# Die neuere BGH-Rechtsprechung zum Unterhalt: Auswirkungen auf die Praxis

RiOLG Dr. Alexander Witt

1

Die neuere BGH-Rechtsprechung zum Unterhalt: Auswirkungen auf die Praxis

## TILGUNGSLEISTUNGEN BEI IMMOBILIENKREDITEN, BGH V. 15.12.2021, BGH V. 9.3.2022

2

# Zinsen

- Zinsen stets wohnwertmindernd absetzbar.
- Prägen als reine Kosten der Anschaffung die ehelichen Lebensverhältnisse und auch bei Kindesunterhalt zu berücksichtigen.
- Unerheblich, ob die Immobilie im Alleineigentum eines Ehegatten oder Miteigentum beider Ehegatten/Eltern steht.
- Grenze Berücksichtigungsfähigkeit erreicht, wenn bei Abzug der Finanzierungskosten kein positiver Wohnwert mehr verbleibt und damit ein negatives Einkommen entsteht.
- Dann ggfs. Obliegenheit, Wohnung zu veräußern.

3

# Tilgung: Rechtsprechungsentwicklung

- Rechtsprechung mehrfach geändert.
- Zunächst: Tilgungsleistungen zu berücksichtigen, wenn objektiv angemessene Vermögensbildung und während der Ehe begonnen (BGH FamRZ 1995, 869 (870); FamRZ 1989, 1160 (1162).
- Rechtsprechungsänderung 1998: Tilgungsleistungen grundsätzlich nicht zu berücksichtigen, weil es sich um eine einseitige Vermögensbildung zu Lasten des Unterhaltsberechtigten handele (BGH FamRZ 1998, 87).
- Ausnahmen:
  - Tilgungsleistung als sekundäre Altersversorgung bis zu 4% des Bruttoeinkommens, bei Selbstständigen bis zu 24% des Bruttoeinkommens (BGH FamRZ 2007, 793 Rn. 27).
  - Immobilie im gemeinsamen Eigentum der Ehegatten (BGH FamRZ 2013, 191 Rn. 29).
  - Vermögensmehrung über Zugewinn ausgeglichen, also bis Zustellung des Scheidungsantrages (BGH FamRZ 2013, 191 Rn. 29).
  - Beim Elternunterhalt, wenn Tilgung im angemessenen Verhältnis zum Einkommen und Verbindlichkeit vor Kenntnis der Unterhaltspflicht eingegangen (BGH, FamRZ 2003, 1179).

4

# Aktuelle Rechtsprechung

- BGH v. 18.1.2017, FamRZ 2017, 519 zum Elternunterhalt.
- Ist Tilgungsanteil auf die Quote für die zusätzliche Altersversorgung anzurechnen ?
- BGH Rn. 33: Nein, Tilgung stellt keine einseitige Vermögensbildung „zu Lasten“ des Berechtigten dar, solange trotz Berücksichtigung der Tilgungsleistungen noch ein einkommenserhöhender Wohnvorteil verbleibt.
- Ohne Zins- und Tilgungsleistungen gibt es keinen Wohnwert.
- Zunächst unklar, ob das nur für Elternunterhalt oder generell gilt.
- BGH v. 4.7.2018, FamRZ 2018, 1506 Rn. 31 zum Ehegattenunterhalt nach Aufhebung der Entscheidung des OLG und in Hinweisen zum weiteren Verfahren: OLG habe auf Grundlage Rspr. des Senats Berücksichtigung auch der Tilgungsleistungen des Immobilienkredits in Betracht zu ziehen.

5

# Aktuelle Rechtsprechung

- Entscheidung v. 15.12.2021, XII ZB 557/20 zum **Ehegattenunterhalt** Klarheit.
- Ehemann machte einkommensmindernd Darlehensraten auf Immobilienkredite inkl. Zinsen gelten.
- BGH Rn. 29 ausdrücklich, Tilgungsleistungen für Immobilienkredite auch bei Ehegattenunterhalt einkommensmindernd berücksichtigen.
- **Erweiterung der Rechtsprechung** auch auf Fälle der Vermietung.
- Bei Einkünften aus VuV Tilgung ebenfalls überschussmindern berücksichtigen. (BGH vom 15.12.2021, Rn. 30.).
- Auch hier gilt: Keine unzulässige Vermögensbildung zu Lasten des Unterhaltsberechtigten, weil ohne Darlehen keine Mieteinkünfte (BGH vom 15.12.2021, Rn. 31).
- BGH v. 9.3.2022, FamRZ 2022, 569 zum **Kindesunterhalt:** Auch hier Abzug Tilgungsanteil grundsätzlich möglich (Rn. 13).

6

# Grenzen der Abzugsfähigkeit

- Grenze jedenfalls dann erreicht, wenn Wohnwert durch Abzug Tilgung vollständig aufgezehrt wird, also insoweit ein negatives Einkommen entsteht (BGH vom 15.12.2021, XII ZB 557/20 Rn. 31).
- D.H. zur Prüfung alle sonstigen wohnwertmindernden Kosten einschließlich Zinsen absetzen und dann Tilgungsanteil.
- Wenn mindestens 0 € Rest Tilgung absetzbar.
- Bei Unterschreiten **unklar, ob absolute Grenze oder Obliegenheitsprüfung** vorzunehmen.
- AG Kassel v. 13.12.2022, 520 F 1760/22: Im Einzelfall können Tilgungsraten eines Immobiliendarlehens bei der Berechnung des Ehegattenunterhalts auch über den Wohnvorteil und den Betrag einer angemessenen zusätzlichen Altersvorsorge hinaus berücksichtigungsfähig sein.
- Gericht nimmt Interessenabwägung vor und stellt darauf ab, dass die Darlehensaufnahme vor Kenntnis der Unterhaltspflicht erfolgt und eine Reduzierung der Tilgung nicht möglich ist und daher als Alternative nur ein Verkauf möglich wäre.

7

# Grenzen der Abzugsfähigkeit

- Berücksichtigung über Wohnwert hinaus in den Fällen, in denen schon nach bisheriger Rechtsprechung Tilgungsleistungen anerkannt wurden.
- Grund: Hier liegt keine einseitige Vermögensbildung vor.
  - Immobilie im gemeinsamen Eigentum der Ehegatten.
  - Vermögensmehrung über Zugewinn ausgeglichen, also bis Zustellung des Scheidungsantrages.
  - Beim Elternunterhalt, wenn Tilgung im angemessenen Verhältnis zum Einkommen und Verbindlichkeit vor Kenntnis der Unterhaltspflicht eingegangen.

8

# Tilgungsleistungen als sekundäre Altersversorgung, BGH v. 15.12.2021

- Tilgungsleistungen können sowohl allgemeine Vermögensbildung als auch Altersvorsorgeaufwendungen sein.
- Verhältnis zueinander BGH vom 15.12.2021, FamRZ 2022, 434 Rn. 38: Keine Anrechnung auf die Altersvorsorgequote.
- Soweit Tilgungsleistungen allgemein zu berücksichtigen, keine Anrechnung auf die sekundäre Altersvorsorgequote von 4% des Bruttoeinkommens.
- Daher: Wohnwertübersteigende Tilgungsleistungen i.H.v. max. 4 % des Bruttoeinkommens als sekundäre Altersvorsorgeaufwendungen zu berücksichtigen.
- Ausnahme Sicherstellung des Kindesunterhalts, weil dort generell kein Raum für sekundäre Altersvorsorge, Vorrang des Unterhaltsinteresses des Kindes.

9

# Tilgungsleistungen als primäre Altersversorgung

- Selbstständige können ebenso wie Nichtselbstständige 4 % ihres Bruttoeinkommens in eine sekundäre Altersversorgung investieren.
- Dies kann nach den gleichen Maßstäben wie für Nichtselbstständige durch Tilgungsleistungen erfolgen.
- BGH: Daneben können Selbstständige bis zu 20 % ihres Einkommens in eine primäre Altersversorgung investieren (BGH FamRZ 2022, 434 Rn 35).
- Gleiches gilt für Nichtselbstständige, soweit ihr Einkommen die Beitragsbemessungsgrenze von derzeit 7.300 € mntl. überschreitet (BGH FamRZ 2022, 434 Rn 35).
- Unklar, ob auch diese 20 % in Form von Tilgungsleistungen gleistet werden können.

10

# Tilgungsleistungen als primäre Altersversorgung

- Wohl eher nicht.
- BGH v. 22.9.2021, XII ZB 544/20 Rn. 27: Rechtsprechung zur (weiten) Verwendungsmöglichkeit von Aufwendungen für sekundären Altersvorsorge auf Altersvorsorgeunterhalt aber nicht zu übertragen.
- Keine abschließende Aufzählung, welche Altersvorsorgeprodukte für primäre Altersversorgung geeignet.
- Geeignet nach BGH aber: Freiwillige Zahlungen in DRV und private Rentenverträge bzw. generell nach dem AltZertG zertifizierbare Produkte.
- Im BGH-Fall: Privater Rentenversicherungsvertrag mit Kapitalwahlrecht (kein AltZertG) nicht zu beanstanden, wenn Kapitalwahlrecht erst im Rentenalter ausgeübt werden kann und ein vorzeitiger Bezug der Altersleistung nicht möglich ist (BGH v. 22.9.2021, XII ZB 544/20 Rn. 25).
- Stellt man auf die Möglichkeit des vorzeitigen Bezuges ab, dürften Tilgungsleistungen als primäre Altersversorgung ausscheiden.

11

# Tilgungsleistungen und mehrere Objekte

- BGH vom 15.12.2021, XII ZB 557/20 Rn. 31: Bei mehreren Immobilien getrennte Betrachtung erforderlich.
- Objektübergreifende Gesamtsaldierung aller Einnahmen abzüglich aller Ausgaben unzulässig.
- Problem bei Finanzierung mehrere Immobilien mit einem Darlehen oder verschiedener Umfinanzierungen, so dass keine klare Zuordnung möglich.
- Im Zweifel verhältnismäßige Aufteilung der Darlehensrate auf die Objekte.
- Unklar auch, wann mehrere Objekte, z.B. verschiedene Eigentumswohnungen in einem Haus.
- Hier sinnvoll zu fragen, ob wirtschaftliche Einheit.

12

# Tilgungsleistungen und Mindestkindesunterhalt

- BGH v. 9.3.2022, XII ZB 233/21 Rn. 11 ff.: Tilgungsleistungen bis zur Höhe des Wohnwertvorteils auch dann absetzbar, wenn Mindestkindesunterhalt nicht gesichert.
- Aber: Wegen hoher Schutzbedürftigkeit des Kindes ggfs. Obliegenheit zur Tilgungsstreckung, aber niemals vollständige Tilgungsaussetzung.
- Annahme Obliegenheit aber nur als Ausnahmefall und nicht in der Regel.
- Zwei Fallgruppen für Ausnahme:
  - Ungewöhnlich hohe Tilgung.
  - Eigenheim bereits weitgehend abgezahlt.

BGH v. 9.3.2022, XII ZB 233/21 Rn. 20.

13

# Tilgungsleistungen und Mindestkindesunterhalt

Ungewöhnlich hohe Tilgung

- Offen, was unter ungewöhnlich hoher Tilgung konkret zu verstehen ist.
- Ggfs. Internetrecherche zu durchschnittlichen Tilgungsleistungen.
- Derzeit etwa 2-3 % üblich, fallende Tendenz, so dass ab etwa 4-5 % ungewöhnliche Höhe anzunehmen ist.

Eigenheim bereits weitgehend abgezahlt

- Gedanke wohl, dass dann eine Verlängerung der Laufzeit durch Reduzierung der Tilgung eher zumutbar und damit auch bei durchschnittlichem Tilgungssatz zumutbar.
- Offen, wann weitgehend abbezahlt.
- Frage des Einzelfalles.

- Rechtsfolge aber nur Obliegenheit zur Tilgungsstreckung
  - Nur ernsthaftes Bemühen erforderlich.
  - Bei Weigerung Bank bleibt es bei bisheriger Tilgung.

14

# Nachträgliche Erhöhung ?

- Bislang noch keine BGH-Entscheidung dazu, ob eine nach Trennung/Kenntnis der Unterhaltspflicht erhöhte Tilgung zu berücksichtigen ist.
- Problem sowohl bei Erhöhung laufende Tilgung als auch Sondertilgung.
- Bei Abstellen allein darauf, ob noch ein positiver Wohnwert verbleibt, weil dann keine Vermögensbildung zu Lasten des Berechtigten, Erhöhung wohl zulässig.
- Daher anwaltliche Beratung derzeit dahin, möglichst hohe (Sonder-)Tilgungen (nachträglich) zu leisten, um Unterhaltslast zu verringern.
- M.E. aber nicht überzeugend.
- Nachträgliche Erhöhung zulässig, wenn für Erhöhung Sachgrund vorliegt.
- Z.B. Darlehen mit niedrigem Zinssatz aber ohne vollständige Tilgung während Laufzeit und drohende deutlich schlechtere Anschlussfinanzierung.
- Problem liegt in der „Zu Lasten“-Argumentation des BGH.

15

# Ansatz einer Neuorientierung

- Grundidee einer weitergehenden Berücksichtigung von Tilgungsleistungen bei Immobiliendarlehen zu begrüßen.
- Argument, solange ein positiver Wohnwert verbleibe, gehe die Vermögensbildung nicht zu Lasten des Unterhaltsberechtigten, überzeugt aber in der Pauschalität nicht.
- Unterhaltsberechtigter erhält mehr Unterhalt, wenn Tilgung nicht berücksichtigt wird.
- BGH-Argumentation nur überzeugend, soweit es ohne Tilgungsleistungen keine Finanzierung geben würde, konkret vereinbarte Tilgung also notwendige Bedingung für die Kreditgewährung ist.
- Dann gäbe es tatsächlich die Immobilie ohne die Tilgung nicht.

16

# Ansatz einer Neuorientierung

- Es gilt der allgemeine Grundsatz, dass sowohl Verpflichteter als auch Berechtigter seine Arbeitskraft und sein Vermögen bestmöglich einzusetzen hat (vgl. nur Wendl/Dose/Dose, § 1 Rn. 22).
- Dies gilt auch und insbesondere für Kosten, die im Zusammenhang mit der Erzielung von Einkommen stehen.
- BGH v. 21.1.2009, XII ZR 54/06 Rn. 39: „Der Abzug berufsbedingter Aufwendungen setzt voraus, dass die betreffenden Kosten **notwendigerweise mit der Ausübung der Erwerbstätigkeit verbunden** sind …
- Es reicht gerade nicht aus, dass die Kosten durch die Einkommenserzielung **lediglich veranlasst sind** (BGH v. 21.1.2009, XII ZR 54/06 Rn. 39).
- ZB
  - ist bei Fahrtkosten zu prüfen, ob die (kostengünstigere) Nutzung von öffentlichen Verkehrsmitteln zumutbar ist (z.B. BGH v. 18.5.2022, XII ZB 325/20 Rn. 29),
  - kann ein Student darauf verwiesen werden, vom elterlichen Haushalt in eine Wohnung am Studienort zu ziehen, wenn dies kostengünstiger ist (BGH v. 21.1.2009, XII ZR 54/06).
- BGH-Rechtsprechung zur Berücksichtigung von Tilgungsleistungen bei Immobilienkrediten stellt aber nur auf Veranlassung und nicht Notwendigkeit ab.
- Unterschiedliche Behandlung von Tilgung und andere zur Einkommenserzielung veranlasste Aufwendungen aber nicht erkennbar

17

# Ansatz einer Neuorientierung

- Systematisch stimmiger Ansatz ist die Berücksichtigung einer nach den Umständen des Einzelfalles angemessenen Tilgung.
- Dies ist
  - die Tilgung, die die Bank im Rahmen des Darlehensabschlusses mindestens verlangt;
  - die Tilgung, die bereits während der Ehe/der intakten Familie geleistet wurde und damit die ehelichen Lebensverhältnisse/den angemessenen Lebensbedarf des Kindes geprägt hat und sich in einem obj. vernünftigen Rahmen bewegt;
  - ansonsten eine unter Berücksichtigung der wechselseitigen Einkommens- und Vermögensverhältnissen einschließlich der Unterhaltsbedürftigkeit nach den Umständen des Einzelfalles wirtschaftlich angemessene Tilgung.
- Bei Unangemessenheit setzt Obliegenheit zur Tilgungsreduzierung ein.
- Daraus folgt, dass eine Tilgung im Einzelfall auch über den Wohnwert hinaus berücksichtigt werden kann.

18

Die neuere BGH-Rechtsprechung zum Unterhalt: Auswirkungen auf die Praxis

# SYSTEMWECHSEL IM UNTERHALTSRECHT ?

19

# Systemwechsel im Unterhaltsrecht

- Beginnend mit seiner Entscheidung zur Unterhaltsberechnung im Wechselmodell (BGH, FamRZ 2017, 437) hat der BGH seine Rechtsprechung zur Berechnung des Kindesunterhalts geändert.
- Der Bedarf des Kindes bemesse sich stets nach dem gemeinsamen Einkommen der Eltern.
- Wird als „Systemwechsel im Unterhaltsrecht“ bezeichnet.

**BGH vorher**

- Bedarfsbemessung beim Kindesunterhalt bei Betreuung im Residenzmodell allein nach Einkommen des nicht (in der Hauptsache) betreuenden Elternteils.
- Nur nicht (in der Hauptsache) betreuender Elternteil zahlungspflichtig für Kindesunterhalt nach Kindesunterhaltstabelle.
- Einkommen betreuender Elternteil nur bei erheblichem wirtschaftlichem Ungleichgewicht zwischen Eltern relevant.
- Dann Beteiligung auch des betreuenden Elternteils am Unterhalt.
- Ab 3-fache des Einkommens volle Übernahme der Barunterhaltslast.
- Ab etwa dem doppelten des Einkommens anteilige Übernahme der Barunterhaltslast.
- Auch hier aber Bedarf allein anhand Einkommen des Kindes.

20

# Systemwechsel im Unterhaltsrecht

Folgewirklungen für konkurrierende Unterhaltsansprüche:

- Da nur der nicht betreuende Elternteil barunterhaltspflichtig ist, wurde auch nur sein Einkommen um den geleisteten Barunterhalt gemindert.
- Keine Monetarisierung der Betreuungsleistung des anderen Elternteils, auch kein sogn. Betreuungsbonus (z.B. BGH, FamRZ 2017, 711 Rn. 9).
- Relevant für Berechnung von Ehegattenunterhalt.
- Folge: Betreuender Elternteil muss über den Abzug des Kindesunterhalt vom Einkommen des anderen Elternteils rechnerisch ½ des Kindesunterhalts mittragen.

21

# Systemwechsel im Unterhaltsrecht

- Gesetzlicher Ausgangspunkt Bedarfsbemessung Kindesunterhalt

  § 1610 BGB:

  (1) Das Maß des zu gewährenden Unterhalts bestimmt sich nach der Lebensstellung des Bedürftigen (angemessener Unterhalt).

  (2) Der Unterhalt umfasst den gesamten Lebensbedarf einschließlich der Kosten einer angemessenen Vorbildung zu einem Beruf, bei einer der Erziehung bedürftigen Person auch die Kosten der Erziehung.
- Im Gesetz nicht geregelt, wie sich die Lebensstellung des bedürftigen Kindes ermittelt.
- BGH: Soweit das Kind noch keine eigenständige Lebensstellung erlangt hat, leitet sich seine Lebensstellung von derjenigen der unterhaltspflichtigen Eltern ab (z.B. BGH, FamRZ 2007, 707 Rn. 15).
- Unklar, welches Einkommen relevant.

22

# Systemwechsel im Unterhaltsrecht

§ 1606 Abs. 3 BGB:

(3) Mehrere gleich nahe Verwandte haften anteilig nach ihren Erwerbs- und Vermögensverhältnissen. Der Elternteil, der ein minderjähriges Kind betreut, erfüllt seine Verpflichtung, zum Unterhalt des Kindes beizutragen, in der Regel durch die Pflege und die Erziehung des Kindes.

- Aber: Für die Frage des Bedarfs nicht unmittelbar relevant, weil Norm Haftungsverteilung regelt.
- Setzt Feststellung des Bedarfs voraus.

23

# Systemwechsel im Unterhaltsrecht

- Grundsatzentscheidung zum Bedarf BGH v. 8.4.1981, IVb ZR 587/80, FamRZ 1981, 543.
- Damals umstritten, welches Einkommen für Bedarfsbemessung relevant
  - 1. Ansicht: Gemeinsames Einkommen.
  - 2. Ansicht: Gemitteltes Einkommen.
  - 3. Ansicht: Einkommen des nicht betreuenden Elternteils.
- BGH: 3. Ansicht zutreffend.

24

# Systemwechsel im Unterhaltsrecht

**Argumentation BGH v. 8.4.1981, IVb ZR 587/80, FamRZ 1981, 543**

„Wenn der das Kind pflegende und erziehende, sorgeberechtigte Elternteil ohne eigene Einkünfte ist, bestimmt die Einkommenslage des anderen Elternteils dessen Barunterhaltsleistungen. **Erzielt außer ihm auch der sorgeberechtigte Elternteil Arbeitseinkommen, so würde bei einer Zusammenrechnung der beiderseitigen Einkünfte der Barunterhaltspflichtige wegen der Erwerbstätigkeit des anderen Elternteils zu - allein von ihm zu erbringenden (§ 1606 Abs 3 Satz 2 BGB) - höheren Geldleistungen herangezogen werden, als er sie sonst schulden würde.** Das wäre ebensowenig angemessen wie die gegenteilige Folge einer Entlastung des Barunterhaltspflichtigen durch die vom Sorgeberechtigten ausgeübte Berufstätigkeit; die Entlastung träte ein, wenn man an den Mittelwert des von dem Barunterhaltspflichtigen erzielten und des - niedrigeren - Einkommens des sorgeberechtigten Elternteils anknüpfen wollte."

25

# Die Rechtsprechungsänderung

- Beginnend mit seiner Entscheidung zur Unterhaltsberechnung im Wechselmodell aus dem Jahr 2017 hat der BGH diese Rechtsprechung nunmehr grundlegend geändert.
- BGH nunmehr: Auch bei minderjährigen Kindern, die im Residenzmodell betreut werden, bestimmt sich der Bedarf nach dem zusammengerechneten Einkommen beider Elternteile.
- Der nicht in der Hauptsache betreuende Elternteil schuldet im Rahmen der Haftungsverteilung nach § 1606 Abs. 3 BGB aber nur Unterhalt nach Maßgabe seines Einkommens.
- Verbleibender Restbedarf des Kindes nach dem gemeinsamen Einkommen hat der in der Hauptsache betreuende Elternteil aufzubringen.
- Rechtsprechungsänderung in Literatur und bei Instanzgerichten zunächst ignoriert worden.
- Erst seit 2022 im Zentrum der unterhaltsrechtlichen Diskussion.

26

# Rechtsprechungsänderung

BGH, FamRZ 2017, 437 Rn. 25:

„Der von der Rechtsbeschwerde erhobene Einwand, dass im Wechselmodell betreuten Kindern ein gegenüber im Residenzmodell betreuten Kindern überhöhter Unterhaltsbedarf zugesprochen würde verfängt nicht. **Dass sich die Lebensstellung des Kindes von beiden Eltern ableitet, gilt auch beim Residenzmodell. Denn auch ein im Residenzmodell betreutes Kind genießt, wenn der allein oder überwiegend betreuende Elternteil ebenfalls Einkommen erzielt, regelmäßig einen höheren Lebensstandard als bei einem alleinverdienenden Elternteil.** Zwar hat der Senat in seiner bisherigen Rechtsprechung wiederholt ausgesprochen, dass sich der Bedarf des minderjährigen Kindes vom barunterhaltspflichtigen Elternteil ableitet. Dies steht aber vor dem Hintergrund, dass nur dieser Elternteil für den Barunterhalt aufzukommen hat. Da dessen Haftung aber ohnedies auf den sich aus seinem Einkommen ermittelten Tabellenbedarf begrenzt ist, stellt die Bemessung des Unterhalts der Sache nach eine abgekürzte Unterhaltsermittlung dar, indem der geschuldete Unterhalt sogleich nach der individuellen Leistungsfähigkeit des Barunterhaltspflichtigen festgesetzt wird.“

27

# Folgen für weitere Unterhaltsverhältnisse

- Behandlung Restbedarf erstmals BGH, FamRZ 2017, 711 zum **Elternunterhalt**.
- Es ging um die Frage, ob das Einkommen der elternunterhaltspflichtigen Beteiligten um Kindesunterhalt für ein von ihr betreutes Kind zu mindern ist.
- „Von den Erwerbseinkünften der Antragsgegnerin ist somit der Barunterhaltsbedarf ihres Kindes nach den gemeinsamen Einkünften der Eltern abzüglich des hälftigen Kindergelds und abzüglich des vom Kindesvater geleisteten Barunterhalts abzusetzen. Denn in dieser Höhe leistet sie neben dem Betreuungsunterhalt restlichen Barunterhalt in Form von Naturalunterhalt.“
- Übertragung auf **Ehegattenunterhalt** nahezu wortgleich BGH, FamRZ 2021, 1965 Rn. 34.
- Übertragung auf den **Mehr und Sonderbedarf** beim Kindesunterhalt nahezu wortgleich BGH, v. 18.5.2022, FamRZ 2022, 1366 Rz. 51.

28

# Berechnung des Kindesunterhalts nach dem Einkommen beider Eltern

- BGH nimmt ersichtlich echten Restbarunterhaltsanspruch des Kindes ggü. dem betreuenden Elternteil an.
- „nicht anderweitig gedeckter vorrangiger Barunterhalt an das Kind“
- Barunterhaltsanspruch folgerichtig, weil nach § 1612 Abs. 1 S. 1 BGB Unterhaltszahlungen in Form einer Geldrente geschuldet.
- Tatsächlich fließt aber kein Geld.
- Vielmehr allein Gewährung von Naturalleistungen.
- Unklar, ob BGH von insoweit anderweitiger Bestimmung gem. § 1612 Abs. 2 S. 1 BGB ausgeht oder Naturalleistung als Erfüllung statt (§ 364 BGB).
- Beides problematisch, weil bei gemeinsamem Sorgerecht beide Eltern entscheiden müssten.
- Unklar, ob anderer Elternteil witklich stets mit der Unterhaltsgewährung in Form von Naturalleistungen einverstanden ist.
- Ähnliches Problem bei Berechnung Unterhalt (Ausgleichsbetrag) im Wechselmodell.

29

# Fallbeispiel

V ist Vater des Kindes K (8 Jahre), welches bei der von V geschiedenen Mutter M lebt, die auch das Kindergeld bezieht. V verdient 3.000 EUR netto, M 2.000 EUR. Wie hoch sind die Unterhaltsansprüche von K und M?

**Bisherige Berechnung**

a) K

- Der Bedarf des K bestimmt sich allein nach dem Einkommen des V. Dieser ist mit einem Einkommen von 3.000 EUR in die Kindesunterhaltstabelle Einkommensgruppe 4, Altersstufe 2 einzugruppieren (keine Höhergruppierung weil 2 Unterhaltspflichten). Daraus folgt ein Zahlbetrag an K von 453 EUR.

b) M

- Zur Berechnung des Ehegattenunterhaltsanspruchs ist dem Einkommen des V der Kindesunterhaltsanspruch abzusetzen. Es verbleiben 2.547 EUR (3.000 EUR - 453 EUR).
- Berechnung Trennungsunterhalt (2.547 EUR – 2.000 EUR) x 45% = 246 EUR
- Leistungsfähigkeit gegeben, weil Selbstbehalt (1.510 EUR) gewahrt 3.000 EUR – 246 EUR – 453 EUR = 2.301EUR.

30

# Fallbeispiel

c) Ergebnis

- V schuldet K 453 EUR Kindesunterhalt und M 246 EUR Ehegattenunterhalt.

**Berechnung BGH neu**

a) K

- Der Bedarf des K bestimmt sich nach dem zusammengerechneten Einkommen seiner Eltern.
- Daher 3.000 EUR + 2.000 EUR = 5.000 EUR
- K ist damit in die Einkommensgruppe 9, Altersstufe 2 einzugruppieren, woraus ein Zahlbetrag von 639 EUR folgt.
- V hat aber maximal Unterhalt in der Höhe zu leisten, die sich ergeben würde, wenn er Unterhalt allein nach seinem Einkommen zu leisten hätte.
- Dies sind hier wie unter 1. ausgeführt 453 EUR.
- Es verbleibt ein ungedeckter Bedarf des K von 186 EUR (639 EUR – 453 EUR).
- Für diesen Restbedarf hat M aufzukommen.

31

# Fallbeispiel

b) M

- Sowohl vom Einkommen des V als auch der M ist der jeweils vorrangige Kindesunterhalt abzusetzen.
- Es verbleiben bei V 2.547 EUR und bei M 2.000 EUR - 186 EUR = 1.814 EUR.
- Daraus ergibt sich folgende Berechnung:
- (2.547 EUR – 1.814 EUR) x 45% = 330 EUR.
- Für beide Beträge ist V nach wie vor leistungsfähig (SB 1.510 EUR), weil ihm 2.217 EUR (3.000 EUR – 453 EUR – 330 EUR) verbleiben.
- Vergleich der Ergebnisse.
- Gegenüber der bisherigen Berechnungsmethode erhält M einen um 84 EUR (330 EUR – 246 EUR) erhöhten Ehegattenunterhalt. Die Zahlung des V an K ändert sich nicht.
- Die 186 EUR Unterhalt der M an K leistet diese in Form von Naturalleistungen.

32

# Mehr-/ Sonderbedarf

- Für Mehr- und Sonderbedarf beim Kindesunterhalt haften beide Eltern nach Maßgabe des Verhältnisses ihrer Einkünfte zueinander (§ 1606 Abs. 3 S. 1 BGGB). § 1606 Abs. 3 S. 2 BGB gilt hier nicht.
- Die Haftungsverteilung erfolgt dabei dergestalt, dass vom Einkommen der Eltern jeweils der angemessene Selbstbehalt abgesetzt wird und das Verhältnis des sodann verbleibenden Einkommens zueinander die Haftungsquote für den Mehr- oder Sonderbedarf bestimmt.
- Soweit es das Einkommen der Eltern für die Bildung der Haftungsquote betrifft, ist nach h.M. vom Einkommen des nicht betreuenden Elternteils vor Bildung der Haftungsquote der an das Kind zu leistende Tabellenunterhalt abzusetzen (Wendl/Dose/Klinkhammer § 2 Rn. 462).
- Arg.: Es geht um gerechte Verteilung der vorhandenen Barmittel. Diese werden aber durch den zu leistenden Tabellenunterhalt gemindert.

33

# Fallbeispiel

Berechnung Mehrbedarf:

Einkommen M 4.000 €, Einkommen F 1.800 €; 1 Kind K (9 Jahre). Die Kinder leben bei der Mutter. Beide Eltern arbeiten Vollzeit, Ehegattenunterhalt wird nicht geschuldet. Die Mutter erhält das Kindergeld von 250 €. Mehrbedarf für K: 100 € Reiten, 80 € Nachhilfe, insgesamt: 180 €.

Wie verteilt sich der Mehrbedarf?

**Bisherige Berechnung**

- Einkommen M abzüglich Kindesunterhalt:
- Bei 4.000 € EK 7 zzgl. 1 Stufe Höhergruppierung, AS 2= Zahlbetrag 598 €
- Damit: 4.000 € - 598 € = 3.402 €,
- Einkommen F: 1.800 €.
- Haftung für Mehrbedarf:
- N1: (Einkommen N 1 – 1.650 €) * Bedarf : (Einkommen N 1 + Einkommen N 2 – 3.300 €).
- Anteil von M: (3.402 € - 1.650 €) x 180 € : (3.402 € + 1.800 € - 3.300 €) = 166 €.
- Anteil von F: (1.800 € - 1.650 €) x 180 € : (1.800 €+ 3.402 € - 3.300 €) = 14 €.

34

# Fallbeispiel

**Berechnung nach BGH neu**

- Bedarf der Kinder nach dem beiderseitigen Einkommen der Eltern: 5.800 €.
- EK 11, AS 2: Zahlbetrag 719 €.
- Keine Höhergruppierung bei Bemessung nach dem zusammengerechneten Einkommen (Wendl/Dose, § 2 Rn. 522 f.)
- Zahlbetrag M jedoch nur aus 4.000 € nach Einkommensgruppe 7 + 1: 598 €.
- Naturalunterhalt F: 719 € - 598 € = 121 €.
- Haftung für den Mehrbedarf:
- Einkommen M: 4.000 € - 598 € = 3.402 €,
- Einkommen F: 1.800 € - 121 € = 1.679 €.
- Anteil von M: (3.402 € - 1.650 €) x 180 € : (3.402 € + 1.679 € - 3.300 €) = 177 €
- Anteil F: (1.679 € - 1.650 €) x 180 € : (1.679 € + 3.402 € - 3.300 €) = 3 €.

35

# Fallbeispiel

- Vergleich beider Berechnungen.
- Nach alter Rechtslage schuldete M 598 € Tabellenunterhalt, daran ändert sich nichts.
- Zusätzlich musste er 166 € anteiligen Mehrbedarf leisten.
- Nach neuer Rechtslage schuldet er weiterhin nur 598 € Tabellenunterhalt, muss aber nunmehr 177 € Mehrbedarf leisten.
- Da K bei F lebt, kommt es hier zu keinen direkten Zahlungen, sondern nur Naturalleistungen.

36

# Kritik an Rechtsprechung

**Kernfrage: Ist Rechtsprechungsänderung mit § 1606 Abs. 3 S. 2 vereinbar ?**

**Befürwortende Stimmen:**

z.B. Rubenbauer/Dose, FamRZ 2022, 1497, 1502; Lies-Benachib, FamRZ 2023, 9 (11); FamRZ 2017, 437

- § 1606 Abs. 3 S. 2 BGB erfasst nur Fälle, in denen ein Elternteil die alleinige Betreuung übernommen hat.
- Norm passt daher nicht mehr in die heutige soziale Realität, stammt aus der Zeit der Hausfrauenehe.
- Da barunterhaltspflichtige Elternteil heutzutage regelmäßig ein umfangreiches Umgangsrecht wahrnimmt und in diesem Umfang auch Betreuungsleistungen erbringt, widerspricht es § 1606 Abs. 3 S. 2 BGB nicht, wenn im Gegenzug der betreuende Elternteil in geringem Umfang auch Teile des Barunterhalts schuldet.
- Führe zu einer gerechteren Verteilung der gegenseitigen Unterhaltslasten.

37

# Kritik an Rechtsprechung

- **Schürmann** FF 2022, 363 (366); **Schwamb** FamRB 2022, 342 (343); **Götz/Seiler** FamRZ 2022, 1338 (1339 f.); **BeckOGK/Witt**, § 1578 Rn. 338 ff.; **Duderstedt**, FamRZ 2022, 1755; **Bruske**, FamRZ 2023, 339:
- Rechtsprechungsänderung mit Wortlaut § 1606 Abs. 3 S. 2 BGB nicht zu vereinbaren.
- Betreuender Elternteil schuldet danach „in der Regel“ nur Betreuungsleistung.
- Konsequenz BGH aber: Sobald betreuender Elternteil (wie üblich) eigenes Einkommen hat, schuldet er auch (Rest)Barunterhalt.
- Das ist unzulässige Umkehr Regel- Ausnahmeverhältnis und deutliche Überschreitung des Wortlauts.
- Eine solch grundlegende Änderung muss dem Gesetzgeber vorbehalten bleiben.
- Richtig allerdings, dass in den 1970ern (Zeitpunkt Schaffung § 1606 Abs. 3 S. 2 BGB) soziale Realität anders war.
- Gesetzgeber hat § 1606 Abs. 3 S. 2 BGB aber im Rahmen Unterhaltsreform 2008 nicht geändert.
- Daher Rechtsprechungsänderung auch verfassungsrechtlich problematisch.

38

# OLG Oldenburg v. 16.5.2023, 3 UF 32/23

- Abzugsfähig im Unterhaltsrecht ist nach allgemeiner Auffassung nur tatsächlich geleisteter Unterhalt.
- Es ist daher unzulässig, die Leistung von Restbarbedarf durch den betreuenden Elternteil ohne weitere Darlegung der tatsächlichen Leistungsgewährung zu unterstellen (OLG Oldenburg v. 16.5.2023, 3 UF 32/23 – juris – Rn. 13 f.).
- Die Darlegungs- und Beweislast obliegt dem betreuenden Elternteil (OLG Oldenburg v. 16.5.2023, 3 UF 32/23 – juris – Rn. 14).
- Auch hier ähnliches Problem beim Wechselmodell, weil dort Ausgangspunkt, dass jeder Elternteil dem Kind exakt 50 % des Bedarfs nach dem gemeinsamen Einkommen in Form von Naturalleistungen gewährt.
- M.E. aber möglich, zumindest als tatsächliche Vermutung anzunehmen, dass gewährte Naturalleistungen rechnerisch geschuldeten Restbarunterhalt entsprechen.

39

# Unterschreiten des Selbstbehalts beim betreuenden Elternteil

- Auf Basis Regelungskonzept BGH wohl keine Unterhaltspflicht, weil betreuender Elternteil Selbstbehalt zu wahren hat.
- Schon Bedarf des Kindes bestimmt sich dann nur aus Einkommen des leistungsfähigen Elternteils.
- Es erfolgt dann auch kein Abzug vom Einkommen des betreuenden Elternteils beim Ehegattenunterhalt (OLG Oldenburg v. 16.5.2023, 3 UF 32/23 – juris -).
- Bei nur teilweiser Leistungsfähigkeit des betreuenden Elternteils Bedarf nach dem zusammengerechneten Einkommen der Eltern, Restbarbedarf aber nur bis zum Selbstbehalt.
- Maßgeblich nach OLG Oldenburg v. 16.5.2023, 3 UF 32/23 – juris angemessener Selbstbehalt (1.650 €).

40

# Unterschreiten des Selbstbehalts beim betreuenden Elternteil

**Beispiel teilweise Leistungsfähigkeit**

A 3.500 €, B 1.700 €, Kind 2 Jahre. Höhe Kindesunterhalt?

- Beiderseitiges Einkommen 5.200 €, EK 10, AS 1 = 575 € Zahlbetrag.
- Haftungsanteil A nach seinem Einkommen EK 6 (keine Heraufgruppierung weil unteres Ende), AS 1 = 435 €.
- Haftung Restbedarf B 140 € (575 € - 435 €).
- Leistungsfähigkeit B aber nur 50 €.
- Fehlbetrag 72 €.

41

# Unterschreiten des Selbstbehalts beim betreuenden Elternteil

- Fraglich, ob dann der andere Elternteil für den Fehlbetrag aufzukommen hat, solange sein eigener angemessener Selbstbehalt gewahrt ist.
- Nach h.M. nicht, weil sonst unangemessene Ergebnisse.

A 3.500 €, B 1.650 € Kind 2 Jahre.

Hier keine Leistungsfähigkeit B, deswegen Bedarf nur nach Einkommen A.

EK 6 (keine Heraufgruppierung), AS 1 = 435 €.

Wenn B wie im 1. Beispiel 50 € mehr verdient und A für den Fehlbetrag aufkommen müsste, müsste er 72 € zusätzlich leisten.

42

## Sind auch fiktive Einkünfte im Rahmen der Berechnung mit einzubeziehen ?

- Grundsätzlich wohl ja, weil die Lebensstellung auch durch fiktive Einkünfte geprägt sind.
- Verfügt der betreuende Elternteil aber über keine tatsächlichen Einkünfte, die den Selbstbehalt von 1.650 € übersteigen, kann keine Erfüllung des Restbarbedarfs durch Naturalunterhalt angenommen werden.
- Dann Frage, ob der andere Elternteil im Wege der Ersatzhaftung nach §§ 1606 Abs. 3 S. 1 BGB, 1607 Abs. 2 BGB einzutreten hat.

43

## Weitere Fallkonstellationen – Patchworkfamilie

V ist Vater des Kindes K 1 (9 Jahre), welches bei der Mutter M 1 lebt, die auch das Kindergeld iHv 250 € bezieht. Der V verdient 3.500 € mntl. und die M 1 2.000 € mntl. V ist weiter Vater eines Kindes K 2 (7 Jahre), welches bei ihm lebt und für das er auch das Kindergeld iHv 250 € erhält. Die Mutter von K 2, die M 2, verdient 2.500 € mntl. und zahlt mntl. 453 € Unterhalt für K 2 an V. Bei K 1 fällt ein Mehrbedarf iHv 100 € mntl. an. Wie hoch ist der Unterhaltsanspruch des K 1 gegen V?

**Lösung**

**a) Elementarbedarf**

- Bedarf des K 1 nach dem zusammengerechneten Einkommen von V und M 1:
- 3.500 € + 2.000 € = 5.500 €
- Einkommensgruppe 11, AS 2 = 719 € Zahlbetrag.
- Haftung des V aber allein nach seinem Einkommen.
- Bei 3.500 € EK 5, AS 2 = 478 €.
- Keine Höhergruppierung, weil daneben Restbarunterhaltspflicht gegenüber K 2 nach Maßgabe der neueren Rechtsprechung des BGH.
- V schuldet 478 € Elementarbedarf für K1

44

# Weitere Fallkonstellationen – Patchworkfamilie

**b) Mehrbedarf**

- V und M 1 haften anteilig für den Mehrbedarf.

**aa) Vergleichbares Einkommen**

- Das Einkommen der Eltern ist für die Bildung der Haftungsquote um den Elementarbedarf der Kinder zu kürzen.

M 1:

- Der Elementarbedarf für K 1 beträgt 719 €.
- Davon zahlt V 478 €, so dass 241 € verbleiben.
- Einkommen M 1: 2.000 € - 241 € = **1.759 €.**

V

- Vom Einkommen des V ist neben dem Unterhalt für K 1 iHv 478 € zusätzlich der von ihm zu tragende Restbedarf für K 2 abzusetzen.
- Berechnung Restbedarf K 2:
  - Bedarf K 2 nach dem zusammengerechnetem Einkommen V und M 2: 3.500 € + 2.500 € = 6.000 €.
  - EK 11, AS 2 = 719 €.
  - Hiervon trägt M 2 mit 2.500 € nach EK 3 + 1 = EK 4, AS 2 453 €.
  - Rest durch V: 719 € - 453 € = 266 €.
  - Einkommen V: 3.500 € - 478 € - 266 € = **2.756 €.**

45

# Weitere Fallkonstellationen – Patchworkfamilie

**bb) Haftungsanteile**

Haftung V

- (Einkommen V – 1.650 €) * Bedarf : (Einkommen V + Einkommen M 1 – 3.300 €) =
- (2.756 € - 1.650 €) * 100 : (2.756 € + 1.759 € - 3.300 €) =
- 1.106 € * 100 € : 1.215 € =
- 91 €

Kontrollberechnung Haftung M 1

- (1.759 € - 1.650 €) * 100 : (2.756 € + 1.759 € - 3.300 €) =
- 109 € * 100 € : 1.215 € = 9 €.

**c) Leistungsfähigkeit V:**

3.500 € - 478 € Elementarunterhalt K 1 – 91 € Mehrbedarf K 1 – 266 € Restbedarf K 2 = 2.665 € und damit gegeben.

46

# Weitere Fallkonstellationen – Patchworkfamilie

**d) Ergebnis**

V schildet K 1 478 € Elementarbedarf und 91 € Mehrbedarf.

**e) Vergleich zur bisherigen Rechtsprechung**

Der von V zu leistende Elementarbedarf iHv 478 € ändert sich nicht. (3.500 € EK = EK 5 [keine Höhergruppierung weil unteres Ende], AS 2)

Für die Berechnung des Mehrbedarfs ist aber weder das Einkommen des V noch das der M 1 um den Restbedarf nach dem zusammengerechnetem Einkommen zu mindern.

V: 3.500 € - 478 € = 3.022 €

M 1: 2.000 €

Haftung V

- (Einkommen V – 1.650 €) * Bedarf : (Einkommen V + Einkommen M 1 – 3.300 €) =
- (3.022 € - 1.650 €) * 100 : (3.022 € + 2.000 € - 3.300 €) =
- 1.372 € * 100 € : 1.722 € =
- 80 €.

Kontrollberechnung Haftung M 1

- (2.000 € - 1.650 €) * 100 : (2.000 € + 3.022 € - 3.300 €) =
- 350 € * 100 € : 1722 € = 20 €.

M schuldet damit 80 € Mehrbedarf und damit im Ergebnis 11 € weniger als auf Basis der aktuellen Rechtsprechung.

47

# Weitere Fallbeispiele – privilegiert volljährige und minderjährige Kinder

K 1 (18 Jahre) geht noch zur Schule und lebt ebenso wie seine 16 jährige Schwester K 2 bei der Mutter M, die auch das Kindergeld von 250 € je Kind bezieht. M verdient 2.800 €, der Vater V 3.000 €. Wie hoch sind die Unterhaltsansprüche von K 1 und K 2 gegenüber V ?

Lösung

**K 2**

- Bedarf nach dem zusammengerechneten Einkommen der Eltern: 3.000 € + 2.800 € = 5.800 €.
- EK 11, AS 3 = 863 € Zahlbetrag.
- V schuldet aber nur Unterhalt nach seinem Einkommen.
- 3.000 € = EK 4, AS 3 = 552 € Zahlbetrag.
- Restbedarf iHv 863 € - 552 € = 311 € muss M als Naturalunterhalt leisten.
- V schuldet K 2 552 € laufenden Unterhalt.

48

# Weitere Fallbeispiele – privilegiert volljährige und minderjährige Kinder

**K 1**

Auch der Bedarf des K 1 bestimmt sich nach dem zusammengerechneten Einkommen der Eltern.

3.000 € + 2.800 € = 5.800 €: EK 11.

Da K 1 noch bei seinen Eltern lebt bestimmt sich sein Bedarf nach der AS 4.

EK 11, AS 4 = 806 € Zahlbetrag.

Haftungsverteilung zwischen den Eltern.

Da K 1 noch nicht 21 ist, noch zur Schule geht und im Haushalt der M lebt, ist er privilegiert volljährig gem. § 1603 Abs. 2 S. 2 BGB.

Er steht damit im Rang der K 2 gleich.

Streitig, ob bei gleichrang voll- und minderjähriger Kinder Unterhalt für minderjährige Kinder zur Bildung von Haftungsquote vorab vom Einkommen vorab abzusetzen ist.

49

# Weitere Fallbeispiele – privilegiert volljährige und minderjährige Kinder

**Dafür**, wenn kein Mangelfall vorliegt: LL OLG Hamburg Ziff. 13.3.

> „Bei minderjährigen unverheirateten und ihnen gleichgestellten volljährigen Kindern (§ 1603 Abs. 2 Satz 2 BGB) sind die anrechenbaren Einkommen der Eltern außerdem wegen gleichrangiger Unterhaltspflichten und bei anderen volljährigen Kindern wegen vorrangiger Unterhaltspflichten zu kürzen."

Sowie z.B. OLG Celle, FamRZ 2009, 790.

Arg: Es geht um gerechte Verteilung der (noch) vorhandenen Barmittel.

**Dagegen**: Wendl/Dose, § 2 Rn. 598 und OLG Hamm, FamRZ 2010, 1346.

Arg: Gleichrang der Unterhaltsansprüche verbiete Vorwegabzug.

Zusammenfassung des Streitstandes: Themengutachten DIJuF, Unterhaltsansprüche volljähriger privilegierter Schüler gem. § 1603 Abs. 2 S. 2 BGB – Haftungsquote der Eltern mit Berechnungsbeispielen, Themengutachten TG-1237, Stand 2/2019.

50

# Weitere Fallbeispiele – privilegiert volljährige und minderjährige Kinder

**Lösung wie LL OLG Hamburg, daher Vorwegabzug Unterhalt K 2.**

- Hier geänderte Rechtsprechung BGH beachten, weil auch Restbedarf für K 1 bei M abzusetzen.
- Einkommen V: 3.000 € - 552 € = 2.448 €.
- Einkommen M: 2.800 € - 311 € = 2.489 €.
- Haftungsquote V: (2.448 € - 1.650 €) * 806 € : (2.448 € + 2.489 € - 3.300 €) =
- 798 € * 806 € : 1.637 € = 393 €.
- Haftungsquote M: ( 2.489 € - 1.650 €) * 806 € : (2.489 € + 2.448 € - 3.300 €) =
- 839 * 806 € : 1.637 € = 413 €.

**Ergebnis**: V schildet K 1 393 € laufenden Unterhalt.

51

# Weitere Fallbeispiele – privilegiert volljährige und minderjährige Kinder

**Lösung wie Wendl/Dose:**

- Geänderte Rechtsprechung BGH spielt keine Rolle, weil kein Vorwegabzug Unterhalt K 1 vom Einkommen.
- Einkommen V: 3.000 €.
- Einkommen M: 2.800 €.
- Haftungsquote V: (3.000 € - 1.650 €) * 806 € : (3.000 € + 2.800 € - 3.300 €) =
- 1.350 € * 806 € : 2.500 € = 435 €.
- Haftungsquote M: ( 2.800 € - 1.650 €) * 806 € : (2.800 € + 3.000 € - 3.300 €) =
- 1.150 * 806 € : 2.500 € = 371 €.

**Ergebnis**: V schuldet K 1 435 € laufenden Unterhalt.

52