

## Münchener Anwaltshandbuch Familienrecht

von

Klaus Schnitzler, Wolfgang Arens, Hansmanfred Boden, Prof. Dr. Günter Brambring, Jacqueline Bräuer, Arnim Cremer, Michael Daumke, PD Dr. Peter Finger, Dr. Peter Friederici, Dr. Ingrid Groß, Prof. Dr. Dr. Herbert Grziwotz, Frauke Günther, Dirk Hoffmann, Dr. Heinrich Hormuth, Dr. Dietrich Joswig, Linde Kath-Zurhorst, Jörg Kleinwegener, Dr. Frank Klinkhammer, Dr. Undine Krebs, Sima Kretzschmar, Christiane Lang, Dr. Angelika Markwardt, Dr. Lothar Müller, Ingeborg Rakete-Dombek, Ernst Sarres, Reinhardt Wever

4. Auflage

[Münchener Anwaltshandbuch Familienrecht – Schnitzler / Arens / Boden / et al.](#)

schnell und portofrei erhältlich bei [beck-shop.de](http://beck-shop.de) DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

[Familienrecht: Gesamtdarstellungen](#)



Verlag C.H. Beck München 2014

Verlag C.H. Beck im Internet:

[www.beck.de](http://www.beck.de)

ISBN 978 3 406 64958 5

e) **Freistellung.** Zulässig sind **Freistellungsvereinbarungen** der Eltern, durch die ein Elternteil gemäß § 329 BGB die Erfüllung der Barunterhaltsverpflichtung für ein Kind übernimmt, denn eine solche Vereinbarung lässt den Unterhaltsanspruch des minderjährigen Kindes unberührt.<sup>34</sup> Das minderjährige Kind hat weiterhin einen Unterhaltsanspruch gegen beide Elternteile. Der betreuende Elternteil, der sich zur Freistellung verpflichtet hat, ist durch die Freistellungsvereinbarung nicht gehindert, in Verfahrensstandschaft für das Kind zu klagen.<sup>35</sup>

Die Eltern haften gemäß § 1603 Abs. 3 S. 1 BGB dem Kind gegenüber anteilig nach ihren Erwerbs- und Vermögensverhältnissen. Eine Einschränkung gilt jedoch für die Vergangenheit. Hat trotz einer Freistellungsvereinbarung ein nach § 1606 Abs. 3 S. 2 BGB nicht barunterhaltspflichtiger betreuender Elternteil an sein Kind Barunterhalt geleistet hat, führt dies gemäß § 267 BGB zum Erlöschen seines Unterhaltsanspruchs nach § 362 BGB.<sup>36</sup> Der Elternteil, der den Unterhalt tatsächlich gezahlt hat, kann den anderen Elternteil auf Ersatz in Anspruch nehmen. Grundlage hierfür ist die Freistellungsvereinbarung, hilfsweise ein familienrechtlicher Ausgleichsanspruch (dazu siehe → Rn. 203 ff.).

Die zwischen den Eltern getroffene eine Vereinbarung kann die gesamte Unterhaltsverpflichtung des freizustellen Elternteils oder auch nur einen Teil hiervon betreffen. Änderungen einer solchen Vereinbarung können nach den allgemeinen Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 BGB erfolgen.<sup>37</sup>

Ob eine Vereinbarung der Eltern über den Kindesunterhalt eine Freistellungsvereinbarung enthält, ist nach der Rechtsprechung des BGH<sup>38</sup> anhand genau definierter Kriterien zu prüfen. Dies sind insbesondere der Wortlaut der Erklärung, die Begleitumstände ihres Zustandekommens, Hinweise aus anderen Abreden der Beteiligten sowie ihre jeweilige Interessenslage. Enthält eine Vereinbarung planwidrige Regelungslücken, ist vor der Annahme einer Freistellungsabrede zu klären, ob diese nicht durch Heranziehung des dispositiven Rechts geschlossen werden können.

Die Freistellungsvereinbarung muss im Übrigen dem **Wohl des Kindes** entsprechen. Dies gilt sowohl hinsichtlich der Höhe des Unterhalts als auch hinsichtlich eventueller Verknüpfungen des Unterhalts mit Regelungen über die elterliche Sorge und zum Umgang.<sup>39</sup> Vereinbarungen, die nicht dem Kindeswohl, sondern lediglich den materiellen egoistischen Interessen eines Elternteils dienen, sind gemäß § 138 BGB sittenwidrig und unwirksam. Das ist der Fall, wenn Vereinbarungen zum **Sorge- oder Umgangsrecht als Gegenleistung** für die Freistellung von Unterhaltsansprüchen getroffen werden.<sup>40</sup> Die Frage, ob die Sorgerechtsentscheidung bzw. die Umgangsregelung dem Wohl des Kindes entspricht, ist bei der Prüfung der Freistellungsvereinbarung im Rahmen des § 138 Abs. 1 BGB im Unterhaltsverfahren zu überprüfen. Eine Freistellungsvereinbarung ist auch sittenwidrig, wenn sie dazu führt, dass der freistellende Elternteil, der das Kind betreut, nicht mehr in der Lage ist, seinen eigenen Unterhalt und den des Kindes aus seinem eigenen Einkommen und Vermögen zu decken. Entsprechendes gilt, wenn der betreuende Elternteil ohne Einschränkung seines eigenen Unterhalts die Betreuungskosten nicht aufbringen kann.<sup>41</sup> Dabei ist es unerheblich, ob es sich um ein eheliches oder nichteheliches Kind handelt.<sup>42</sup>

<sup>34</sup> BVerfG FamRZ 2002, 343; BGH FamRZ 2009, 768; OLG Jena NJW-RR 2008, 1678; BGH FamRZ 1986, 444; OLG Düsseldorf FamRZ 1999, 1665.

<sup>35</sup> OLG Stuttgart NJW Spezial 2007, 9.

<sup>36</sup> OLG Naumburg FamRZ 2007, 1903.

<sup>37</sup> OLG Hamm FamRZ 1999, 163, 164.

<sup>38</sup> BGH FamRZ 2009, 768 = FF 2009, 247 m. Anm. *Bömelburg*; vgl. auch Anm. *Schlünder* FPR 2009, 311.

<sup>39</sup> BVerfG FamRZ 2003, 985; BVerfG FamRZ 2001, 343.

<sup>40</sup> BGH FamRZ 1986, 444.

<sup>41</sup> BVerfG FamRZ 2001, 343.

<sup>42</sup> OLGR Frankfurt 2007, 703.

### III. Voraussetzungen und Inhalt des Unterhaltsanspruchs

#### 1. Bedürftigkeit des minderjährigen Kindes

- 29 Ein minderjähriges Kind ist gemäß § 1602 BGB nur unterhaltsberechtigt, wenn es außer Stande ist, sich selbst zu unterhalten. Das ist in der Regel der Fall, wenn das Kind weder über Vermögen noch über ausreichendes Einkommen verfügt.
- 30 a) **Vermögen.** Ist Vermögen vorhanden, müssen grundsätzlich gemäß § 1602 Abs. 2 BGB nur die Einkünfte hieraus, nicht jedoch der Stamm, für Unterhaltszwecke verwendet werden. Anderes gilt gemäß § 1603 Abs. 2 S. 2 BGB nur dann, wenn die Eltern des Kindes bei Berücksichtigung ihrer sonstigen Verpflichtungen außer Stande sind, ohne Gefährdung ihres angemessenen Bedarfs<sup>43</sup> Unterhalt zu gewähren.<sup>44</sup> In einem solchen Fall besteht keine gesteigerte Unterhaltpflicht der Eltern aus § 1603 Abs. 2 S. 3 BGB. Einkünfte aus Vermögen sind insbesondere Einkünfte aus Vermietung, Zinsen und sonstige Erträge sowie Vorteile aus mietfreiem Wohnen in der eigenen Immobilie. Wohnt das Kind mit dem betreuenden Elternteil in einem im gemeinschaftlichen Eigentum der Eltern stehenden Haus, mindert das nach h. M.<sup>45</sup> seine Bedürftigkeit nicht. Das mietfreie Wohnen des Kindes führt nicht zu einer Kürzung seines Barunterhalts; dieser Umstand wird bislang nur bei einer Berechnung von Ehegattenunterhalt berücksichtigt. Etwas anderes gilt dann, wenn die Wohnung dem Kind gehört (z.B. durch Erbfolge oder Schenkung) und der betreuende Elternteil sie mitbenutzt. Dann hat das Kind einen eigenen **Wohnvorteil**. Sein Tabellenunterhalt kann in Höhe von 20 % gekürzt werden.<sup>46</sup> Eine weitere Kürzung ist nicht veranlasst, weil dem Kind ein angemessener Betrag zur Bestreitung seiner allgemeinen Lebenshaltungskosten verbleiben muss.<sup>47</sup> Die Frage der Minderung des Barunterhalts bei gedecktem Wohnbedarf des Kindes durch die Eltern wird gelegentlich wieder diskutiert.<sup>48</sup>
- 31 b) **Freiwillige Zuwendungen Dritter.** Erhält das Kind freiwillige Leistungen von Dritten, z.B. regelmäßige Geldgeschenke oder sonstige Sach- und Naturalleistungen wie entgeltlose Wohnungsgewährung, Verpflegung, ist regelmäßig davon auszugehen, dass die Zuwendungen das Kind zusätzlich unterstützen und nicht den Unterhaltpflichtigen entlasten wollen.<sup>49</sup> Als Einkommen können hier allenfalls die Erträge aus einem zugewendeten Gegenstand (z.B. Zinsen aus dem zugewandten Kapitalvermögen) angerechnet werden. Dritter kann auch ein Elternteil sein. Seine freiwilligen und überobligationsmäßigen Leistungen sind in der Regel nicht auf den Barunterhaltsanspruch des Kindes gegen den anderen Elternteil anzurechnen.<sup>50</sup>
- 32 c) **Eigenes Einkommen.** Soweit Kinder- und Jugendarbeit erlaubt ist, aber keine Erwerbsobliegenheit besteht, z.B. wegen der Vollzeitschulpflicht (§§ 2 Abs. 3, 5 Abs. 1, 7 Abs. 1 JugArbSchG), ist ein erzieltes eigenes Einkommen aus Schülerarbeit nur ausnahmsweise nach Billigkeit gemäß § 1577 Abs. 2 BGB anzurechnen, weil es in der Regel aus unzumutbarer Tätigkeit stammt.<sup>51</sup>
- 33 Ausbildungsvergütungen und sonstige Ausbildungsbeihilfen mindern nach Abzug von Steuern, Sozialversicherungsbeiträgen, ausbildungsbedingten Aufwendungen und eventuellem Mehrbedarf die Bedürftigkeit des Kindes. Nach Anm. 8 der Düsseldorfer Tabelle be-

<sup>43</sup> Vgl. Ziffer 21.3 der Unterhaltsleitlinien der Oberlandesgerichte.

<sup>44</sup> BGH FamRZ 1984, 682.

<sup>45</sup> BGH FamRZ 2007, 707; BGH FamRZ 1998, 87; BGH FamRZ 1992, 423; Wendl/Dose/Gerhardt § 1 Rn. 573; a. A. OLG Düsseldorf FamRZ 1994, 1049.

<sup>46</sup> Vgl. Ziffer 21.5 der Kölner Unterhaltsleitlinien.

<sup>47</sup> Wendl/Dose/Gerhardt § 1 Rn. 575.

<sup>48</sup> Für eine Minderung Melchers FamRB 2009, 348 ff. sowie FuR 2009, 541 ff.; dagegen Wohlgemuth FuR 2010, 16.

<sup>49</sup> BGH NJW 1995, 1486.

<sup>50</sup> BGH FamRZ 2006, 99.

<sup>51</sup> OLG Hamm FamRZ 2010, 1346 (privilegiert volljährige Schülerin); OLG Köln FamRZ 1996, 1101; OLG Zweibrücken FamRZ 2001, 103.

trägt die Höhe des ausbildungsbedingten Mehrbedarfs, d. h. der ausbildungsbedingten Aufwendungen bei einem im Haushalt der Eltern oder eines Elternteils lebenden Kindes monatlich 90,- EUR. Einige Unterhaltsrichtlinien der Oberlandesgerichte sehen pauschale Abzüge für den Ausbildungsaufwand vor,<sup>52</sup> andere<sup>53</sup> verlangen konkrete Darlegungen für Grund und Höhe der Werbungskosten oder als Grundlage für eine Schätzung eines festgelegten Betrages gemäß § 287 ZPO.<sup>54</sup> Da sich die Ausbildungsvergütungen in der Regel zu Beginn eines jeden Ausbildungsjahres erhöhen, ist die sich daraus ergebende Verringerung der Bedürftigkeit zu beachten. Eine nach Beginn der Berufsausbildung erstmalig gezahlte Ausbildungsvergütung ist im Monat der tatsächlichen Auszahlung bedarfsdeckend anzurechnen. Auf den genauen Zeitpunkt des Ausbildungsbeginns kommt es nicht an.<sup>55</sup>

Einkünfte während der Ableistung eines freiwilligen sozialen Jahres sind nach Abzug der Aufwendungen (z. B. für Fahrtkosten) in vollem Umfange bedarfsdeckend einzusetzen.<sup>56</sup>

**d) Sozialleistungen.** Öffentliche Leistungen sind grundsätzlich nicht auf den Unterhaltsanspruch anzurechnen, wenn sie subsidiär sind, d. h. den Unterhaltspflichtigen nicht von seiner Leistungspflicht befreien sollen. Das ist gemäß § 2 Abs. 2 S. 1 SGB XII der Fall bei der Sozialhilfe,<sup>57</sup> Leistungen nach dem Unterhaltsvorschussgesetz (§ 7 Abs. 1 UVG),<sup>58</sup> Vorausleistungen gemäß §§ 36, 37 BAföG und Arbeitslosenhilfe, soweit sie nach § 140 AFG a.F. zurückgefordert werden kann bzw. ab dem 1.1.2005 Sozialgeld gemäß § 28 SGB II und Arbeitslosengeld II gemäß §§ 19 bis 23, 25 bis 32 SGB II in dem Umfang, in dem der Anspruch übergegangen ist. Kindergeld war gemäß § 1612b BGB a.F. nicht Einkommen des Kindes, so dass es für die Bemessung seiner Bedürftigkeit grundsätzlich keine Rolle spielte;<sup>59</sup> anderes galt nur in den Fällen, in denen das Kindergeld unmittelbar an das Kind gezahlt wurde.<sup>60</sup> Durch das Gesetz zur Änderung des Unterhaltsrechts ist der steuer- bzw. kindergeldrechtliche Grundsatz, dass es sich beim Kindergeld um eine staatliche Leistung für das Kind an die Eltern handelt (§ 62 Abs. 1 EStG, § 1 BKGG), unverändert geblieben. Allerdings wird nunmehr das jeweilige, auf das unterhaltsberechtigte Kind entfallende Kindergeld von dessen Unterhaltsbedarf vorweg abgesetzt. Zahlkindvorteile, kindbedingte Lohnzuschläge oder Steuervergünstigungen des Unterhaltspflichtigen sind ebenfalls kein Einkommen des Kindes.<sup>61</sup> Erziehungsgeld (bis 31.12.2008), Elterngeld (für ab dem 1.1.2007 geborene Kinder) und Pflegegeld, das von dem Berechtigten an die Pflegeeltern weitergeleitet wird, mindert nur in den Ausnahmefällen der §§ 9 S. 2 BErzGG, 11 S. 4 BEEG, 13 Abs. 4 SGB XI den Bedarf des Kindes.

<sup>52</sup> Vgl. Ziffer 10.2.3 der Unterhaltsleitlinien der Oberlandesgerichte. *Nach Nr. 10.2.3 der Unterhaltsleitlinien des Oberlandesgerichts Köln vom 1.1.2013 sind i. d. R. 90,- EUR abzuziehen, ebenso z. B. in den Oberlandesgerichtsbezirken Hamm (nur bei Kindern ohne eigenen Haushalt) und Koblenz, und nach den Leitlinien der Familiensenate in Süddeutschland, d. h. Bamberg, Karlsruhe, München, Nürnberg, Stuttgart und Zweibrücken.*

<sup>53</sup> Vgl. z. B. Nr. 10.2.3 der ab 1.1.2010 geltenden unterhaltsrechtlichen Leitlinien des Kammergerichts, der Oberlandesgerichte Bremen, Hamburg, Rostock und Frankfurt, bei letzterem, wenn eine Pauschale von 5 % der Nettovergütung überschritten wird.

<sup>54</sup> Vgl. Nr. 10.2.3 der Unterhaltsleitlinien des Oberlandesgerichts Brandenburg vom 1.1.2013.

<sup>55</sup> OLG Hamm JAmt 2013, 166.

<sup>56</sup> OLG Karlsruhe FamRZ 2012, 1648 (volljähriges Kind); OLG Stuttgart FamRZ 2007, 1353.

<sup>57</sup> BGH NJW 2000, 1385.

<sup>58</sup> Ab dem 1.1.2008 hat das UVG auf die in § 36 Nr. 4 EGZPO genannten Beträge von 279,- EUR bzw. 322,- EUR für Kinder der 1. bzw. 2. Alterstufe der Düsseldorfer Tabelle abgestellt. Ab 1.1.2013 sind es 317,- EUR bzw. 364,- EUR. Abweichend von der Anrechnungsvorschrift des § 1612b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB wird aber gemäß § 2 Abs. 2 UVG das volle Kindergeld für ein erstes Kind leistungsmindernd abgezogen. Unterhaltsvorschussleistungen werden nur im Rahmen der Ersatzhaftung von Großeltern auf den Bedarf des Kindes angerechnet, weil gemäß § 7 UVG ein Anspruchsumgang auf den Träger der Vorschusskasse nur stattfindet, wenn der Unterhaltsanspruch gegen die Eltern besteht, vgl. OLG Dresden FamRB 2006, 35; zum Regress der Unterhaltsvorschusskasse vgl. BGH NJW 2006, 3561; zum Verhältnis von Unterhaltsanspruch und Unterhaltsvorschuss vgl. Grube FPR 2009, 444.

<sup>59</sup> BGH NJW 1997, 1919. Bei volljährigen Kindern war nach der Rechtsprechung des BGH das Kindergeld auf den Bedarf anzurechnen, BGH FamRZ 2006, 99 = NJW 2006, 57.

<sup>60</sup> KG FPR 2003, 323.

<sup>61</sup> Johannsen/Henrich/Graba § 1612 BGB Rn. 1, 2 sowie vor §§ 1601–1615n Rn. 53.

- 35 Zu berücksichtigen sind Waisen- und Halbwaisenrenten,<sup>62</sup> Arbeitslosengeld gemäß § 117 SGB III und staatliche Ausbildungsbeihilfen (z. B. § 27 BVG, §§ 302, 323 Abs. 4, 8 LAG, §§ 33 ff. SGB III) sowie endgültige BAföG-Leistungen. Zu diesen gehören auch BAföG-Darlehen (§§ 17 Abs. 2, 3; 18 ff. BAföG), weil sie wegen ihrer günstigen Darlehensbedingungen erhebliche wirtschaftliche Vorteile enthalten.<sup>63</sup>
- 36 Leistungen nach § 39 SGB VIII im Rahmen der Kinder- und Jugendhilfe (z. B. Kosten der Heimunterbringung für ein Kind) decken insoweit den unterhaltsrechtlichen Bedarf des Kindes. Der Jugendhilfeträger kann die Eltern durch die Erhebung eines Kostenbeitrages heranziehen. Eine doppelte Inanspruchnahme des oder der Unterhaltpflichtigen mittels Kostenbeitrags einerseits und Unterhaltsanspruchs andererseits ist aber ausgeschlossen.<sup>64</sup>
- 37 Andere Sozialleistungen mit Einkommensersatzfunktion, insbesondere solche, die durch Beitragszahlungen erdient wurden, wie z. B. Erwerbsunfähigkeitsrenten, Krankengeld, Unfallrenten, sind grundsätzlich voll anzurechnen, es sei denn, das Kind kann nachweisen, dass es diese Einkünfte ganz oder teilweise zur Deckung schädigungsbedingter Aufwendungen verwenden muss.<sup>65</sup>
- 38 Bei Sozialleistungen im Sinne des § 5 SGB I, die infolge eines Körper- oder Gesundheitsschadens gewährt werden, gilt gemäß § 1610a BGB die Vermutung, dass sie durch die schadensbedingten Aufwendungen aufgezehrt werden. Der Unterhaltpflichtige hat darzulegen und zu beweisen, dass die dem Kind gewährten Sozialleistungen den behinderungsbedingten Mehrbedarf übersteigen.<sup>66</sup>
- 39 e) **Fiktive Einkünfte.** In der Rechtsprechung ist umstritten, ob minderjährigen Kindern auch fiktive Einkünfte zugerechnet werden können. Während dies zum Teil generell<sup>67</sup> oder mit dem Argument, die Verwirkungsvorschrift des § 1611 Abs. 1 BGB sei auch bei sittlich verschuldeter Bedürftigkeit nicht anwendbar, abgelehnt wird,<sup>68</sup> befürworten einige Oberlandesgerichte eine Zurechnung fiktive Einkünfte unter Hinweis darauf, dass Minderjährige ab 16 Jahre in eine gewisse Eigenverantwortung einzubinden sind.<sup>69</sup> Eine Anrechnung fiktiver Einkünfte kann insbesondere dann erfolgen, wenn Minderjährige kurz vor der Vollenlung ihrer Volljährigkeit z. B. eine Ausbildung aus eigenem Antrieb und ohne nachvollziehbare Gründe abbrechen. Sie sind dann auf eine anderweitige eigene Erwerbstätigkeit zu verweisen.
- 40 Ein fiktives Entgelt für die Haushaltsführung und Versorgung des Partners ist dem minderjährigen Kind nach der insoweit entsprechend geltenden Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs im Rahmen des Ehegattenunterhalts gegebenenfalls zuzurechnen, wenn es eine eheähnliche Gemeinschaft aufgenommen hat und es sich hierbei nicht um eine Wohngemeinschaft von Auszubildenden/Studenten handelt, bei der beide Partner in gleicher Weise ausgebildet werden bzw. studieren.<sup>70</sup>
- 41 f) **Anrechnungsmethode.** Anzurechnende Einkünfte des Kindes kommen grundsätzlich beiden Elternteilen zugute, wenn sie Unterhalt leisten. Bei einem minderjährigen Kind werden, wenn es im Wesentlichen im Haushalt eines Elternteils lebt, und der andere allein barunterhaltpflichtig ist, wegen der Gleichwertigkeit von Bar- und Betreuungsunterhalt nach § 1606 Abs. 3 S. 2 BGB beide Elternteile gleichmäßig entlastet, in dem sämtliche Einkünfte des Kindes nur zur Hälfte auf den Barunterhalt angerechnet werden und damit die andere Hälfte als Ausgleich für den betreuenden Elternteil dient.<sup>71</sup>

<sup>62</sup> BGH FamRZ 2006, 1597; BGH FamRZ 1980, 1109; OLG Stuttgart FamRB 2005, 228.

<sup>63</sup> BGH NJW 1985, 2331.

<sup>64</sup> BGH NJW-RR 2007, 505.

<sup>65</sup> Wendl/Dose/Dose § 1 Rn. 655.

<sup>66</sup> Wendl/Dose/Dose § 1 Rn. 657.

<sup>67</sup> OLG Saarbrücken FamRZ 2000, 40.

<sup>68</sup> OLG Stuttgart FamRZ 1997, 447; OLG Hamburg FamRZ 1995, 959.

<sup>69</sup> OLG Karlsruhe FamRZ 1988, 758; OLG Düsseldorf FamRZ 2000, 442; OLG Köln FuR 2005, 570; OLG Rostock FamRZ 2007, 1267.

<sup>70</sup> BGH NJW 2001, 3779; Wendl/Dose/Scholz § 2 Rn. 111; zur Höhe der zu bewertenden Leistungen vgl. Nr. 6 der Leitlinien der Oberlandesgerichte.

<sup>71</sup> BGH FamRZ 1988, 159; vgl. Nr. 12.2. der für den jeweiligen OLG Bezirk geltenden Unterhaltsleitlinien.

### Beispiel:

Das 16-jährige minderjährige Kind lebt bei der Mutter in Köln, die das Kindergeld in Höhe von 184,– EUR bezieht. Das Kind erhält eine Ausbildungsvergütung in Höhe von monatlich 400,– EUR und 90,– EUR Zinsen aus einem ererbten Kapitalbetrag. Der Vater hat ein bereinigtes Einkommen von 1.500,– EUR.

Der Barunterhaltsanspruch des Kindes ist wie folgt zu ermitteln:

Der Mindestunterhalt beträgt nach der dritten Altersstufe (DT Stand 1.1.2013) 426,– EUR. Das Kindergeld ist in Höhe von 92,– EUR auf den Bedarf des Kindes anzurechnen. Die Ausbildungsvergütung ist nach Abzug von 90,– EUR (Nr. 10.2.3 der Unterhaltsleitlinien des OLG Köln) ausbildungsbedingten Aufwand mit der Hälfte anzurechnen, also mit 155,– EUR, die Zinseinkünfte mit 45,– EUR. Es ergibt sich ein Unterhaltsanspruch in Höhe von 426,– EUR – 155,– EUR – 45,– EUR – 92,– EUR = 134,– EUR.

Wenn bei Minderjährigen eine **Barunterhaltpflicht beider Elternteile** besteht, weil das Kind bei einem Dritten, z.B. bei Verwandten, im Internat oder in einem Heim lebt, sind grundsätzlich alle Einkünfte des Kindes bedarfsdeckend anzurechnen. Der noch ungedeckte Restbedarf (bei Internats-/Heimunterbringung richtet sich der Unterhaltsbedarf nach den hierfür anfallenden Kosten) muss gemäß § 1606 Abs. 3 S. 1 BGB von den Eltern anteilig nach ihren Einkommens- und Vermögensverhältnissen<sup>72</sup> gedeckt werden. Wenn ein Elternteil ein erheblich höheres Einkommen (das Doppelte oder Dreifache oder mehr) als der andere erzielt, haftet er alleine für den Barunterhalt (siehe unter → Rn. 48).<sup>73</sup>

Schuldet ein Elternteil nach dem **Tod des anderen Elternteils** seinem auswärts untergebrachten minderjährigen Kind neben dem Barunterhalt auch Betreuungsunterhalt, so ist der Betreuungsunterhalt grundsätzlich pauschal in Höhe des Barunterhalts zu bemessen.<sup>74</sup> Von dem insgesamt geschuldeten Bar- und Betreuungsunterhalt sind die Einkünfte des Kindes wie z.B. Halbwaisenrente und Kindergeld in voller Höhe als bedarfsdeckend abzuziehen.<sup>75</sup>

### 2. Art der Unterhaltsgewährung

a) **Bar- und Betreuungsunterhalt.** Der Unterhalt umfasst gemäß § 1610 Abs. 2 BGB den gesamten Lebensbedarf einschließlich der Kosten für eine angemessene Vorbildung zu einem Beruf und – bei einer erziehungsbedürftigen Person – auch die Kosten der Erziehung.

Dazu gehören insbesondere Aufwendungen für Wohnen, Verpflegung, Bekleidung, Bildung, Erziehung, Erholung und Krankheitsfürsorge. Dieser Unterhalt wird in der Regel gemäß § 1612 Abs. 2 S. 1 BGB minderjährigen und volljährigen Kindern, die gemeinsam mit den Eltern in einem Haushalt leben, als sogenannter Naturalunterhalt gewährt. Der Naturalunterhalt deckt als Ersatz des gemäß § 1612 Abs. 1 BGB vorgesehenen Barunterhalts vorrangig die materiellen Bedürfnisse des Kindes.<sup>76</sup> Daneben haben minderjährige Kinder Anspruch auf Pflege und Erziehung (vgl. § 1606 Abs. 3 BGB). Diese Unterhaltsleistung wird als **Betreuungsunterhalt** bezeichnet.

Nach der Trennung der Eltern leben minderjährige Kinder im Regelfalle überwiegend im Haushalt eines Elternteils. Dieser erfüllt seinen Anteil an der beiden Eltern obliegenden Unterhaltsverpflichtung durch die Pflege und Erziehung des Kindes, während der andere Elternteil durch Zahlung eines bestimmten Geldbetrages für die Kosten des gesamten Lebensbedarfs aufzukommen hat. Bar- und Betreuungsleistungen sind für alle minderjährigen unverheirateten Kinder gleichwertig.<sup>77</sup> Dies gilt auch dann, wenn ein Kind nach dem **Tod eines Elternteils** auswärts untergebracht ist. Der andere Elternteil schuldet dann neben dem

<sup>72</sup> BGH NJW 1988, 2371; OLG Brandenburg FamRZ 2004, 396.

<sup>73</sup> BGH FamRZ 2013, 1558; Scholz FamRZ 2006, 1728, 1730 ff.; MünchKommBGB/Born § 1606 Rn. 29.

<sup>74</sup> BGH FamRZ 2013, 278.

<sup>75</sup> BGH FamRZ 2006, 1597.

<sup>76</sup> Wendl/Dose/Scholz § 2 Rn. 10 ff.

<sup>77</sup> BGH FamRZ 1994, 696; BGH FamRZ 1991, 182; BGH FamRZ 1988, 159; zum Sonderfall Wechselmodell siehe unten unter → 99.

Barunterhalt auch Betreuungsunterhalt, der bei auswärtiger Unterbringung pauschal in Höhe des Barunterhalts zu bemessen ist.<sup>78</sup>

- 47 Im Falle der **Betreuung** durch einen Elternteil erfüllt dieser durch die Betreuung seine Unterhaltspflicht in der Regel ganz. Die Höhe des **Barunterhalts** bestimmt sich dann nur nach den wirtschaftlichen Verhältnissen des barunterhaltspflichtigen Elternteils, d. h. in der Regel nach dessen anrechenbarem Nettoeinkommen.<sup>79</sup>
- 48 b) **(Mit-)Haftung des anderen Elternteils.** Die alleinige Barunterhaltspflicht des **nicht betreuenden Elternteils** gilt auch, wenn der neben der Kinderbetreuung erwerbstätige Elternteil ein etwa gleich hohes oder sogar höheres Einkommen hat als der Barunterhaltspflichtige.<sup>80</sup> Nur bei erheblich günstigeren wirtschaftlichen Verhältnissen des betreuenden Elternteils im Verhältnis zu denen des anderen ist ersterer gemäß § 1606 Abs. 3 S. 1 BGB verpflichtet, sich teilweise am Barunterhalt zu beteiligen oder ihn sogar ganz zu leisten.<sup>81</sup> Das kann der Fall sein, wenn der nicht betreuende Elternteil wegen Überschuldung<sup>82</sup> nicht in der Lage ist, die Barunterhaltspflicht ohne Gefährdung seines **notwendigen Selbstbehalts**<sup>83</sup> zu erfüllen oder der Barunterhalt nicht durchsetzbar ist (§ 1607 Abs. 2 S. 1 BGB).
- 49 Gleiches gilt bei **Unterschreitung des eigenen angemessenen Selbstbehalts**,<sup>84</sup> wenn der angemessene Selbstbehalt des anderen Elternteils trotz Leistung des Barunterhalts nicht gefährdet ist. In einem solchen Fall kommt die gegenüber minderjährigen Kindern und privilegiert volljährigen Kindern grundsätzlich bestehende **gesteigerte Unterhaltspflicht** nach § 1603 Abs. 2 S. 1 BGB, mithin die Beschränkung auf den notwendigen Selbstbehalt (z. Z. 1.000 EUR), für den finanziell schwächeren Elternteil nicht zum Tragen.<sup>85</sup> Der barunterhaltspflichtige Elternteil ist aber nur insoweit von einer Inanspruchnahme befreit, als sein eigener angemessener Unterhalt gefährdet ist. Danach schuldet er Kindesunterhalt, soweit er oberhalb des angemessenen Eigenbedarfs von derzeit 1.200,- EUR dazu in der Lage ist.<sup>86</sup>
- 50 Eine Mithaftung des betreuenden Elternteils erfordert nach der Rechtsprechung des BGH weiter, dass die Inanspruchnahme des nicht betreuenden Elternteils zu einem **erheblichen finanziellen Ungleichgewicht** zwischen den Eltern führen würde.<sup>87</sup> Nach zum Teil vertretener Auffassung sind die Einkommensunterschiede des betreuenden und des nicht betreuenden Elternteils erst dann erheblich, wenn der betreuende Elternteil etwa über das **dreifache** Einkommen des nicht betreuenden Elternteils verfügt. Erst dann soll § 1603 Abs. 2 S. 3 BGB zur Anwendung gelangen.<sup>88</sup>

Zu berücksichtigen sind auf Seiten des betreuenden Elternteils eventuell tatsächlich entstandene berufsbedingte Betreuungskosten.

### Beispiel 1:

M ist Chefärztin und verdient 6.500,- EUR netto. Sie lebt zusammen mit dem zweijährigen Kind in einem ihr gehörenden, schuldenfreien Haus und bezieht das Kindergeld in Höhe von 184,- EUR. Für ihre Kinderfrau zahlt sie monatlich 1.500,- EUR. V verdient als Krankenpfleger 1.450,- EUR netto.

Der Barunterhaltsanspruch des Kindes ermittelt sich wie folgt:

Der Kindesunterhalt beträgt nach der Düsseldorfer Tabelle (Stand 1.1.2013) nach Höhergruppierung (vgl. Nr. 11.2 der Unterhaltsleitlinien) 241,- EUR (333,- EUR – 92,- EUR anteiliges Kindergeld). Nach

<sup>78</sup> BGH FamRZ 2013, 278; BGH NJW 2013, 161; BGH NJW 2006, 3421 = FamRZ 2006, 1597 m. Anm. Strohal jurisPR-FamR 22/2006 Anm. 1.

<sup>79</sup> BGH NJW 1984, 303; OLG Braunschweig BeckRS 2011, 13955.

<sup>80</sup> KG FamRZ 1979, 171.

<sup>81</sup> BGH FamRZ 2013, 1558.

<sup>82</sup> BGH FamRZ 1996, 160.

<sup>83</sup> Dieser beträgt nach Nr. 21.2 der meisten Unterhaltsleitlinien der Oberlandesgerichte 1.000,- EUR bei Erwerbstätigen und 800,- EUR bei Nichterwerbstätigen.

<sup>84</sup> Der angemessene Selbstbehalt beträgt nach Nr. 21.3 der meisten Unterhaltsleitlinien mindestens 1.200,- EUR.

<sup>85</sup> BGH FamFZ 2013, 1558; BGH FamRZ 1991, 182; Wendl/Dose/Klinkhammer § 2 Rn. 398.

<sup>86</sup> BGH FamRZ 2013, 1558; OLG Hamm FamRZ 2009, 1919, 1920.

<sup>87</sup> BGH FamRZ 2013, 1558; BGH NJW 2011, 1874; BGH NJW 2008, 137; BGH FamRZ 2004, 24; 2002, 742 m. Anm. Büttner FamRZ 2002, 743; BGH FamRZ 1991, 182, 1984, 39; OLG Braunschweig BeckRS 2011, 13955; OLG Brandenburg BeckRS 2012, 13153 und FamRZ 2006, 1780.

<sup>88</sup> BGH FamRZ 2013, 1558; OLG Naumburg FamRZ 2013, 796.

Abzug des Kindesunterhalts verblieben V noch 1.209,- EUR. Sein angemessener Selbstbehalt in Höhe von derzeit 1.200,- EUR wäre gewahrt gewesen. Trotzdem muss M, der nach Abzug der Kinderbetreuungskosten noch 5.000,- EUR (6.500,- EUR – 1.500,- EUR) verblieben, den Barunterhalt allein tragen, weil ihr Resteinkommen (zuzgl. Kindergeld) noch mehr als dreimal so hoch ist wie das des V.<sup>89</sup>

Unterhalb der Schwelle, bei der der betreuende Elternteil über das Dreifache der unterhaltsrelevanten Nettoeinkünfte verfügt, scheidet in der Regel eine **vollständige Enthaftung** des anderen Elternteils trotz Vorliegens einer erheblichen Einkommensdifferenz aus. In welchem Umfang der nicht betreuende Elternteil in solchen Fällen von der Aufbringung des Barunterhalts entlastet werden kann, ist nach den Umständen des Einzelfalls zu bestimmen. Das kann bei einer Quotenberechnung des Unterhalts gemäß § 1606 Abs. 3 Satz 1 BGB durch eine wertende Veränderung der rechnerisch ermittelten Haftungsquoten oder durch die Gewährung eines höheren Sockelbetrages (= angemessener Selbstbehalt, derzeit 1.200,- EUR) für den betreuenden Elternteil erfolgen.<sup>90</sup>

Beispiel 2:<sup>91</sup>

M ist Oberschwester und verdient 1.350,- EUR netto. Sie lebt zusammen mit dem fünfjährigen Kind in einer Wohnung und bezieht das Kindergeld in Höhe von 184,- EUR. V verdient als Krankenpfleger 1.250,- EUR netto.

Der Barunterhaltsanspruch des Kindes ermittelt sich wie folgt:

Der Kindesunterhalt beträgt nach der Düsseldorfer Tabelle (Stand 1.1.2013) ohne Höhergruppierung 225,- EUR (317,- EUR – 92,- EUR anteiliges Kindergeld). Nach Abzug des Kindesunterhalts verblieben V noch 1.009,- EUR. Sein angemessener Selbstbehalt in Höhe von derzeit 1.200,- EUR wäre nicht gewahrt, nur sein notwendiger Selbstbehalt von 1.000,- EUR. Daher haftet V zunächst mit dem Betrag, der über seinem angemessenen Selbstbehalt liegt, hier 1.250,- EUR – 1.200,- EUR = 50,- EUR.

M müsste zur Wahrung des angemessenen Selbstbehalts des V 225,- EUR – 50,- EUR = 175,- EUR übernehmen. Ihr verblieben 1.350,- EUR + 92,- EUR = 1.442,- EUR – 175,- EUR = 1.267,- EUR (und 92,- EUR Kindergeldanteil), dem V 1.200,- EUR. Bei voller Haftung des V verblieben ihm 1.009,- EUR, der M 1.442,- EUR (und 92,- EUR Kindergeldanteil). Die Differenz betrüge 433,- EUR.

Stellte man allein auf den angemessenen Selbstbehalt des V ab, würde die Betreuungsleistung der M nicht berücksichtigt. Zur Wahrung der Gleichwertigkeit zwischen Betreuung und Barunterhalt i. S. d. § 1603 Abs. 3 S. 2 BGB sollte daher nach Abzug des Barunterhalts vom Einkommen des betreuenden Elternteils ein Einkommensunterschied zwischen den Eltern bestehen, der der Betreuungsleistung Rechnung trägt. Eine Differenz in Höhe von etwa 500,- EUR wird für angemessen erachtet.<sup>92</sup>

Im vorliegenden Fall scheidet eine Mithaftung der M am Barunterhalt aus, weil die Differenz von 1.442,- EUR – 1.009,- EUR = 433,- EUR unter Berücksichtigung der Betreuung durch M nicht zu einem finanziellen Ungleichgewicht zwischen den Eltern führt.

Wenn minderjährige Geschwister nicht zusammen bei einem Elternteil, sondern getrennt in Haushalten von Vater bzw. Mutter leben, hat jedes Kind gegen den nicht betreuenden Elternteil einen Barunterhaltsanspruch, der sich nach dessen bereinigtem Nettoeinkommen richtet. Eine Verrechnung der wechselseitigen Unterhaltsansprüche ist gesetzlich nicht vorgesehen. In der Praxis werden etwa gleich hohe Unterhaltsansprüche der Kinder dadurch „verrechnet“, dass die Eltern ausdrücklich oder stillschweigend wechselseitige Freistellungsvereinbarungen<sup>93</sup> treffen. Solche Vereinbarungen binden aber nur die Eltern, weil sie am gesetzlichen Unterhaltsanspruch der Kinder nichts ändern.<sup>94</sup>

### 3. Bestimmungsrecht der Eltern

a) **Inhalt und Ausübung des Bestimmungsrechts.** Nach der grundsätzlichen Regelung in § 1612 Abs. 1 S. 1 BGB ist der Unterhalt durch Entrichtung einer Geldrente zu gewähren.

<sup>89</sup> Vgl. hierzu Nr. 12.3 der Frankfurter Unterhaltsleitlinien; OLG Naumburg FamRZ 2013, 796.

<sup>90</sup> BGH FamRZ 2013, 1558.

<sup>91</sup> Vgl. Beispiel bei Wendl/Dose/Klinkhammer § 2 Rn. 398.

<sup>92</sup> Wendl/Dose/Klinkhammer § 2 Rn. 398; Scholz FamRZ 2006, 1728; vgl. aber OLG Naumburg FamRZ 2013, 796.

<sup>93</sup> Siehe oben → § 6 Rn. 24.

<sup>94</sup> BGH FamRZ 2009, 768; BGH FamRZ 1986, 444; OLG Hamm FamRZ 1999, 163; zur Sittenwidrigkeit einer Freistellungsvereinbarung vgl. BVerfG FamRZ 2003, 985 und FamRZ 2001, 343; OLG Brandenburg FamRZ 2003, 1965; OLG Frankfurt ZFE 2007, 433; Dauner-Lieb FF 2003, 117; zur Beurteilung von Kopplungsvereinbarungen hinsichtlich Unterhalt und Sorgerecht BGH NJW 1986, 1167; Göppinger/Hoffmann Rn. 1325.

Eltern können jedoch gemäß § 1612 Abs. 2 S. 1 BGB minderjährigen und volljährigen unverheirateten Kindern gegenüber bestimmen, in welcher Art, d.h. Bar- oder Naturalunterhalt, und für welche Zeit im Voraus der Unterhalt gewährt werden soll. Hierbei haben sie auf die Belange des Kindes die gebotene Rücksicht zu nehmen. Bedeutung hat dieses am 1.7.1998 durch das Kindesunterhaltsgesetz (KindUG) eingeführte Gebot insbesondere für volljährige Kinder.<sup>95</sup> Da das Bestimmungsrecht ein Gestaltungsrecht ist, muss es dem betroffenen Kind gegenüber durch eine empfangsbedürftige Willenserklärung, die auch schlüssig und formlos abgegeben werden kann, ausgeübt werden.<sup>96</sup>

- 53 Das Bestimmungsrecht gegenüber minderjährigen unverheirateten Kindern ist Ausfluss der elterlichen Sorge. Bei intakter Ehe steht es den Eltern als Inhaber des Sorgerechts gemeinsam zu. Können sich die Eltern bei Meinungsverschiedenheiten nicht einigen, kann das Familiengericht einem Elternteil gemäß § 1628 BGB die Entscheidungsbefugnis übertragen und die Übertragung mit Einschränkungen und Auflagen versehen. Für den Fall der Trennung der Eltern oder der Scheidung ihrer Ehe steht das Bestimmungsrecht bei minderjährigen Kindern dem Inhaber des Sorgerechts gemäß § 1631 Abs. 1 BGB allein zu.
- 54 Der nicht sorgeberechtigte Elternteil kann nach § 1612 Abs. 2 BGB eine Bestimmung nur für die Zeit treffen, in der das Kind in seinen Haushalt aufgenommen ist. Dies gilt allerdings nicht für die normalen Besuchs- und (auch mehrwöchigen) Ferienzeiten, in denen der nicht betreuende Elternteil sein Umgangsrecht ausübt. Letzterer ist daher grundsätzlich nicht berechtigt, den pauschalen monatlichen Unterhalt für das Kind wegen dieser Zeiten entsprechend zu kürzen.<sup>97</sup> Nur in Ausnahmefällen kann dies anders zu beurteilen sein. Ein solcher Ausnahmefall wird bejaht, wenn die Eltern ein Wechselmodell (auch: Pendelmodell)<sup>98</sup> mit gleich langen Aufenthaltszeiten der Kinder bei dem jeweiligen Elternteil praktizieren oder wenn ein Elternteil wegen einer längeren Krankheit des anderen Elternteils das Kind für diese Zeit ganz in seinen Haushalt aufnimmt.<sup>99</sup> Ein bestehender Unterhaltsstitel muss aber nach der Rechtsprechung des BGH zunächst abgeändert werden.<sup>100</sup> Dem neuen Obhutsinhaber steht ohne Abänderung des früheren Titels nach Auffassung des BGH auch kein familienrechtlicher Ausgleichsanspruch zu.<sup>101</sup>

#### Praxistipp:

Wenn ein minderjähriges Kind, das nach der Trennung seiner Eltern oder der Scheidung ihrer Ehe im Haushalt des betreuenden Elternteils lebt, dauerhaft in den Haushalt des barunterhaltspflichtigen Elternteils übersiedelt, wandelt sich der bisherige Anspruch auf Naturalunterhalt in einen Anspruch auf Barunterhalt. Der Elternteil, der bisher Naturalunterhalt geleistet hat und diesen Unterhalt auch weiterhin erbringen will, kann dies nur dadurch verhindern, dass er durch Vornahme einer Unterhaltsbestimmung eine Rückkehr des Kindes herbeiführt.<sup>102</sup>

Der BFH geht davon aus, dass der Elternteil, der das Kind aufgenommen hat, unabhängig davon, wie das Sorgerecht geregelt ist, nach drei Monaten Anspruch auf die Auszahlung des Kindergeldes hat, wenn eine Rückkehr des Kindes in den Haushalt des anderen Elternteils nicht von vornherein feststeht.<sup>103</sup>

Bei Betreuung eines Kind getrenntlebender Eltern in annähernd gleichem Umfang in den Haushalten beider Elternteile ist der Empfangsberechtigte des Kindergeldes auf Antrag eines Berechtigten analog § 64 Abs. 2 S. 2 bis 4 EStG durch das Familiengericht zu bestimmen.<sup>104</sup>

<sup>95</sup> Vgl. hierzu die Begründung des Gesetzgebers, BT-Drs. 13/9596 S. 32.

<sup>96</sup> BGH NJW 1983, 2198; OLG Oldenburg FamRZ 2001, 363.

<sup>97</sup> BGH FamRZ 1995, 215.

<sup>98</sup> Vgl. hierzu die Mustervereinbarung bei Bergschneider/Finger, Beck'sches Formularbuch Familienrecht, E. III. 5.

<sup>99</sup> OLG Düsseldorf NJW 2001, 3344; OLG Hamm FamRZ 1994 529; Wendl/Dose/Scholz § 2 Rn. 28, 316b.

<sup>100</sup> BGH NJW 1994, 2234; krit. hierzu Wendl/Staudigl/Scholz § 2 Rn. 28.

<sup>101</sup> BGH NJW 1994, 2234; a. A. Langheim FamRZ 2013, 1529, 1531; Wohlgemuth FamRZ 2009, 1874 ff.; Gießler FamRZ 2009, 620; OLG Naumburg FamRZ 2007, 1116, 1117; OLG Thüringen FamRZ 2009, 892.

<sup>102</sup> OLG Köln FuR 2001, 415.

<sup>103</sup> BFH DStRE 2009, 1245.

<sup>104</sup> BFH, 23. 3.2005, III R 91/03, BFHE 2090, 338 = FamRZ 2005, 1173; OLG Celle NJW-RR 2012, 1351.