernahme durch die GKV nicht von vornherein bedeutet, die Maßnahme sei nicht notwendig und könne deshalb auch keinen Sonderbedarf begründen. Konkret bezieht sich der Senat auf die Einstufung des Gebisszustands in eine bestimmte Gruppe des KIG, welche mit der Wertung: „Zwar medizinisch notwendig aber wegen Geringfügigkeit nicht erstattungsfähig“ verbunden ist. Für das OLG war ausschlaggebend, dass es **nicht ausschließlich um Schönheitsreparaturen am Gebiss** geht, sondern die Maßnahme medizinisch indiziert ist und zur Vermeidung späterer Schäden unbedingt durchgeführt werden sollte. Nicht überlesen werden darf allerdings die Bemerkung: „Bei den vorhandenen Einkommensverhältnissen ist es den Eltern auch zumutbar, die insoweit doch überschaubaren, wenn auch nicht unerheblichen Kosten zu tragen.“

Beistände sollten die Entscheidung als **Ermutigung auch für sonstige einschlägige Streitfälle um eine kieferorthopädische Behandlung**

verstehen: Dass bestimmte Therapieelemente nicht von der GKV finanziert werden, muss keinesfalls als von vornherein unumstößliches Indiz dafür hingenommen werden, sie seien nicht medizinisch notwendig und daher nicht als Sonderbedarf einzustufen. Der höhere Nutzen und damit auch die medizinische Notwendigkeit einer teureren Maßnahme müssen aber im jeweils strittigen Einzelfall ggf durch fundierte fachärztliche Äußerungen bis hin zu einem Sachverständigengutachten untermauert werden. Das wird auch an den Ausführungen zur Beweiswürdigung in dem zitierten Urteil deutlich.

3 Berührt die Begleichung von Arztrechnungen durch den betreuenden Elternteil die Aktivlegitimation des Kindes zur Geltendmachung des Anspruchs auf Sonderbedarf gegen den Pflichtigen?

In der Beratungstätigkeit des DIJuF ist ein Fall aufgetreten, in dem das Jugendamt als Beistand Verfahrenskostenvorschuss (VKH) für einen Antrag gegen den barunterhaltspflichtigen Vater auf Verpflichtung zur Zahlung von Sonderbedarf für eine kieferorthopädische Behandlung beim Familiengericht gestellt hat.

11

Für das Kind wurde ein Behandlungsbedarf nach der Indikationsgruppe (KIG) D2, E2 festgestellt mit voraussichtlichen Kosten (zahnärztliches Honorar sowie geschätzte Material- und Laborkosten) von 5.032,76 EUR. Zum Zeitpunkt der gerichtlichen Geltendmachung sind bereits Kosten von 1.787,41 EUR angefallen, welche die Mutter getragen hat.

Die zuständige Familienrichterin hat sich zum VKH-Antrag wie folgt geäußert:

„Die Antragstellerin selbst ist nicht Anspruchsinhaberin, da die Kindesmutter die [...] bisherigen kieferorthopädischen Rechnungen bezahlt hat, so dass die Aktivlegitimation zu verneinen ist. Im Übrigen dürfte das Jugendamt im Rahmen der Beistandschaft auch nicht berechtigt sein, einen möglichen Anspruch des Kindes, der auf die Mutter übergegangen ist, als Beistand zu vertreten“.

3.1 Grundsätzliche Überlegungen zur Tilgungszielrichtung

Die Annahme, dass das antragstellende Kind allein aufgrund der Bezahlung der Rechnungen durch die Mutter selbst nicht Anspruchsinhaberin sei, ist schwerlich in die **geltende Systematik des Unterhaltsrechts** einzuordnen.

12

Es dürfte wohl allgemeiner Auffassung entsprechen, dass der Bedarf eines Unterhaltsberechtigten nicht stets durch entsprechende Leistungen Dritter gedeckt wird. Entscheidend ist, ob der Dritte diese Leistung gerade **mit dem Ziel erbringt, den Unterhaltspflichtigen zu entlasten**. Denn hat der Schuldner nicht in Person zu leisten, so kann auch ein Dritter die Leistung bewirken (§ 267 Abs. 1 BGB). Allerdings setzt dies einen Fremdtilgungswillen voraus: Der Dritte muss mit dem Willen leisten, die Verpflichtung des Schuldners zu tilgen (vgl. BGH 21.12.1966, IV ZR 294/65, BGHZ 46, 325; 4.11.1997, VI ZR 348/96, BGHZ 137, 89, 95 sowie BGH 5.11.2002, XI ZR 381/01, NJW 2003, 582, 584). Es dürfte wohl nicht dem geringsten Zweifel

unterliegen, dass die Mutter die Rechnung des Arztes nicht mit einem Fremdtilgungswillen bezahlt hat, nämlich mit dem Willen, hierdurch die nach ihrer Meinung bestehende Verpflichtung des Vaters zur anteiligen Tragung des Sonderbedarfs mit für diesen gegenüber dem Kind befreiender Wirkung zu erfüllen.

Über diese spezielle Fallgestaltung hinaus kann im Übrigen stets dann, wenn der betreuende Elternteil aufgrund bisher ausbleibender Zahlungen des Barunterhaltspflichtigen mit finanziellen Leistungen für das Kind in Vorlage geht, nicht ernstlich angenommen werden, dass das Kind für die entsprechenden Zeiträume nicht mehr aktivlegitimiert wäre, den Unterhalt geltend zu machen. Denn die Überlegung des Gerichts würde – konsequent weitergedacht – bedeuten, dass **für die entsprechenden Fallkonstellationen überhaupt keine Rückstände durch das Kind selbst eingefordert** werden könnten. Dass eine solche Annahme nicht vertretbar wäre, sollte auf der Hand liegen (zumal auch der vom Gericht unterstellte Anspruchsübergang auf die Mutter, wie noch zu zeigen sein wird, nicht eintritt).

Nichts anderes kann aber dann gelten, wenn ein bestimmter Ausgabenbetrag als Sonderbedarf des Kindes geltend gemacht werden soll, nachdem der betreuende Elternteil diesen bereits bezahlt hat. Es bedarf keiner Vertiefung, dass beispielsweise Ärzte vollständig ungehalten darauf reagieren würden, wenn sorgeberechtigte Elternteile ihnen erklären würden, entsprechende Rechnungen erst dann in voller Höhe zahlen zu können, wenn geklärt ist, ob und in welcher Weise sich der barunterhaltspflichtige Elternteil an den als Sonderbedarf geltend gemachten Behandlungskosten beteiligt.

Dem betreuenden Elternteil, wie auch der Mutter im vorliegenden Fall, bleibt deshalb gar **keine andere Wahl, als mit dem Rechnungsbetrag in Vorlage zu treten**. Die Schlussfolgerung, dass dann der Unterhaltsanspruch nicht mehr vom Kind geltend gemacht werden könne, entbehrt jeglicher Fundierung und würde dazu führen, dass die Rechtsvorschrift über den Sonderbedarf in § 1613 Abs. 2 Nr. 1 BGB als unmittelbarer Anspruch des Kindes ihre Bedeutung zu einem erheblichen Teil verlieren würde. Eine solche Konsequenz hat aber in Rechtsprechung und Literatur soweit ersichtlich noch niemand gefordert.

3.2 Voraussetzungen eines Anspruchsübergangs

Auch der Aussage der Familienrichterin,

13

„Im Übrigen dürfte das Jugendamt im Rahmen der Beistandschaft auch nicht berechtigt sein, einen möglichen Anspruch des Kindes, der auf die Mutter übergegangen ist, als Beistand zu vertreten“,

kann bereits deshalb nicht zugestimmt werden, weil die zugrunde gelegte Annahme eines Forderungsübergangs nicht zutrifft.

Das vor dem 30.6.1998 in Geltung gewesene Unterhaltsrecht für nichteheliche Kinder sah grundsätzlich einen uneingeschränkten **Forderungsübergang** ua für den Fall vor, dass die Mutter bei ausbleibenden Zahlungen des

leistungsfähigen Vaters den Bedarf des Kindes deckte. Die Vorschrift des **§ 1615 b Abs. 1 S. 2 BGB aF** lautete: „Der Unterhaltsanspruch des Kindes gegen den Vater geht, soweit an Stelle des Vaters ein anderer unterhaltspflichtiger Verwandter oder der Ehemann der Mutter dem Kind Unterhalt gewährt, auf diesen über.“ Auch die Mutter gehörte zu den unterhaltspflichtigen Verwandten im Sinne dieser Regelung.

Mit der Aufhebung der Sonderbestimmungen für nichteheliche Kinder gilt nunmehr im Verwandtenunterhalt einheitlich die Vorschrift des **§ 1607 BGB**. Diese ordnet zunächst in Absatz 1 an: „Soweit ein Verwandter auf Grund des § 1603 nicht unterhaltspflichtig ist, hat der nach ihm haftende Verwandte den Unterhalt zu gewähren.“ Das kann auch die betreuende Mutter des Kindes sein, die bei Leistungsunfähigkeit des Vaters und eigenem Leistungsvermögen grundsätzlich im Wege der Ausfallhaftung auch für den Barunterhalt des Kindes einzustehen hat. Ein **Anspruchsübergang ist in diesem Fall denknotwendig ausgeschlossen**, weil diese nachrangige Haftung voraussetzt, dass ein solcher Anspruch gegen den leistungsunfähigen Vater nicht besteht.

Die Mutter kann aber auch dann nachrangig unterhaltspflichtig sein, wenn die Rechtsverfolgung gegen den Vater **im Inland ausgeschlossen oder erheblich erschwert** ist. Der erstgenannte Fall liegt – außer bei einem langfristigen Auslandsaufenthalt des Schuldners und damit fehlender direkter Vollstreckungsmöglichkeit in sein ausländisches Vermögen – namentlich dann vor, wenn die Vaterschaft noch nicht festgestellt ist (vgl OLG Brandenburg 25.2.2003, 10 UF 82/02, JAmt 2004, 156). Die zweite Variante wird von der Rechtsprechung auch dann bejaht, wenn der inländische Wohnsitz des Schuldners unbekannt ist (BGH 26.4.1989, IVb ZR 42/88, DAVorm 1989, 616) oder er durch häufigen Wohnsitzwechsel die Geltendmachung des Unterhalts erschwert (AG Alsfeld 26.4.1974, C 233/74, DAVorm 1974, 519). Erbringt die Mutter jeweils unter diesen Umständen den Unterhalt, geht der Anspruch des Kindes nach § 1607 Abs. 2 S. 2 BGB auf sie über.

Zu den Voraussetzungen der Vorschrift hat ferner der BGH (8.6.2005, XII ZR 75/04, JAmt 2006, 154) ausgeführt:

„Ausgeschlossen oder zumindest erheblich erschwert ist die Rechtsverfolgung etwa, wenn der Unterhaltsberechtigte mit einem – auf der Zurechnung fiktiven Einkommens beruhenden – Vollstreckungstitel keinen Unterhalt erlangen kann, weil der **Unterhaltspflichtige kein vollstreckungsfähiges Vermögen besitzt** oder von dem Berechtigten nicht erwartet werden kann, die Zwangsvollstreckung in auch ihm dienende Vermögenswerte (etwa ein von ihm mitbewohntes Haus) zu betreiben (vgl. OLG Hamm FamRZ 2005, 57; OLG Karlsruhe FamRZ 1991, 971, 973; MünchKomm/Luthin aaO § 1607 Rdn. 5; Staudinger/Engler BGB Neubearbeitung 2000 § 1407 Rdn. 21; Erman/Hammermann BGB 11. Aufl. § 1607 Rdn. 10; Palandt/Diederichsen

BGB 64. Aufl. § 1607 Rdn. 11). Dass Vollstreckungsversuche gegen ihren Vater erfolglos waren, hat die Klägerin nach den getroffenen Feststellungen nicht vorgetragen. Sie hat auch nicht dargetan, dass ihr Vater kein vollstreckungsfähiges Vermögen besitze, sondern sich auf die Angabe beschränkt, die Zwangsvollstreckung sei gegen ihn nicht erfolversprechend, weil sein Einkommen unter der Pfändungsfreigrenze der §§ 850 c, 850 d ZPO liege. Das genügt zur Darlegung einer Ersatzhaftung des Beklagten gemäß § 1607 Abs. 2 BGB nicht.“

Es kann deshalb in einschlägigen Fällen versucht werden, eine eingetretene Ersatzhaftung der Mutter mit erfolglosen Vollstreckungsbemühungen beim Schuldner zu begründen. Gegebenenfalls genügt sogar der Vortrag, dass die Vollstreckung voraussichtlich erfolglos bleiben wird oder geblieben ist, weil die Annahme der Leistungsfähigkeit nur auf der Zurechnung fiktiver Einkünfte beruht (OLG Hamm 12.6.2003, 3 UF 460/02, FamRZ 2005, 57; OLG Koblenz 8.8.1988, 13 UF 977/87, FamRZ 1989, 307; OLG Karlsruhe 15.1.1991, 18 UF 117/89, FamRZ 1991, 971).

Vor dem Hintergrund dieser sehr einschränkenden gesetzlichen Regelung über eine Rechtsnachfolge der Mutter bei Deckung des Kindesbedarfs durch sie – deren Begrenztheit vor allem im Umkehrschluss zu der vor dem 1.7.1998 geltenden Vorschrift deutlich wird – ist nicht ersichtlich, **mit welchen rechtlichen Erwägungen das Gericht hier einen Anspruchsübergang auf die Mutter** erwägen will. Weder ist die Rechtsverfolgung gegen den Vater im Inland ausgeschlossen noch ist sie erheblich erschwert. Deshalb ist die Mutter nicht etwa nach § 1607 Abs. 2 S. 1 BGB verpflichtet, als nach dem Vater haftende Verwandte den Unterhalt für das Kind und damit auch den Sonderbedarf zu gewähren. Folglich kann auch nicht der Unterhaltsanspruch nach Satz 2 auf die Mutter übergehen.

Da aber auch keine sonstige Vorschrift ersichtlich ist, welche in der hier vorliegenden Fallkonstellation zu einem gesetzlichen Anspruchsübergang auf die Mutter führen würde, trifft schon die Voraussetzung nicht zu, von der das Familiengericht offensichtlich ausgeht. Das Kind bleibt in jeder Hinsicht Inhaber des Anspruchs und kann deshalb auch vom Jugendamt vertreten werden.

3.3 Familienrechtlicher Ausgleichsanspruch

In allen Fällen, in denen die Mutter anstelle des leistungsfähigen, aber nicht zahlungswilligen Vaters in Vorlage tritt, kann sie sich nicht auf einen gesetzlichen Forderungsübergang berufen. Sie kann dann allenfalls einen **von der Rechtsprechung entwickelten familienrechtlichen Ausgleichsanspruch** gegen dem Vater geltend machen (vgl. [334]; 28.10.1964 – IV ZR 238/63, BGHZ 43, 1; 28.3.1979 – IV ZR 58/78, BGHZ 74, 121 [125]; 9.5.1984 – IVb ZR 84/82, DAVorm 1984, 682; vgl. auch Palandt/*Brudermüller* BGB § 1606 Rn. 18 mwN; eingehend *Langheim* FamRZ 2013, 1529). Dieser Regressanspruch steht der Mutter selbstständig zu; sie ist

14

also nicht darauf angewiesen, dass das Kind seinen Unterhaltsanspruch einzieht und das Geld an die Mutter abführt. Jedoch muss die Mutter hierfür ggf selbst einen Titel schaffen, weil ihr mangels Forderungsübergangs verwehrt ist, die Umschreibung eines bestehenden Titels über den Kindesunterhalt zu beantragen.

Wenn dieser Ausgleichsanspruch mit einem (titulierten) Unterhaltsanspruch des Kindes zusammentrifft, ist der **Unterhaltsschuldner vor einer doppelten Inanspruchnahme geschützt**. Denn der vorangegangenen ersatzweisen Unterhaltsleistung des ausgleichsberechtigten Elternteils kommt bezüglich des Unterhaltsanspruchs Erfüllungswirkung iSd § 267 Abs. 1 BGB zu, wenn dieser Elternteil sich ausdrücklich darauf beruft, er habe mit Fremdtilgungswillen den Kindesunterhalt anstelle des Pflichtigen erbracht. Zumindest kann dieser Elternteil nachträglich bestimmen, dass aufgrund des dem Kind erbrachten Barunterhalts die entsprechende Verpflichtung des anderen Elternteils iSd § 267 Abs. 1 BGB getilgt sein soll. Eine solche nachträgliche Fremdbestimmung kann in der Erhebung einer Ausgleichsklage liegen (OLG Karlsruhe 19.6.1997, 18 UF 33/97, FamRZ 1998, 1190).

3.4 Zusammenfassende Beurteilung

Das Kind bleibt **weiterhin aktiv legitimiert für die Geltendmachung des Sonderbedarfs** in anteiliger Höhe gegen den Vater. Die Bezahlung der Arztrechnungen, welcher die Mutter aus Gründen des Arzt-Patienten-Behandlungsverhältnisses nicht ausweichen konnte, hat hierauf keinen Einfluss. Sie erfolgte nicht mit einem Fremdtilgungswillen der Mutter, welche keinesfalls die Absicht hatte, den Vater von seiner anteiligen Unterhaltspflicht hierdurch zu entlasten.

15

Unabhängig davon ist auch **kein Anspruchsübergang** auf die Mutter eingetreten. Eine gesetzliche Grundlage hierfür ist nicht ersichtlich. Insbesondere liegen die Voraussetzungen der einzig in Betracht kommenden Bestimmung des § 1607 Abs. 2 BGB nicht vor.

Nachdem somit die vom Familiengericht zugrunde gelegten gedanklichen Voraussetzungen für die Zweifel an der Aktivlegitimation des Kindes und der Vertretungsberechtigung des Beistands nicht vorliegen, bleibt es dabei, dass das Kind nach wie vor zur Verfolgung des Sonderbedarfs anspruchsberechtigt ist und hierbei auch vom Jugendamt als Beistand vertreten werden kann

Literaturverzeichnis

Langheim, T. (2013). Der familienrechtliche Ausgleichsanspruch, FamRZ 2013, 1529 bis 1535

16

Palandt, O. (Begr.) (2015). Bürgerliches Gesetzbuch, 74. Aufl., C. H. Beck, München (zit. Palandt/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)