Jahrestagung der Arbeitsgemeinschaft Familienrecht im DAV
Bremen, 23.11.2012

Kostenfaktor Kind

Materialien zum Vortrag

Referent:
Axel Weiss
Rechtsanwalt und Fachanwalt für Familienrecht
W-H-L, Kanzlei für Familienrecht - Düsseldorf

1. Der Bedarf des Kindes

Der **Mindestbedarf** richtet sich gemäß § 1612a BGB nach dem sächlichen Existenzminimum. Er entspricht dem doppelten Freibetrag des § 32 VI EStG. Zur Zeit: 4.368 € im Jahr, also 364 € monatlich in der 2. Altersstufe.

Nach dem neuen Existenzminimumbericht, der im November im Bundeskabinett beschlossen worden ist, sind beim Kinderfreibetrag frühestens ab 2014 kleinere Korrekturen zu erwarten.

Die einzelnen Bedarfspositionen werden geregelt in § 6 des Gesetzes zur Ermittlung der Regelbedarfe nach § 28 des SGB XII (RBEG).

Diese Positionen sind wichtig für die unterhaltsrechtliche Ermittlung von Mehr- und Sonderbedarf sowie zur Begründungen des konkreten Bedarfs des Kindes bei Elterneinkünften oberhalb der Stufe 10 der Düsseldorfer Tabelle.

Die regelbedarfsrelevanten Verbrauchsausgaben, die den Grundbedarf ergeben, ermitteln sich aus folgenden Einzelbedarfsgruppen:

Abteilung 1 (Nahrungsmittel, alkoholfreie Getränke)
Abteilung 3 (Bekleidung und Schuhe)
Abteilung 4 (Wohnen, Energie und Wohnungsinstandhaltung)
Abteilung 5 (Innenausstattung, Haushaltsgeräte und -gegenstände)
Abteilung 6 (Gesundheitspflege)
Abteilung 7 (Verkehr)
Abteilung 8 (Nachrichtenübermittlung)
Abteilung 9 (Freizeit, Unterhaltung, Kultur)
Abteilung 10 (Bildung)
Abteilung 11 (Beherbergungs- und Gaststättendienstleistungen)
Abteilung 12 (Andere Waren und Dienstleistungen)

Die Abteilung 4 enthält **keine** Kosten für die Wohnungskaltmiete und Heizung.

2. Die Düsseldorfer Tabelle

Für Einkommen des barunterhaltspflichtigen Elternteils bis zu monatlich 5.100,00 € netto regelt die Düsseldorfer Tabelle in drei Altersgruppen für minderjährige Kinder und einer Gruppe für Volljährige den monatlich zu zahlenden Unterhaltsbetrag.

Die Tabelle wurde vor 50 Jahren erstmals von einer Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf entwickelt und später vom Oberlandesgericht Düsseldorf fortgeführt.

(Vgl. zur Geschichte der Düsseldorfer Tabelle den Aufsatz von **Otto**, „Brauchbares Instrument in Unterhaltssachen“ in FamRZ 2012, 837.)

Die Tabelle hat keine Gesetzeskraft, sondern ist nur eine (unverbindliche) Richtlinie, die allerdings flächendeckend von den Familiengerichten angewendet wird. Sie gibt den monatlichen Unterhaltsbedarf des Kindes an, bezogen auf **zwei** Unterhaltsberechtigte (seit 01.01.2010).

Die Vorteile der Tabelle für die anwaltliche und richterliche Praxis sind einleuchtend:

- Einfache Feststellung der Höhe des Unterhalts.
- Einheitliche Anwendung im gesamten Bundesgebiet.
- Möglichkeit der dynamischen Titulierung.
- Regelungsbereich vom Mindestunterhalt bis zum Nettoeinkommen von 5.100 € des Pflichtigen.
- Die Tabelle ist lediglich ein Hilfsmittel; es besteht grundsätzlich die Möglichkeit, im Einzelfall darzulegen, dass die Tabellensätze auf den konkreten Einzelfall nicht übertragbar sind.

Die Tabelle legt nur den Elementarbedarf des Kindes fest; keinen Mehr- und/oder Sonderbedarf.

3. Sonderbedarf und Mehrbedarf

Aus der grundlegenden Entscheidung des **BGH** vom 26.11.2008
(XII ZR 65/07 = FamRZ 2009, 1816):

> „Das sächliche Existenzminimum und dem folgend der Mindestbedarf eines Kindes beinhalten nicht die für den Kindergartenbesuch aufzubringenden Kosten. **Für den Betreuungs- und Erziehungsbedarf des Kindes, der über den existentiellen Sachbedarf hinaus notwendiger Bestandteil des familiären Existenzminimums ist sind vielmehr zusätzliche Mittel zu veranschlagen.** Die dem System der Bedarfsfestlegung immanente Abgrenzung dieses Bedarfs von demjenigen des sächlichen Bedarfs betrifft nicht nur den für ein Kind aufzubringenden Mindestunterhalt, sondern auch den bei günstigeren Einkommensverhältnissen des Barunterhaltspflichtigen geschuldeten höheren Unterhalt. **Auch den Mindestunterhalt übersteigende Unterhaltsbeträge decken grundsätzlich keinen wesensverschiedenen Aufwand ab, sondern zielen aufgrund der abgeleiteten Lebensstellung des Kindes auf eine Bedarfsdeckung auf höherem Niveau.** Danach ist die Annahme aber nicht gerechtfertigt, in höheren Unterhaltsbeträgen seien Kosten für den Besuch eines Kindergartens teilweise enthalten.“

Kommt in der Regel für den Grundbedarf nur der barunterhaltspflichtige Elternteil auf, sind für einen **Mehrbedarf** Haftungsanteile der Eltern zu bilden.

> „Für den Mehrbedarf haben beide Elternteile anteilig nach ihren Einkommensverhältnissen aufzukommen. Vor der Gegenüberstellung der jeweiligen Einkommen ist bei jedem Elternteil

grundsätzlich ein Sockelbetrag in Höhe des angemessenen Selbstbehalts abzuziehen. Durch einen solchen Abzug werden bei erheblichen Unterschieden der vergleichbaren Einkünfte die sich daraus ergebenden ungleichen Belastungen zugunsten des weniger verdienenden Elternteils relativiert." (**BGH** a.a.O.)

Gleiches gilt für etwaigen **Sonderbedarf**, dessen praktische Bedeutung der **BGH** allerdings mit seiner Entscheidung vom 15.02.2006 (XII ZR 4/04 = FamRZ 2006, 117) weitgehend zurückgefahren hat.

Der Leitsatz des BGH lautet:

„1. Sonderbedarf als unregelmäßiger außergewöhnlich hoher Bedarf liegt nur dann vor, wenn der Bedarf nicht mit Wahrscheinlichkeit vorauszusehen war und deshalb bei der Bemessung der laufenden Unterhaltsrente nicht berücksichtigt werden konnte.
2. Die Kosten für eine Konfirmation sind spätestens mit Beginn des Konfirmandenunterrichts absehbar und deswegen nicht überraschend i.S. von § 1613 Abs. 2 Nr. 1 BGB."

In den Entscheidungsgründen führt der Senat aus:

„Selbst ein außergewöhnlich hoher Bedarf steht dem Unterhaltsgläubiger neben dem laufenden Unterhalt dann nicht als Sonderbedarf zu, wenn er **mit Wahrscheinlichkeit voraussehbar** war und der Gläubiger sich deswegen darauf einstellen konnte. Das ist dem Unterhaltsgläubiger bei einem voraussehbaren Bedarf aber stets möglich.
Handelt es sich nicht um außergewöhnlich hohe Kosten, scheidet ein zusätzlich geschuldeter Sonderbedarf schon deswegen aus. Übersteigt der zusätzliche Bedarf hingegen diese Grenze, ist der Unterhaltsgläubiger zunächst gehalten, diesen durch Bildung von Rücklagen aus seinem laufenden Unterhalt zu decken. Selbst wenn die laufenden Unterhaltsleistungen eine solche Rücklage ausnahmsweise nicht ermöglichen, etwa weil sie nur den notwendigen Lebensbedarf abdecken, kann dieses den Charakter des zusätzlich aufgetretenen Bedarfs als langfristig absehbarer Unterhaltsbedarf nicht ändern. Auch in solchen Fällen kann der Unterhaltsberechtigte den mit Wahrscheinlichkeit voraussehbaren zusätzlichen Bedarf also nicht als Sonderbedarf verlangen."

Letztlich sind die meisten – bis dahin als Sonderbedarf angesehenen - Ausgaben aus der Entwicklung des Kindes heraus mit Wahrscheinlichkeit vorhersehbar. Das gilt nicht nur für die Kosten der Konfirmation und Kommunion eines getauften Kindes, sondern letztlich auch für alle Kosten, die während einer normal verlaufenden Schulausbildung üblicherweise anfallen, also Kosten von Schul- und Klassenfahrten sowie Abschlussfahrten am Ende der Schulausbildung.

Es ist praktisch unmöglich diese – erst sehr viel später anfallenden – Kosten so zu beziffern, dass sie bereits vorab als Mehrbedarf des Kindes mit dem laufenden Unterhalt geltend gemacht werden können. Wer will wann belegen, welche konkreten Aufwendungen für eine erst in einigen Jahren anfallende Konfirmationsfeier anfallen werden? Eine Rücklagenbildung aus dem laufenden Unterhalt ist selten möglich, jedenfalls nicht bei den unteren Gruppen der Düsseldorfer Tabelle.

Nimmt man die Rechtsprechung des BGH ernst, müssten Anwältinnen und Anwälte frühzeitig für alle denkbaren Mehrbedarfspositionen, die im Leben eines Kindes mit Wahrscheinlichkeit anfallen, einen monatlichen Anteil mit dem laufenden Unterhalt geltend machen. Die tatsächlich später anfallenden Kosten sind noch nicht bekannt. Ebenso ist es nicht möglich, die Haftungsverteilung zwischen den Eltern bei diesem „**langfristig** absehbaren Unterhaltsbedarf“ (BGH) für die gesamte Laufzeit bis zum Ereignis selbst festzustellen. Häufige Abänderungsverfahren sind also vorprogrammiert.

Es ergeben sich weitere Verfahrensprobleme daraus, dass Mehrbedarf nur ein unselbstständiger Teil des Kindesunterhalts ist und erst ab Verzug geschuldet wird, also nicht rückwirkend.

Liegt bereits eine Unterhaltsregelung vor, umfasst diese im Zweifel auch etwaigen Mehrbedarf. Für die Zukunft muss ein Abänderungsgrund vorliegen.

Durch diese Schwierigkeiten hat die Entscheidung des BGH vom 15.02.2006 dazu geführt, dass ein sehr großer Teil des üblichen Mehrbedarfs, der aus der Entwicklung jedes Kindes folgt, beim betreuenden Elternteil verbleibt. Es wird regelmäßig versäumt und ist praktisch kaum durchsetzbar, in der Zukunft liegende, aber voraussehbare Mehrausgaben gleich im ersten Unterhaltsverfahren geltend zu machen.

Zum Sonderbedarf noch eine im letzten Jahr veröffentlichte Entscheidung des **OLG Hamm** vom 21.12.2010 (FamRZ 2011, 1067), die an die zitierten BGH-Rechtsprechung anknüpft:

> „1. Sonderbedarf ist Teil des Lebensbedarfs i.S.d. § 1610 Abs. 2 BGB und dient nicht der Finanzierung unnötiger Aufwendungen. Es muss sich um die Deckung notwendiger Lebensbedürfnisse handeln, wobei auf die Sicht eines objektiven Betrachters unter Berücksichtigung der konkreten Lebensumstände abzustellen ist. Die Teilnahme an einem deutlich über eine Schulveranstaltung hinausgehenden Angebot eines Schüleraustauschs mit China kann nicht als notwendig angesehen werden.
> 2. Unregelmäßig i.S.v. § 1613 Abs. 2 Nr. 1 BGB ist nur der Bedarf, der nicht mit Wahrscheinlichkeit vorauszusehen war und deswegen bei Bemessung der laufenden Unterhaltsrente nicht berücksichtigt werden konnte.“

Zu den Kosten einer kieferorthopädischen Behandlung als Sonderbedarf hat sich das **OLG Frankfurt** in einer Entscheidung vom 21.07.2010 (FamRZ 2011, 570) geäußert:

> „1. Die Kosten einer von der Krankenversicherung nicht erstatteten kieferorthopädischen Behandlung stellen unterhaltsrechtlichen Sonderbedarf dar.
> 2. Voraussetzung ist jedoch, dass die Entscheidung zur Vornahme der Behandlung im Einvernehmen mit dem barunterhaltspflichtigen Elternteil getroffen wurde oder zahnmedizinisch indiziert war. Die Beweislast hierfür trägt der Unterhaltsberechtigte.“

Eine Abgrenzung zwischen Grundbedarf des Kindes und Mehrbedarf bei Kosten einer Privatschule, Kinderhortkosten, Verpflegungskosten und sonstigen Betreuungskosten mit der jeweiligen Haftung der Eltern (auch im Außenverhältnis) hat das **OLG Naumburg** in folgendem Fall vorgenommen:

M und F haben zwei Kinder, die eine private Grundschule und den angeschlossenen Kinderhort besuchen. Es fallen Zahlungen für Schulgeld und Hortkosten an. Die Verträge sind von M und F gemeinsam unterzeichnet worden.
M und F trennen sich. Die Kinder leben bei F, die seit der Trennung die Kosten insgesamt trägt. Es gibt einen Vergleich über die Unterhalts-zahlungspflicht des M.
F macht nun die hälftigen Kosten für die Vergangenheit und Zukunft nach § 426 BGB geltend.

Die Leitsätze der Entscheidung vom 22.09.2011 (FamRZ 2012, 1056) lauten:

> „1. **Schulgeld** ist unterhaltsrechtlicher **Mehrbedarf** des Kindes, für den die Eltern im Verhältnis ihrer Einkünfte haften. Ein Gesamtschuldnerausgleich zwischen den Eltern findet nicht statt, auch dann nicht, wenn die Eltern den Schulvertrag gemeinsam abgeschlossen haben. In Betracht kommt grundsätzlich nur der familienrechtliche Ausgleichsanspruch des Elternteils, der das Schulgeld gezahlt hat. Voraussetzung für den Ausgleichsanspruch ist, dass der Ausgleichsschuldner in Verzug gesetzt wurde oder dass der Ausgleichsanspruch rechtshängig war.
>
> 2. **Kosten des Schulhorts** sind **Mehrbedarf** des Kindes, **wenn** der Hortbesuch im Interesse des Kindes (etwa aus pädagogischen Gründen) **geboten** ist. Kein Mehrbedarf sind diese Kosten, soweit deren Aufwendung erforderlich ist, um dem betreuenden Elternteil eine Erwerbstätigkeit zu ermöglichen.
>
> 3. Sofern die Eltern den Hortvertrag gemeinsam geschlossen haben, unterliegen diese Kosten dem Gesamtschuldnerausgleich entsprechend der gesetzlichen Regelung zu gleichen Anteilen, sofern zwischen den beteiligten Eltern, etwa über eine Regelung/Vereinbarung über den Ehegattenunterhalt, nicht etwas anderes bestimmt worden ist.“

Daraus folgt als Schema:

Trifft ein Elternteil alleine kostenauslösende Entscheidungen, ergeben sich auch sorgerechtliche Probleme:

- Die Entscheidungsbefugnis über kostenauslösenden Schul/Kinder-gartenbesuch haben bei gemeinsamer Sorge die Eltern gemeinsam; kein Fall der Alltagssorge.
- Ggf. Entscheidung nach § 1628 BGB herbeiführen.
- Bei alleiniger elterlicher Sorge oder Entscheidung nach § 1628 BGB müssen wichtige Gründe und wirtschaftliche Zumutbarkeit vorliegen, um anteilige Mithaftung auszulösen.

4. Der ‚arme' Pflichtige

Die verfassungsrechtlichen Grenzen, die die Familiengericht zu beachten haben, wenn sie einem Unterhaltsschuldner ein fiktives Einkommen zurechnen, hat das **Bundesverfassungsgericht** in mehreren Entscheidungen recht deutlich umrissen.

Wichtig sind insbesondere die folgenden Entscheidungen

1 BvR 2867/11 = FamRB 2012, 266
1 BvR 1530/11 = FamRZ 2012, 1283
1 BvR 774/10 = NJW 2012, 2420
1 BvR 2236/09 = FamRZ 2010, 626
1 BvR 2236/06 = FamRZ 2007, 273

Am 18.06.2012 hat das Bundesverfassungsgericht drei Beschlüsse verkündet, durch die es Entscheidungen von Oberlandesgerichten aufgehoben hat, die sich nicht an die vom Verfassungsgericht in den Vorentscheidungen gezogenen Grenzen gehalten haben.

Die unterhaltsrechtlich relevanten Grundsätze des **BVerfG** lauten:

> „1. ... Überschreitet der ausgeurteilte Unterhalt die Grenze des Zumutbaren, so verletzt die Beschränkung der Dispositionsfreiheit des Verpflichteten als Folge der Unterhaltsansprüche das Grundrecht aus Art 2 Abs 1 GG.
> 2a. ... (Es) ist nicht zu beanstanden, hierbei auch fiktiv erzielbare Einkünfte zu berücksichtigen, wenn der Unterhaltsverpflichtete eine ihm mögliche und zumutbare Erwerbstätigkeit unterlässt, obwohl er diese "bei gutem Willen" ausüben könnte.
> 2b. Die Zurechnung fiktiver Einkünfte setzt neben dem Fehlen subjektiver Erwerbsbemühungen des Unterhaltsschuldners voraus, dass die zur Erfüllung der Unterhaltspflichten erforderlichen Einkünfte für den Verpflichteten objektiv überhaupt erzielbar sind. Dies hängt ua von persönlichen Voraussetzungen sowie vom Vorhandensein entsprechender Arbeitsstellen ab.“

Das Verfassungsgericht rügt jedes „ohne tragfähige Begründung“ von den Familiengerichten fiktiv unterstellte Einkommen, das sich nicht konkret

- an den persönlichen Voraussetzungen und Möglichkeiten des Pflichtigen und
- den tatsächlichen Gegebenheiten des Arbeitsmarkts orientiert.

Daraus folgt:

Das Familiengericht hat bei einer fiktiven Zurechnung von Einkommen zunächst die individuellen Verhältnisse des Pflichtigen zu beachten (Ausbildung, frühere Arbeitsstellen, Gründe für Arbeitslosigkeit, Gesundheit, Alter).
Es hat dann nach den objektiven Kriterien des Arbeitsmarkts, ggf. auch nach den früher erzielten Einkünften des Pflichtigen dessen zur Zeit tatsächlich erzielbares Einkommen zu ermitteln und dies auch in seiner Entscheidung konkret zu begründen.

Aber:

Das ändert nichts an der Darlegungs- und Beweispflicht des Unterhaltsschuldners für seine Erwerbsbemühungen und für seine erzielbaren Einkünfte. Je weniger er dazu vorträgt, desto größer wird der Spielraum für die Bewertung durch das Gericht.

Insbesondere zu den **subjektiven** Voraussetzungen muss der Pflichtige ausreichend vortragen, um eine Basis für die Einschätzung durch das Familiengericht zu schaffen.

Das **OLG Köln** hat in einer Entscheidung vom 30.07.2012 (4 UF 49/12 = FamFR 2012, 439; Volltext bei juris) die Voraussetzungen für den Vortrag

ausreichender Bemühungen um einen Arbeitsplatz präzisiert. In dem Beschluss heißt es:

> „So kann sich der Antragsteller nicht auf die zu den Akten gereichte CD berufen, aus der sich ergeben soll, dass umfangreiche geeignete Erwerbsbemühungen erfolglos geblieben sind. Der Senat bleibt dabei, dass die Vorlage einer CD keinen konkreten geeigneten Sachvortrag ersetzen kann. Dies gilt in gleicher Weise für die Vorlage nicht schriftsätzlich aufbereiteter Auflistungen von Bewerbungsschreiben. Voraussetzung für die Prüfung der Beachtlichkeit ausreichender, aber erfolglos gebliebener Erwerbsbemühungen ist, dass nach Art und Umfang qualifizierte Bewerbungsschreiben verfasst worden sind. Desweiteren sind Gründe vorzutragen, warum solche qualifizierten Erwerbsbemühungen nicht zum Erfolg geführt haben. Dabei ist beim Antragsteller davon auszugehen, dass er durchaus beruflich qualifiziert ist und insofern gerade auch im Hinblick auf den sich bessernden Arbeitsmarkt durchaus Vermittlungschancen bestanden und weiterhin bestehen. … All dies lässt nachprüfbaren schriftsätzlich aufbereiteten Sachvortrag vermissen."

Häufig werden Unterhaltsschuldner neben Einkommen aus einer vollen Erwerbstätigkeit noch fiktive Einkünfte aus einer Nebentätigkeit zugerechnet, wenn das Einkommen aus dem Haupterwerb nicht ausreicht, um den Unterhalt minderjähriger Kinder zu decken. Auch dazu hat sich das **Bundesverfassungsgericht** in den zitierten Entscheidungen vom 18.06.2012 geäußert.

Bei der Zurechnung von Einkünften aus Aushilfstätigkeiten neben einer vollen Erwerbstätigkeit ist das Arbeitszeitgesetz zu beachten. Maximal sind danach 48 Wochenstunden erlaubt. D.h. zusätzlich zu einer vollen 40-Stunden-Tätigkeit sind höchstens noch weitere 8 Stunden pro Woche zumutbar.

Der Pflichtige hat ein Recht auf angemessene Freizeit und Wahrnehmung anderer zeitlicher Verpflichtungen neben der Arbeit (z.B. Umgang mit seinen Kindern, neue Ehe).

- Seine Lebenssituation muss also eine Nebentätigkeit zulassen (im Zweifel zu bejahen).
- Die Nebentätigkeit muss arbeitsrechtlich zulässig sein.
- Der Nebentätigkeit dürfen objektiv keine gesundheitlichen Beeinträchtigungen entgegenstehen.

Der Pflichtige hat dazu konkret vorzutragen und ist beweispflichtig.

Zu der unkritischen Zurechnung von fiktiven Nebeneinkünften durch die Familiengerichte hat sich schon am 03.12.2008 der **BGH** geäußert (XII ZR 182/06 = FamRZ 2009, 314):

> „Im Rahmen der Zurechnung fiktiver Nebenverdienste ist weiterhin zu prüfen, ob und in welchem Umfang es dem Unterhaltspflichtigen unter Abwägung seiner von ihm darzulegenden besonderen Lebens- und Arbeitssituation einerseits und der Bedarfslage des

Unterhaltsberechtigten andererseits zugemutet werden kann, eine Nebentätigkeit auszuüben. ...
Völlig unberücksichtigt hat das Berufungsgericht gelassen, dass der Beklagte der Vater des Klägers und eines weiteren Kindes ist und Art. 6 Abs. 2 GG ihm nicht nur das Recht zum Umgang einräumt, sondern auch eine entsprechende Pflicht auferlegt. Schließlich ist zu berücksichtigen, dass der Beklagte wieder allein lebt und auch seinen Haushalt allein führen muss."

5. Der ‚reiche' Pflichtige

Wie ist der Kindesunterhalt zu ermitteln, wenn der Pflichtige ein (sehr viel) höheres Einkommen hat als 5.101 € netto monatlich?

Fall (nach OLG Schleswig, FamRZ 2012, 990):

M hat ein Monatsnetto von 20.000 €.
F hat ein Einkommen von 1.500 €.
M und F waren nicht verheiratet.
K hat nie im Haushalt des M gelebt.
Wonach richtet sich der Unterhaltsbedarf von K?

Da Kinder – solange sie ihre Ausbildung nicht abgeschlossen haben – noch nicht über eine eigene Lebensstellung verfügen, leitet sich ihr Unterhaltsbedarf aus den Lebensverhältnissen der Eltern ab.

„Auch bei höherem Elterneinkommen muss sichergestellt bleiben, dass Kinder in einer ihrem Alter entsprechenden Weise an einer Lebensführung teilhaben, die der besonders günstigen wirtschaftlichen Situation ihrer Eltern entspricht, an die sie sich vielfach im Zusammenleben mit ihren Eltern gewöhnt haben werden und die ihnen auch nach einer Trennung der Eltern grundsätzlich erhalten bleiben soll."
BGH vom 13.10.1999 (XII ZR 16/98 = FamRZ 2000, 358)

Leben die Eltern getrennt, dann richtet sich der Bedarf grundsätzlich nach den (meist besseren) Einkommensverhältnissen des barunterhaltspflichtigen, nicht betreuenden Elternteils.

Allerdings können die Höchstsätze der Stufe 10 der Düsseldorfer Tabelle nicht einfach linear fortgeschrieben werden nach dem Einkommen des Pflichtigen.

Es gilt der Satz, dass Kinder zwar am gehobenen Lebensstandard teilnehmen, aber kein Anspruch auf Teilhabe am Luxus besteht. Deshalb gestatten die Familiengerichte in der Praxis – so es nicht zu einem Elternvergleich kommt – nur eine sehr maßvolle Erhöhung der Beträge aus der höchsten Tabellenstufe.

„Die Bemessung des Unterhaltsbedarfs eines minderjährigen Kindes gegenüber dem in besten Vermögensverhältnissen lebenden Elternteil darf weder einem gedeihlichen Eltern-Kind-Verhältnis entgegenwirken noch dazu führen, die Lebensstellung des Elternteils anzuheben, bei dem das Kind lebt. Dementsprechend ist bei einer Erhöhung des Kindesunterhalts über die Höchstsätze der Düsseldorfer Tabelle hinaus **vorsichtig** vorzugehen, und der Unterhaltsbedarf auch bei Einkünften deutlich über dem Einkommensbereich der Tabelle **nur maßvoll** anzuheben."
OLG Hamm in FamRZ 2010, 2080

Das **OLG Schleswig** (FamRZ 2012, 990) und das **OLG Hamm** (FamFR 2012, 390 = NJW-Spezial 2012, 612; Volltext bei juris) gehen bei der Berechnung des konkreten Bedarfs eines Kindes wie folgt vor:

„Der Düsseldorfer Tabelle liegt der Mindestunterhalt gem. § 1612a BGB zugrunde. Dieser beruht wiederum auf dem sächlichen Existenzminimum des Kindes gemäß § 32 EStG. Den Mindestunterhalt schreibt die Düsseldorfer Tabelle in Abhängigkeit vom Einkommen des Barunterhaltspflichtigen (hier: des Beklagten), von dessen Einkommensverhältnissen die Klägerin ihre Lebensstellung ableitet (§ 1610 BGB), fort. Die Maßgröße für das steuerlich freizustellende sächliche Existenzminimum eines Kindes ist der sozialhilferechtliche Mindestsachbedarf. Dieses sächliche Existenzminimum wird von der Bundesregierung alle zwei Jahre in einem Existenzminimumbericht auf der Grundlage der durchschnittlichen sozialhilferechtlichen Regelsätze der Bundesländer und statistischer Berechnungen der durchschnittlichen Aufwendungen für Wohn- und Heizkosten ermittelt. Der aktuelle Existenzminimumsbericht datiert vom 30. Mai 2011 (BT-Drucks. 17/5550 S. 5ff.). Die Frage, welche Aufwendungen der dem sächlichen Existenzminimum entsprechende Mindestbedarf abdeckt, ist danach unter Heranziehung der §§ 27 ff. SGB XII sowie der Verordnung zur Durchführung des § 28 SGB XII (Regelsatzverordnung) bzw. mit Wirkung zum 1.1.2011 des Regelbedarfs-Ermittlungsgesetzes zu beantworten. Der Senat erachtet es als ausreichend, als Schätzgrundlage nach § 287 ZPO für den streitgegenständlichen Zeitraum zur Ermittlung des Regelbedarfs die in § 6 Regelbedarfs-Ermittlungsgesetz (RBEG) genannten regelbedarfsrelevanten Verbrauchsausgaben für Kinder vom Beginn des 7. bis zur Vollendung des 14. Lebensjahres zugrunde zu legen. Der sich daraus ergebende Regelbedarf ist zu dem tatsächlich geschuldeten Unterhalt ins Verhältnis zu setzen. Dabei ist davon auszugehen, dass auch den Mindestunterhalt übersteigende Unterhaltsbeträge grundsätzlich keinen wesensverschiedenen Aufwand abdecken, sondern aufgrund der abgeleiteten Lebensstellung des Kindes auf eine Bedarfsdeckung auf höherem Niveau zielen. Zu berücksichtigen ist zunächst allerdings, dass im Regelbedarf der Bedarf für Unterkunft und Heizung nicht enthalten ist (vgl. § 27 Abs. 2 i.V.m. §§ 35f. SGB XII). Dieser kann mit 20% des Tabellenunterhalts geschätzt werden; er beträgt also bei einem Tabellenunterhalt von 682,- € insgesamt 136,40 €." (OLG Hamm, a.a.O.)

Ausgehend von dem Existenzminimum ermitteln die Senate – geringfügig voneinander abweichend – folgende Bedarfssätze für die regelbedarfsrelevanten Verbrauchsausgaben gemessen an der Höchststufe der Düsseldorfer Tabelle:

		Stufe 10	Stufe 10
	Mindestunterhalt	**OLG Schleswig**	**OLG Hamm**
Nahrungsmittel, Getränke	**96,55**	**201,00**	**219,20**
Bekleidung, Schuhe	33,32	70,00	75,65
Wohnen, Energie (ohne Kaltmiete und Heizung)	11,07	23,00	25,13
Innenausstattung, Haushaltsgeräte	11,77	25,00	26,72
Gesundheitspflege	4,95	10,00	11,24
Verkehr	14,00	29,00	31,78
Nachrichtenübermittlung	15,35	32,00	34,85
Freizeit, Unterhaltung, Kultur	41,33	86,00	93,83
Bildung	1,16	3,00	2,63
Beherbergung, Gaststätten	3,51	7,00	7,97
andere Waren und Dienstleistungen	7,31	15,00	16,60
Unterkunft	70,00	146,00	
Heizkosten	17,00	35,00	
Gesamt	327,32	**682,00**	545,60
Unterkunft und Heizung (20% Tabellenbetrag)			136,40
			682,00

Anhand dieser Bedarfssätze ist dann anwaltlich vorzutragen und zu belegen, wo und in welchem Umfang der konkrete Bedarf des Kindes über die schon im Betrag der Stufe 10 enthaltenen Beträge hinausgeht.

- Es ist für jede der angegebenen 13 Positionen der tatsächliche Bedarf darzulegen, soweit er über den Höchstsatz gemäß der Stufe 10 hinausgeht.

- An die Darlegungslast dürfen keine übertrieben hohen Anforderungen gestellt werden.

- Es reicht aus, die besonders kostenintensiven Bedürfnisse darzulegen und zu belegen.

- Das Gericht kann unter Zuhilfenahme allgemeinen Erfahrungswissens die angemessene Höhe nach § 287 ZPO bestimmen.

Für Mehr- und Sonderbedarf gelten allerdings die allgemeinen Haftungsregeln, so dass also insoweit auch der betreuende Elternteil anteilig haftet.

In seiner Entscheidung hat das **OLG Schleswig** eine Mithaftung der betreuenden Mutter für Sonderbedarf allerdings abgelehnt, weil die Quote bei nur 1% gelegen hätte und das Einkommen des Vaters mit 20.000 € netto monatlich so hoch war, dass der Senat der Mutter mit einem Einkommen von nur 1.300 € keine Mithaftung ansinnen wollte.

Sehr einschränkend ist auch das **OLG Brandenburg** mit der Forderung nach einem konkreten Unterhalt in Höhe von jeweils 800 € für zwei minderjährige Kinder umgegangen, deren Vater ein Nettoeinkommen von rund 16.000 € monatlich haben soll (FamRZ 2012, 1399). Es hat lediglich den Höchstbetrag der Düsseldorfer Tabelle und für ein Kind einen Mehrbedarf von monatlich 25 € wegen der Kosten zuerkannt, die aufgrund der starken Fehlsichtigkeit des Kindes entstehen. Mehrkosten für „sehr markenorientierte und damit teure Bekleidung“, eine Lerntherapie, aufwändige Urlaube sowie zusätzlichen Aufwand für Sportbekleidung und ein BMX-Rad hat der Senat – auch wegen mangelnder Substantiierung des Bedarfs – nicht anerkannt. In der Entscheidung heißt es u.a.

> „Welche Bedürfnisse des Unterhaltsberechtigten auf dieser Grundlage zu befriedigen sind und welche Wünsche demgegenüber als bloße Teilhabe am Luxus nicht erfüllt werden müssen, kann nicht allgemein gesagt, sondern nur unter Würdigung der besonderen Verhältnisse des Betroffenen - namentlich auch einer Gewöhnung des Unterhaltsberechtigten an einen von seinen Eltern während des Zusammenlebens gepflegten aufwändigen Lebensstil - festgestellt werden. Diese Gesamtumstände und Bedürfnisse müssen nach Maßgabe der vorstehend angeführten Grundsätze vom Unterhaltsberechtigten näher dargelegt werden. Dies gilt umso mehr im hier vorliegenden Fall, in dem der Antragsgegner durchaus nicht unberechtigt die Sorge hegt, dass aus dem Kindesunterhalt auch der Lebensbedarf der Antragstellerin selbst (teilweise) gedeckt werden soll.
>
> …
>
> H… war im Zeitpunkt der Trennung der Eltern knapp 10 Jahre alt, also kein Kleinkind mehr, und kann deshalb an einem aufwändigeren familiären Lebensstil aufgrund besonders guter wirtschaftlicher Verhältnisse durchaus bewusst teilgenommen haben, so dass im Grundsatz die Voraussetzungen dafür vorliegen, dass dieser - gewohnte - Lebensstil ihm als angemessener Bedarf erhalten bleiben muss. Bei den Anforderungen an die Darlegung eines solchen mit Blick auf eine weitergehende Leistungsfähigkeit des Verpflichteten beanspruchten besonderen Unterhalts(mehr)bedarfs darf allerdings nicht übersehen werden, dass mit dem höchsten Tabellenbetrag schon eine reichlich bemessene Befriedigung des allgemeinen Bedarfs besteht, es also um einen noch darüber hinausgehenden besonders hohen Unterhaltsbedarf geht, der einer entsprechend dezidierten Begründung bedarf.“

6. Kindesunterhalt beim Wechselmodell

Zunächst bedarf es einer Abgrenzung:

- Liegt tatsächlich Wechselmodell vor oder nur Mitbetreuung, die über das ‚übliche‘ Umgangsrecht hinausgeht?

- Hat der Umgangsberechtigte dadurch konkreten Mehraufwand, aus dem Kostenersparnisse des anderen Elternteils resultieren?

Fall (nach **BGH** vom 28.02.2007, XII ZR 161/04 = FamRZ 2007, 707)

M hat im Durchschnitt die Betreuung der Kinder an 5 von 14 Tagen übernommen. Die Kinder halten sich von mittwochs abends bis montags morgens bei M auf und wechseln nach der Schule in den Haushalt der M, wo sie bis zum Mittwochabend der folgenden Woche bleiben.
Dies entspricht einem Betreuungsanteil von etwas mehr als 1/3 (gerundet 36 %).
Wird dadurch die M mit barunterhaltspflichtig?

Wird der Bedarf der Kinder durch den Aufenthalt bei M anderweitig gedeckt?

„Auch wenn er (der Vater) - über den zeitlichen Einsatz hinaus - den entsprechenden Anteil der insgesamt anfallenden Betreuungsleistungen wahrgenommen haben sollte, ... reicht das nicht aus, um von einer etwa hälftigen Aufteilung der Erziehungs- und Betreuungsaufgaben auszugehen. Vielmehr läge das Schwergewicht der Betreuung auch dann eindeutig bei der Mutter. Die Eltern praktizieren somit keine Betreuung in einem Wechselmodel mit im Wesentlichen gleichen Anteilen. Deshalb kommt die Mutter ihrer Unterhaltspflicht gegenüber den Klägerinnen gemäß § 1606 Abs. 3 Satz 2 BGB durch deren Betreuung nach. Eine anteilige Barunterhaltspflicht besteht für sie nicht. …

Von einer teilweisen Bedarfsdeckung kann im vorliegenden Fall nicht ausgegangen werden. Dass der Beklagte seinerseits den Wohnbedarf der Kinder in der Zeit, in der diese sich bei ihm aufhalten, bestreitet, mindert deren - ohne Berücksichtigung dieser Mehrkosten ermittelten - Bedarf nicht. Denn in den Tabellensätzen sind nur die bei einem Elternteil anfallenden Wohnkosten enthalten. Eine - unterhaltsrechtlich erhebliche - teilweise Bedarfsdeckung durch die Verpflegung der Klägerinnen durch den Beklagten kann ebenso wenig angenommen werden. Die im Rahmen üblicher Umgangskontakte von etwa fünf bis sechs Tagen monatlich gewährte Verpflegung führt nicht zu Erstattungsansprüchen des besuchten Elternteils, vielmehr hat dieser die üblichen Kosten, die ihm bei der Ausübung des Umgangsrechts entstehen, grundsätzlich selbst zu tragen. Die Verpflegung während weiterer vier bis fünf Tage führt aber nicht zu nennenswerten Ersparnissen des anderen Elternteils."
(**BGH** a.a.O.)

Das „echte" Wechselmodell setzt also nach BGH eine etwa hälftige Aufteilung der Kinderbetreuung durch beide Eltern voraus.

Aus Wechselmodell folgt gleichzeitig die Erwerbsverpflichtung beider Eltern.

Bei Unterhaltsverfahren ist zu beachten, dass weder die alleinige Vertretung noch eine Verfahrensstandschaft für das Kind durch einen Elternteil möglich, da es an der „Obhut" fehlt (vgl. § 1629 II, III BGB).

Bei Streitigkeiten über Unterhalt ist also eine vorherige Entscheidung nach § 1628 BGB erforderlich.

Für die Unterhaltsberechnung sollen folgende Grundsätze gelten:

- Der Bedarf des Kindes richtet sich nach dem beiderseitigen Einkommen der Eltern.
- Es ist zu prüfen, ob durch das Wechselmodell ein erhöhter Bedarf entsteht (Wohn- und Fahrtkosten).
- Der Gesamtbedarf ist um das (volle) Kindergeld zu kürzen.
- Der ungedeckte Bedarf ist anteilig von den Eltern nach ihren Einkünften zu tragen (bereinigt um angemessenen Selbstbehalt).
- Erbrachte Leistungen werden auf den Anteil angerechnet.
- Es erfolgt eine Ausgleichszahlung.

Fall (nach **Klinkhammer** in Wendl/Dose, 8. Auflage, § 2, Rdnr. 450):

M und F betreuen Kind (5 J.) jeweils hälftig.
M hat Einkommen von 2.500 €, F hat 2.000 €.
Bei M entstehen Mehrkosten für Wohnung von 70 € und Fahrtkosten von 50 €, die er trägt. M trägt auch krankheitsbedingten Mehrbedarf 130 €.
F bezieht das Kindergeld. Sie trägt die Kindergartenkosten mit 285 € (inkl. 70 € Essensgeld) sowie die gesamten Kleidungskosten mit 70 €.

Lösung nach **Klinkhammer**:

a) Bedarf von K = Stufe 9 aus 4.500 € Elterneinkommen =
482 € abzgl. volles Kindergeld = 298 €.

Mehrbedarf durch Wechselmodell:

Wohnkosten	70 €
Fahrtkosten	50 €
Krankheitskosten	130 €
Kindergartenkosten	285 €
abzgl. Essensgeld	- 70 €
Gesamtmehrbedarf also	465 €

Gesamtbedarf des Kindes 763 €

b) Aufteilung des Gesamtbedarfs zwischen den Eltern:

Anteil M: 2500-1150 = 1350
Anteil F: 2000-1150 = 850

Anteil M = 1350 / (1350+850)*763 = 468
Anteil F = 850 / (1350+850)*763 = 295

M hat zu tragen: 468 - 130 - 70 - 50 = 218
F hat zu tragen: 295 - 70 - 285 + 92 = 32

Ausgleichszahlung M an F:
(218 - 32) / 2 = 93

In der Literatur finden sich in diesem Jahr einige Aufsätze mit teilweise abweichenden Berechnungsvorschlägen, deren Praktikabilität fraglich ist.

- **Bausch/Gutdeutsch/Seiler**, Die unterhaltsrechtliche Abrechnung des Wechselmodells, FamRZ 2012, 258

- **Wohlgemuth**, Barunterhalt eines Kindes und Haftungsquoten der Eltern bei Betreuungsaufteilung, FuR 2012, 218
- **Gutdeutsch**, Unterhaltsrechtlicher Ausgleich bei Mitbetreuung des Kindes, FamRB 2012, 250
- **Wohlgemuth**, Kindesunterhalt und familienrechtlicher Ausgleich beim Wechselmodell, FuR 2012, 401

7. Barunterhaltspflicht trotz Kindesbetreuung

Wann und in welchem Umfang wird der – besserverdienende – betreuende Elternteil nach § 1603 II 3 BGB barunterhaltspflichtig?

Grundlegend dazu der **BGH** in seiner Entscheidung vom 31.10.2007 (XII ZR 112/05 = FamRZ 2008, 137):

> „Die gesteigerte Unterhaltspflicht gegenüber minderjährigen und privilegierten volljährigen Kindern entfällt nach § 1603 Abs. 2 Satz 3 BGB zwar dann, wenn ein anderer leistungsfähiger Verwandter vorhanden ist. Im Gegensatz zur Rechtsauffassung des Berufungsgerichts erfasst dies aber nicht die gesamte Unterhaltspflicht, sondern lediglich die gesteigerte Unterhaltspflicht nach § 1603 Abs. 2 Satz 1 und 2 BGB. Ist also ein anderer leistungsfähiger Verwandter im Sinne des § 1603 Abs. 2 Satz 3 BGB vorhanden, entfällt die Unterhaltspflicht nur insoweit, als der Unterhaltspflichtige nicht in der Lage ist, den Unterhalt zu leisten, ohne seinen eigenen angemessenen Unterhalt zu gefährden (§ 1603 Abs. 1 BGB). Die Haftung mit Einkünften, die den eigenen angemessenen Unterhalt übersteigen, bleibt davon unberührt."

Das **OLG Brandenburg** hatte einen Fall zu entscheiden, in dem die betreuende Kindesmutter ein erheblich höheres Einkommen als der (eigentlich) barunterhaltspflichtige Vater bezog. Aus der Entscheidung vom 12.06.2012 (FamRZ 2012, 344):

> „Der Grundsatz der Gleichwertigkeit von Barunterhalt und Betreuung gilt nicht uneingeschränkt. ... Eine andere Reglung ist angezeigt, wenn die Einkünfte der Eltern derart voneinander abweichen, dass die Inanspruchnahme des grundsätzlich barunterhaltspflichtigen Elternteils zu einem erheblichen finanziellen Ungleichgewicht führen würde. Ein derartiges Ungleichgewicht liegt dann vor, wenn das bereinigte Nettoeinkommen des kinderbetreuenden Elternteils bei 5.700 Euro liegt, das des anderen Elternteils dagegen lediglich 1.500 Euro beträgt. Der kinderbetreuende Elternteil ist in diesem Fall verpflichtet, den gesamten Barunterhaltsbedarf des Kindes zu tragen. …
> Die Mutter des Antragstellers verfügt nach ihrem eigenen Vortrag über ein monatliches Nettoeinkommen von 6.500 €, von dem nach Abzug der Beiträge zur Alters- und Krankenvorsorge von 800 € noch 5.700 € verbleiben. ...
> Damit stehen nach Abzug des angemessenen Selbstbehalts von 1.150 € auf Seiten der Mutter 4.550 € (=5.700 € - 1.150 €), auf Seiten des Antragsgegners nur 350 € (=1.500 € fiktives Einkommen - 1.150 €) für den Kindesunterhalt zur Verfügung. Dem Antragsgegner verbliebe etwa 1/10 des Betrages, der der Mutter verbleibt. Mithin besteht ein so gravierendes Ungleichgewicht zwischen den Einkünften der Mutter und dem fiktiven

Einkommen des Antragsgegners, dass nicht nur die gesteigerte Erwerbspflicht entfällt bzw. der Unterhaltsanspruch auf das den angemessenen Selbstbehalt übersteigende Einkommen beschränkt ist, sondern die Barunterhaltspflicht des Antragsgegners sogar **vollständig** entfällt."

Es ist m.E. fraglich, ob der barunterhaltspflichtige, wenn auch nur teilweise leistungsfähige Elternteil insgesamt aus seiner Haftung entlassen werden kann, nur weil der betreuende Elternteil über ein wesentlich höheres Einkommen verfügt. Nach meiner Ansicht folgt aus dem Grundsatz des § 1603 II 1 BGB, der den Einsatz „**aller** verfügbaren Mittel" fordert, dass bis zur Grenze des Selbsthalts verfügbares Einkommen zu leisten ist.

8. Obhutwechsel des minderjährigen Kindes

Fall:

Zwischen den geschiedenen Eltern ist ein Verfahren über den Unterhalt für die minderjährige Tochter rechtshängig.
Die Tochter wechselt im Laufe des Verfahrens vom Vater, der als ihr gesetzlicher Vertreter den Antrag hat einreichen lassen, in den Haushalt der Mutter.
Die Eltern besitzen das gemeinsame Sorgerecht.
Das Familiengericht hat eine Unterhaltsentscheidung gegen die Mutter getroffen.

Im Fall des Obhutwechsels eines minderjährigen Kindes getrennt lebender oder geschiedener Eheleute ergeben sich erhebliche Probleme aus § 1629 II 2, III 1 BGB.

Zunächst ist zu klären, was unter dem Begriff ‚Obhut' zu verstehen ist. Der Begriff stammt aus § 42 SGB VIII (früher: § 51 II JWG) und stellt auf ein tatsächliches Betreuungsverhältnis ab.

Ein solches besteht auch, wenn sich das Kind z.B. in einem Internat oder bei sonstigen Dritten (Verwandten) aufhält. Auch ein längerer Ferienaufenthalt des Kindes beim nicht betreuenden Elternteil ändert nichts an der Obhut.

Probleme ergeben sich beim echten Wechselmodell. Ist kein Schwerpunkt in der tatsächlichen Betreuung zu ermitteln, scheidet § 1629 II 2 BGB aus. Hier muss entweder eine Entscheidung nach § 1628 BGB herbeigeführt oder ein Pfleger für das Kind bestellt werden.

Die Darlegungs- und Beweislast trifft den, der sich auf die Obhut beruft.

Sind die Eltern des Kindes noch nicht geschieden, muss der das Kind betreuende Elternteil dessen Unterhaltsansprüche in Verfahrensbeistandschaft geltend machen, d.h. im eigenen Namen.

Die Stellung als Verfahrensbeistand kann **während des laufenden Unterhaltsverfahrena** entfallen durch

a) Eintritt der Rechtskraft der Scheidung der Eltern,
b) Eintritt der Volljährigkeit des Kindes,
c) Feststellung der Nichtabstammung des Kindes,
d) Obhutwechsel.

Die verfahrensrechtlichen Konsequenzen sind durchaus verschieden:

a) Mit Eintritt der Rechtskraft der Scheidung der elterlichen Ehe müsste eigentlich die Stellung als Verfahrensstandschaft entfallen. Der **BGH** hat allerdings in seiner Entscheidung vom 15.11.1989 (FamRZ 1990, 283) nach dem Rechtsgedanken des § 265 I 1 ZPO die Verfahrensstandschaft bis zum Ende des Unterhaltsverfahrens, also auch für die Beschwerdeinstanz, weiter geltend lassen, soweit bis dahin das Sorgerecht dem Verfahrensstandschaftler verbleibt.

b) Dagegen erlischt die Verfahrensstandschaft mit Eintritt der Volljährigkeit des Kindes. Und zwar **rückwirkend** für das gesamte Verfahren. Das Kind tritt automatisch – ohne dass es einer Zustimmung des Verfahrensgegners bedarf – als neue Partei in den Rechtsstreit ein. Der Verfahrensstandschaftler scheidet aus dem Verfahren aus.

Tritt die Volljährigkeit nach Erlass einer erstinstanzlichen Entscheidung ein, kann nur noch das Kind das Rechtsmittel einlegen. Das Rechtsmittel des unterhaltspflichtigen Elternteils ist nur noch gegen das Kind zu richten ebenso wie spätere Abänderungsanträge.

Die Vollstreckung aus einem – in der Zeit der Minderjährigkeit erstrittenen – Titel obliegt dem Kind. Der Titel ist umzuschreiben.

c) Bei Feststellung, dass das Kind nicht vom Elternteil abstammt, gegen den Unterhaltsansprüche geltend gemacht worden sind, entfällt die Verfahrensstandschaft. Es besteht kein Abstammungsverhältnis und damit keine Unterhaltspflicht.

d) Zum Obhutwechsel im laufenden Unterhaltsverfahren hat das OLG Rostock kürzlich entschieden:

OLG Rostock vom 14.01.2012 = FamRZ 2012, 890

> „1. Wechselt ein minderjähriges Kind während des laufenden Unterhaltsverfahrens seinen ständigen Aufenthalt vom gemäß § 1629 Abs. 2 Satz 2 BGB bis zum Wechsel vertretungsbefugten Elternteil zu dem, der auf Zahlung von Kindesunterhalt in Anspruch genommen wird, wird der Antrag auf Zahlung von Unterhalt **rückwirkend** unzulässig.

2. Die Befugnis des vormals vertretungsberechtigten Elternteils zur Beauftragung eines Rechtsanwalts entfällt **rückwirkend**. Ebenso wie der vormalige gesetzliche Vertreter wird auch der Verfahrensbevollmächtigte Vertreter ohne Vertretungsmacht i.S.d. § 177 BGB.
3. Das Verfahren kann nicht mehr erstmals in der Beschwerdeinstanz für erledigt erklärt werden."

Da die Befugnis zur Ausübung der Verfahrensstandschaft durch den Obhutwechsel entfallen ist, können weder laufende noch die rückständigen Unterhaltsansprüche des Kindes weiter von dem Elternteil geltend gemacht werden, bei dem das Kind bislang lebte. Das Recht, als Verfahrensstandschaftler aufzutreten, ist nun auf den anderen Elternteil übergegangen.

Da der Unterhaltsanspruch nicht dem bisherigen Verfahrensstandschaftler, sondern nur dem Kind zusteht, können also auch Rückstände bis zum Obhutwechsel nicht mehr geltend gemacht werden. Hier ist zu prüfen, ob ggf. ein familienrechtlicher Ausgleichsanspruch besteht.

Nach Ansicht des OLG entfällt auch rückwirkend die Befugnis zur Beauftragung eines Rechtsanwalts für das Verfahren. Der bisherige Verfahrensbevollmächtigte wird also Vertreter ohne Vertretungsmacht.

Dem bisher vertretungsberechtigten Elternteil wird nur noch das Recht zugesprochen, den Rechtsstreit für erledigt zu erklären, um der Tragung der Kosten als vollmachtloser Vertreter zu entgehen. Die Erledigungserklärung muss **unverzüglich** nach dem Obhutwechsel des Kindes erfolgen.

(Vgl. dazu auch den Aufsatz von Wolf/Lecking „Geltendmachung von Kindesunterhalt durch einen Elternteil gegen den anderen in gesetzlicher Prozessstandschaft" in MDR 2010, 1299.)

Vorsicht bei der Vertretung des (volljährig gewordenen) Kindes, nachdem zuvor ein nun barunterhaltspflichtiger Elternteil vertreten wurde. Es besteht die Gefahr einer Interessenkollision. Auf die Entscheidung des Senats für Anwaltssachen des **BGH** vom 23.04.2012 (FamRZ 2012, 1563) sollte man sich für die eigene Praxis nicht verlassen.

„Ein Rechtsanwalt, der einerseits ein Elternteil (Vater) bei der Abwehr des Anspruchs auf Zugewinnausgleich vertritt und andererseits dessen erwachsenen Sohn bei der Durchsetzung eines Anspruchs auf Kindesunterhalt gegen den anderen Elternteil, verstößt nicht gegen § 43a Abs. 4 BRAO, wenn unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls keine widerstreitenden Interessen bestehen. Ein solcher Fall kann gegeben sein, wenn der Sohn den Anwalt beauftragt hat, Unterhaltsansprüche nur gegen die Mutter geltend zu machen, der Vater bei der Erteilung des Auftrags zugegen war, er den Gebührenvorschuss an den Anwalt gezahlt hat, die Frage des Unterhaltsanspruchs gegen beide Elternteile sich nicht stellte, da der Vater bis dahin allein für den Unterhalt seines Sohnes aufkam und bereit war, dies unabhängig vom Ausgang des Rechtsstreits weiterhin zu tun und Fragen der Schweigepflicht ebenfalls nicht berührt waren, da der Vater dem

Anwalt alle für die Berechnung des Kindesunterhalts erforderlichen Unterlagen zur Verfügung gestellt hatte.“

Es macht keinen Sinn, sich wegen einer – meist auch in der Honorierung - nur mäßig interessanten Angelegenheit dem Verdacht des Verstoßes gegen § 43a IV BRAO auszusetzen.

9. Abänderung von einseitig errichteten Jugendamtstiteln

Fall:
M lässt beim Jugendamt den Mindestunterhalt für den minderjährigen K titulieren.
M hatte seinerzeit insgesamt drei Unterhaltspflichten und ein Nettoeinkommen von 931,00 €.
Nunmehr begehrt er die Abänderung des Titels wegen Leistungsunfähigkeit. Geändert hat sich bei ihm nichts.

OLG Hamm vom 13.07.2011 (NJW 2012, 543)

„Der Unterhaltsschuldner ist an seine einseitige Verpflichtungserklärung in Form einer Jugendamtsurkunde und damit zugleich an die ihr nach Grund und Höhe zu Grunde liegenden Umstände rechtsgeschäftlich gebunden; macht er eine Herabsetzung des Unterhalts geltend, muss er deshalb diese Umstände vortragen und darlegen, dass die bisherige Unterhaltsleistung für ihn wegen (nachträglicher) Änderung der Verhältnisse nach §§ 242, 313 BGB unzumutbar geworden ist.“

OLG Hamm vom 16.11.2011 (FamFR 2012, 33)

„Verpflichtet sich der Unterhaltsschuldner in den Jugendamtsurkunden trotz nicht ausreichender Leistungsfähigkeit zu künftig steigenden Unterhaltsbeträgen, liegt in diesem Anerkenntnis regelmäßig eine Prognose dahingehend, dass er zur Zahlung der aufgrund der Titulierung zukünftig fälligen Unterhaltsbeträge in der Lage sein werde.
Ändern sich jedoch die tatsächlichen Verhältnisse entgegen der prognostizierten Erwartung nicht, so erweist sich die Prognose als nicht mehr tragfähig. In einem solchen Fall ist eine Bindungswirkung an die für deutlich erst in der Zukunft liegende Zeiträume eingegangene Unterhaltsverpflichtung nicht mehr gegeben.“

10. Aktuelle Einzelfälle

BGH vom 18.07.2012 (XII ZR 91/10 = FamRZ 2012, 1553):

„Wird der Unterhaltspflichtige von seinem erwachsenen Kind, das seine bereits erlangte wirtschaftliche Selbständigkeit wieder verloren hat, auf Unterhalt in Anspruch genommen, ist es nicht zu beanstanden, wenn der Tatrichter ihm und seiner Ehefrau im Regelfall einen Familienselbstbehalt zubilligt, wie ihn die Düsseldorfer Tabelle und die Unterhaltsrechtlichen Leitlinien für den Elternunterhalt vorsehen. …

Haben die Kinder aber eine eigene Lebensstellung erlangt, ... kann in der Regel davon ausgegangen werden, dass sie diese Elternunabhängigkeit auch behalten.

Darauf dürfen sich, wenn nicht bereits eine andere Entwicklung absehbar ist, grundsätzlich auch die Eltern einstellen.
Verliert das erwachsene Kind zu einem späteren Zeitpunkt wieder seine wirtschaftliche Selbständigkeit, findet die Inanspruchnahme des Unterhaltspflichtigen in der Regel erst statt, wenn dieser sich selbst bereits in einem höheren Lebensalter befindet, seine Lebensverhältnisse demzufolge bereits längerfristig seinem Einkommensniveau angepasst hat oder sogar bereits Rente bezieht und sich dann einer Unterhaltsforderung ausgesetzt sieht, mit der er nach dem regelmäßigen Ablauf nicht mehr zu rechnen brauchte."

Ebenso **BGH** vom 18.01.2012 (XII ZR 15/10 = FamRZ 2012, 530.

Der BGH hat den Selbstbehalt für solche Fälle mit 1.400 € angesetzt. Sofern gegenüber dem Ehegatten eine Unterhaltspflicht besteht, kommen weitere 1.050 € hinzu.

OLG Hamm vom 12.03.2012 (NJW-RR 2012, 970):

„Die Aufnahme eines Studiums (erst) fünf Jahre nach dem Abitur steht der Verpflichtung zum Ausbildungsunterhalt nicht zwingend entgegen."

OLG Hamm vom 26.03.2012 (FamFR 2012, 1401)

Keine Unterhaltsverpflichtung für die Erlangung der Fachhochschulreife und ein Fachhochschulstudium nach Erreichen des Haupt- oder Realschulabschlusses und anschließender Berufsausbildung zum Mechatroniker.

OLG Hamm vom 10.09.2012 (juris)

„Bei der Frage, ob und inwieweit sich ein Student überobligatorische Nebeneinkünfte auf seinen Unterhaltsbedarf gegenüber einem Elternteil anrechnen lassen muss, kann es im Rahmen der Billigkeitsabwägung entsprechend § 1577 Abs. 2 Satz 2 BGB einen für die Anrechnung sprechenden Gesichtspunkt darstellen, wenn der Student noch zuhause (= bei dem anderen Elternteil) wohnt und dadurch einen im Zweifel geringeren Lebenshaltungsaufwand hat als ein Student mit eigenem Studienortwohnsitz, sein Bedarfssatz nach der Düsseldorfer Tabelle aufgrund der hohen maßgeblichen Einkommensgruppe jedoch höher ist als der Regelsatz von 670 € für einen auswärts wohnenden Studenten."

Der Senat rechnete das Einkommen des Studenten von 300 € monatlich zu einem Drittel auf den Unterhalt an.

OLG Brandenburg vom 18.01.2011 (FamRZ 2011, 1067)

„Während der Zeit einer Ausbildung besteht grundsätzlich keine Erwerbsobliegenheit des Studierenden, so dass gleichwohl erzieltes Einkommen aus überobligationsmäßiger Tätigkeit stammt und daher nicht auf den Unterhaltsanspruch anzurechnen ist, es sei denn, dies würde im Hinblick auf die beiderseitigen wirtschaftlichen Verhältnisse der Billigkeit entsprechen."

Der Senat hielt Nebeneinkünfte von rund 800 € monatlich mit 250 – 300 € für anrechenbar. Die Abwägung erfolgte nach dem Grundgedanken des § 1577 II BGB.

OLG Bremen vom 10.09.2012 (juris)

„Einem volljährigen, nicht BAföG-berechtigten Studenten, der von seinen leistungsfähigen Eltern Unterhalt erhält, obliegt diesen gegenüber in der Regel nicht die Verpflichtung, ein sogenanntes Bildungsdarlehen aufzunehmen. Die Rechtsprechung hinsichtlich der Verpflichtung zur Aufnahme eines BAföG-Darlehens lässt sich auf ein sogenanntes Bildungsdarlehen nicht übertragen."

OLG Köln vom 20.04.2012 (NJW 2012, 2364)

„1. Das Berufsorientierungsjahr gehört zur ‚allgemeinen Schulausbildung' i.S.d. § 1603 II 2 BGB.

2. Das unterhaltsberechtigte Kind, das seinen Vater in Anspruch nimmt, muss sich nicht auf ein fiktives Einkommen der Kindesmutter, in deren Haushalt es lebt, verweisen lassen und kann entsprechend dem Rechtsgedanken des § 1607 II BGB allein den leistungsfähigen Elternteil in Anspruch nehmen."

OLG Köln vom 30.07.2012 (juris)

Das volljährige Kind, das den Vater auf Unterhalt in Anspruch nimmt, ist nicht verpflichtet, gegen die Mutter ein Verfahren zu führen mit dem Einwand, diese könne bei gehöriger Anstrengung ein höheres Erwerbseinkommen erzielen. Lebt das Kind bei der Mutter, ist ihm nicht zuzumuten, über die von der Mutter erhaltenen Auskünfte hinaus, diese in größerem Umfang als von ihr zugestanden in Anspruch zu nehmen.

OLG Hamm vom 13.09.2012 (juris)

„Ein aus § 242 BGB herzuleitender Auskunftsanspruch des gegenüber einem volljährigen Kind unterhaltspflichtigen Elternteils gegen den anderen Elternteil ist jedenfalls dann zu verneinen, wenn das gemeinsame Kind bereits in die Auseinandersetzung der Eltern einbezogen ist. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn der auskunftbegehrende Elternteil ein (Unterhalts)Abänderungsverfahren gegen das gemeinsame Kind eingeleitet hat."

OLG Düsseldorf vom 30.05.2012 (FuR 2012, 612)

„Bei den Semesterbeiträgen, die im Wesentlichen das Semesterticket, den Asta-Beitrag und den Sozialbeitrag umfassen, handelt es sich **nicht** um Mehrbedarf. Vielmehr sind diese Beiträge aus dem Unterhaltsbedarf des studierenden Kindes zu zahlen."

OLG Braunschweig vom 08.09.2011 (FamRZ 2012, 795)

„1. Entstehen einem barunterhaltspflichtigen Elternteil erhebliche Kosten aus der Wahrnehmung seiner Umgangsbefugnis, können diese auch insoweit berücksichtigt werden, als der Mindestunterhalt i.S. des § 1612a I BGB unterschritten wird.

2. Durch die Verwendung des Kindergelds für den Unterhalt des Kindes (§ 1612b I BGB) kann der Unterhaltspflichtige nicht auf die entlastende Wirkung des Kindergelds verwiesen werden."

Zum „Umgang mit den Umgangskosten" findet sich ein instruktiver Beitrag von Liceni-Kierstein in FamRB 2012, 347.

Unterhalt während des freiwilligen sozialen Jahres?

Verneinend: **OLG Karlsruhe** v. 08.03.2012 (FamRZ 2012, 1648)

Bejahend: **OLG Celle** v. 06.10.2011 (FamRZ 2012, 995)