

a) Eine Befristung des Betreuungsunterhalts nach § 1578b BGB scheidet schon deswegen aus, weil § 1570 BGB in der seit dem 1.1.2008 geltenden Fassung insoweit eine Sonderregelung für die Billigkeitsabwägung enthält. Nach Vollendung des dritten Lebensjahres steht dem betreuenden Elternteil nur noch Betreuungsunterhalt nach Billigkeit zu (§ 1570 Abs. 1 Satz 2 BGB). Im Rahmen dieser Billigkeitsabwägung sind aber bereits alle kind- und elternbezogenen Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen. Wenn sie zu dem Ergebnis führt, dass der Betreuungsunterhalt über die Vollendung des dritten Lebensjahres hinaus wenigstens teilweise fort dauert, können dieselben Gründe nicht zu einer Befristung im Rahmen der Billigkeit nach § 1578b BGB führen (Senatsurt. v. 18.3.2009 – XII ZR 74/08 – FamRZ 2009, 770, 774 Tz. 42 m.w.N.).

b) Auch eine Begrenzung eines Betreuungsunterhalts der Klägerin vom eheangemessenen Unterhalt nach § 1578 Abs. 1 BGB auf einen angemessenen Unterhalt nach ihrer eigenen Lebensstellung kommt gegenwärtig nicht in Betracht.

Zwar ist eine solche Begrenzung grundsätzlich auch dann möglich, wenn wegen der noch fort dauernden Kindesbetreuung eine Befristung des Betreuungsunterhalts entfällt. Insbesondere in Fällen, in denen der Unterhaltsbedarf nach den ehelichen Lebensverhältnissen gem. § 1578 Abs. 1 BGB erheblich über den angemessenen Unterhalt nach der eigenen Lebensstellung des Unterhaltsberechtigten hinausgeht, kommt eine Kürzung auf den eigenen angemessenen Unterhalt in Betracht. Das setzt allerdings einerseits voraus, dass die notwendige Erziehung und Betreuung gemeinsamer Kinder trotz des abgesenkten Unterhaltsbedarfs sichergestellt und das Kindeswohl auch sonst nicht beeinträchtigt ist, andererseits eine fort dauernde Teilhabe des betreuenden Elternteils an den abgeleiteten Lebensverhältnissen während der Ehe unbillig erscheint (Senatsurt. v. 18.3.2009 – XII ZR 74/08 – FamRZ 2009, 770, 774 Tz. 44 m.w.N.).

Diese Voraussetzungen hat das OLG hier in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise abgelehnt. Auf der Grundlage einer noch eingeschränkten Erwerbsobliegenheit verfügt die Klägerin lediglich über monatliche Nettoeinkünfte in Höhe von 838 EUR. Zuzüglich des vom OLG für die Zeit ab April 2008 zugesprochenen Elementarunterhalts liegen die Einkünfte der Klägerin allenfalls unwesentlich über ihrem angemessenen Unterhalt nach der eigenen Lebensstellung ohne ehebedingte Nachteile. Wenn das OLG im Hinblick darauf eine Herabsetzung des Unterhaltsanspruchs aus Billigkeitsgründen abgelehnt hat, ist dagegen nichts zu erinnern.

→ **Anmerkung**

Mit diesem Urteil setzt der Familiensenat des BGH konsequent seine Rechtsprechung zum Betreuungsunterhalt nach dem neuen § 1570 BGB fort.

Drei Aspekte sind von Bedeutung:

1. Betreuungsunterhalt bei zwei Kindern (13 und 15 Jahre)

Nach der etwas missverständlichen Entscheidung des BGH vom 16.7.2008¹ zur Betreuung eines nichtehelichen Kindes hat er jetzt nach der Entscheidung vom 18.3.2009² (Studienrätin aus Berlin) die zweite Entscheidung zum nahehelichen Betreuungsunterhalt gefällt. Am 17.6.2009 steht eine weitere Entscheidung in dem Münchener Fall an (Buchhändlerin).³

Im vorliegenden Fall geht es um eine Krankengymnastin, die zwei Kinder betreut, die schon älter sind. Der ältere Sohn ist 15 Jahre alt, der jüngere 13 Jahre. Der ältere Sohn leidet seit seiner Geburt unter ADS (Aufmerksamkeitsdefizitsyndrom). Seit 2007 arbeitet die Klägerin und betreuende Mutter 25–30 Stunden Teilzeit in einer Gemeinschaftspraxis. Der Beklagte ist als Verwaltungsleiter vollschichtig erwerbstätig.

Der BGH bezieht sich ausdrücklich auf seine Entscheidung vom 18.3.2009 und stellt noch einmal unmissverständlich klar, dass eine Möglichkeit für eine Fortsetzung des Altersphasenmodells nicht besteht.⁴

Der BGH führt ausdrücklich aus, dass der § 1570 BGB einen Basisunterhalt für die ersten drei Jahre beinhaltet und danach dem unterhaltsberechtigten Elternteil die Darlegungs- und Beweislast für die Voraussetzung einer Verlängerung des Betreuungsunterhalts über die Dauer von drei Jahren hinaus aufgegeben hat.

Kind- oder elternbezogene Gründe, die zu einer Verlängerung des Betreuungsunterhalts aus Gründen der Billigkeit führen könnten, sind vom Unterhaltsberechtigten darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen. Insofern ist der Vortrag sinnvollerweise sehr

1 BGH FF 2008, 366 mit Anm. *Viefhues* = NJW 2008, 3125 = FamRZ 2008, 739 mit Anm. *Maurer*, FamRZ 2008, 1830.

2 FF 2009, 203 mit Anm. *Sanders* (209) = FamRZ 2009, 770 und Anm. *Borth* FamRZ 2009, 960 = FamRB 2009, 170 (*Kühner*).

3 OLG München FamRZ 2008, 1945.

4 OLG Düsseldorf NJW 2009, 600 = FPR 2009, 58 mit kritischer Anmerkung von *Gutdeutsch*. Der 7. Senat meint, auch nach dem neuen Recht sei eine pauschalierende Beurteilung des Kindesalters zulässig; *Börger*, FPR 2009, 71 ff.; *Büttner*, FPR 2009, 92 ff.; *Wellenhofer*, JuS 2009, 86–88: „Insbesondere hat der BGH grünes Licht gegeben für die Entwicklung eines zeitgemäßen Altersphasenmodells ...“ Diese Auffassung dürfte wohl nicht mehr zu halten sein; *Ehinger*, FPR 2009, 105 ff.

exakt und enthält genaue Angaben zum Tagesablauf und möglichem zusätzlichen Betreuungsbedarf im Anschluss an die Betreuung in einer Betreuungseinrichtung (Kindergarten, Kindertagesstätte oder Kinderhort bzw. Schule).⁵

Der Gesetzgeber hat den Vorrang der persönlichen Betreuung ausdrücklich aufgegeben. Hierbei hat der Gesetzgeber bewusst an die sozialstaatlichen Regelungen angeknüpft, die den Eltern dabei behilflich sein sollen, Kindererziehung und Erwerbstätigkeit miteinander zu vereinbaren. Der Senat zitiert ausdrücklich die entsprechenden Vorschriften aus dem SGB II, VIII und XII.⁶

Der BGH hat das Urteil des Oberlandesgerichts Karlsruhe auch deshalb aufgehoben und die Sache zurückverwiesen, weil keine Angaben über eine kindgerechte Einrichtung im Einzugsbereich der Söhne festgestellt worden sind. Auch wenn die schwere Erkrankung des inzwischen 15 Jahre alten Sohnes (ADS) einen zusätzlichen Betreuungsbedarf begründet, sagt dies nichts darüber aus, ob nicht auch eine solche Betreuung durch Dritte sichergestellt werden kann. Offenkundig sind der Schulbesuch des Sohnes und seine sportlichen Aktivitäten problemlos. Hieraus schließt der BGH, dass die auswärtige Betreuung grundsätzlich möglich sein muss. Es hängt jetzt nur noch von dem konkreten Betreuungsangebot einer entsprechenden kindgerechten Einrichtung ab, das unklar ist.⁷

2. Befristung des Betreuungsunterhalt

Ähnlich wie am 18.3.2009 hat der Senat eine Befristung des Betreuungsunterhalts nach § 1578b BGB ausgeschlossen, weil der § 1570 BGB eine Sonderregelung darstellt, die die Billigkeitsabwägung vorsieht. Im Rahmen dieser Billigkeitsabwägung sind alle kind- und elternbezogenen Umstände des Einzelfalls zu beachten.

3. Verwirkung (§ 1579 Nr. 3 und 5 BGB)

Interessant sind die Einzelausführungen des BGH auch zu den Verwirkungstatbeständen.

a) Eine Verwirkung kommt nicht in Betracht, wenn der Unterhaltsberechtigte auf seine Ansprüche aus dem Pfändungs- und Überweisungsbeschluss nicht verzichtet und dadurch ggf. die Beförderung zu einer weiteren höheren Position des Unterhaltsverpflichteten mit einem zusätzlich höherem Einkommen (etwa 300,00 EUR) verhindert.

§ 1579 Nr. 5 BGB ist im vorliegenden Fall nicht einschlägig, weil der geschiedene Ehemann keine

Zusage für die Absicherung der fortlaufenden Zahlung der Unterhaltsbeträge abgeben wollte.

b) Strafanzeigen der Klägerin sind keine schwerwiegende Pflichtverletzung i.S.d. § 1579 Nr. 3 oder 5 BGB. Die Anzeigen wegen falscher eidesstattlicher Versicherung, Vollstreckungsverweigerung und Unterhaltspflichtverletzung sind nicht völlig aus der Luft gegriffen. Insbesondere handelt es sich nicht um eine Strafanzeige ohne jeden Bezug. Im Übrigen kann in derartigen Fällen grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass die Anzeige in Wahrnehmung berechtigter Interessen erfolgt ist.

c) Problematisch sind die Schreiben an den Dienstvorgesetzten, wobei nicht klar ist, welche Details in diesen Schreiben stehen.

Hier reicht nach § 1579 Nr. 5 BGB schon eine Vermögensgefährdung aus.⁸

Die Kenntnis des Arbeitgebers von einer erheblichen strafrechtlichen Verurteilung kann natürlich Auswirkungen auf den Beamtenstatus und den Arbeitsplatz des Verurteilten haben, aber die Verwirkung setzt eben eine strafrechtliche Verurteilung voraus. Im Übrigen hat der geschiedene Ehemann seinerseits auch völlig ohne Not sich an Mitarbeiterinnen der Gemeinschaftspraxis der Unterhaltsberechtigten gewandt, so dass die gegenseitige Einbeziehung der Arbeitsgeberseite ein anderes Licht auf die Sache wirft.⁹

Der Fall wäre wohl anderes zu behandeln gewesen, wenn es sich um leichtfertiges Anschwärzen beim Arbeitgeber gehandelt hätte.¹⁰

Soweit irgend möglich sollte man allerdings auch als Anwalt Mandanten von derartigen Strafanzeigen und Mitteilungen an Vorgesetzte abhalten. Wie in diesem Fall zu erkennen, führt das nur zu einer Verhärtung der beiderseitigen Positionen.

Klaus Schnitzler, Fachanwalt für Familienrecht,
Euskirchen

⁵ Born, FF 2009, 92 ff. und Schnitzler, FF 2008, 270 ff.

⁶ Palandt/Brudermüller, BGB, 68. Aufl. 2009, zu § 1570 Rn 6 BGB und Hohmann-Dennhardt, FF 2008, 77.

⁷ Vgl. im Zusammenhang mit kranken Kinder eine Entscheidung des AG Euskirchen, ZKJ 2009, 39, und den Vergleichsabschluss beim OLG Köln in derselben Sache, ZKJ 2009, 133. Der Senat hat eine reduzierte Unterhaltsregelung in Stufen vorgeschlagen, die von den Parteien akzeptiert wurde.

⁸ BGH FamRZ 2008, 1325–1327.

⁹ Schnitzler, MAH Familienrecht, 2. Aufl. 2008, §§ 9, 204 ff.

¹⁰ Vgl. OLG Koblenz NJWE FER 1997, 3 ff./BWB-Fall.