

Das Altersphasenmodell und die neuen Leitlinien der Oberlandesgerichte ab 01.01.2008

Klaus Schnitzler Rechtsanwalt
und Fachanwalt für Familienrecht

I. Einleitung

Das neue Unterhaltsrecht sorgt für Verwirrung in der Bevölkerung. So titelte der Focus Ende Januar „Das neue Unterhaltsrecht - Null Euro für die Exfrau?“¹ Juristen sprechen von einer Revolution. „Das neue Leid der Exfrauen“ titelte Die Welt² und Sandra Maischberger interviewte Betroffene unter anderem auch die Kollegin Peschel-Gutzeit in ihrer Talkshow „Menschen bei Maischberger – Der neue Scheidungskrieg! Sind die Frauen die Dummen?“,³ um nur einige Themen aus den Medien zu zitieren.

Die Verwirrung wird noch zunehmen, wenn die ersten Entscheidungen getroffen werden müssen, und die Leitlinien der jeweiligen Oberlandesgerichte in den einzelnen Bezirken angewendet werden.

Es ist zweifellos richtig, wenn die Unterhaltsleitlinien zur Schematisierung und zur Vereinheitlichung der Rechtsprechung herangezogen werden. In den Leitlinien werden über Tabellenquotenschlüssel hinaus zahlreiche Fragen der Berechnung des Unterhaltspflichtigen Einkommens beim Kindes-, Trennungs- und Geschiedenenunterhalt behandelt.

Seit dem 01.07.2003 folgen sie einem einheitlichen Aufbauschema.⁴ Dies hat wenigstens den Vorteil, dass man zu einem bestimmten Thema unter der Ziffer 17 sofort findet, welche Auffassung im OLG Bezirk Nürnberg, im OLG-Bezirk Hamburg, oder im Kammergerichtsbezirk Berlin zu dem Thema Erwerbsobliegenheit besteht.

Alle Leitlinien weisen in der Einführung darauf hin, dass die gewonnenen Werte nur Richtwerte und Orientierungshilfen für die Ermittlung des konkreten Bedarfs im Einzelfall sein können. Sie sind anhand allgemein gültiger Gegebenheiten und typischer Sachlagen nach der Lebenserfahrung entwickelt, lassen aber individuelle Besonderheiten auf Seiten des Verpflichteten, wie des Unterhaltsberechtigten zunächst außer Acht.⁵

Die Anwendung der Leitlinien sollen die Berechnung des angemessenen Unterhalts im Einzelfall niemals ersetzen, allerdings haben sie weitgehend in der Praxis

*Der Aufsatz ist Prof. Dr. Uwe Diederichsen, Göttingen zum 75. Geburtstag im Juli 2008 in dankbarer Verbundenheit gewidmet. Prof. Diederichsen ist seit 1999 Beiratsmitglied der Zeitschrift FF.

¹ Focus Heft 5

² Die Welt 12.02.2008

³ ARD Vorschau 12.02.2008 – Abendprogramm.

⁴ vgl. FamRZ 2003, 909

⁵ vgl. *Kalthoener/Büttner/Niepmann* – Die Rechtsprechung zur Höhe des Unterhalts 10. Aufl. 2008, RdNr. 1 ff.

Bindungscharakter für die Familiengerichte, deswegen sind sie rechtsstaatlich bedenklich.

Eine der wesentlichen Leitlinien war in der Vergangenheit das so genannte **Altersphasenmodell**⁶, das von der Rechtsprechung entwickelt und strikt eingehalten wurde. Es wird inzwischen auch ironisch als 0-8-15-Modell bezeichnet.⁷

1. Erwerbsobliegenheit wurde abgelehnt bei Betreuung eines Kindes, das noch nicht schulpflichtig ist,
 - bis zum Alter von 8 Jahren
 - bis zum Erreichen der 3. Grundschulklasse
 - bei Betreuung von mehreren Kindern bis zum Alter des jüngsten Kindes von 14 Jahren.
2. Eine teilweise Erwerbsobliegenheit, die aber nicht den Umfang einer Halbtagsstätigkeit erreichen musste, wurde in den Fällen angenommen
 - beim Kind ab Beginn des 3. Schuljahres
 - bzw. bei einem Kind im Alter von 9 Jahre bis 15 Jahren
 - bei zwei Kindern bis 18 Jahren.
3. Voll Erwerbsobliegenheit wurde im Regelfall angenommen bei
 - der Betreuung eines Kindes ab 15 bis 16 Jahren.

Von einer Einzelfallregelung konnte in den letzten Jahren keine Rede sein. Es wurde strikt das Modell angewendet, wobei es einzelne Oberlandesgerichte sogar fertig brachten, die Obergrenze, bei voller Erwerbstätigkeit, von 15 Jahren auch noch zu überschreiten und stattdessen 16 Jahre vorzusehen, bzw. bei der teilweisen Erwerbsobliegenheit statt 8 Jahren 10 Jahre zu verlangen.⁸

Die spannende Frage wird jetzt sein, inwieweit der Wille des Gesetzgebers umgesetzt werden kann an die Stelle des Altersphasenmodells im Hinblick auf die Gleichbehandlung nichtehelicher Mütter nach § 1615 I BGB und ehelicher Mütter bei dem nahehelichen Unterhalt konkrete Einzelfallentscheidungen durchzusetzen.⁹

Zu erwarten ist, dass „die Lordsiegelbewahrer der unveränderbaren Dogmen des Familienrechts“ aus den letzten 30 Jahren alles daransetzen werden, das Altersphasenmodell weiter anzuwenden.

Es lässt sich in den letzten Jahren an einigen Beispielen erkennen, wie schwierig es ist, manche festgefahrene Leitsätze aufzubrechen, z.B.

⁶ Puls FamRZ 1998, 864, 871 Der Betreuungsunterhaltsanspruch der Mutter eines nichtehelichen Kindes. AK 6 16. Dt. Familiengerichtstag 2005 in Brühler Schriften zum Familienrecht Seite 141 ff. (Erwerbsobliegenheit im Spannungsfeld von §§ 1570, 1577 Abs. 2, 1615 I BGB und § 10 Abs. 1 Nr. SGB II) Arbeitskreis geleitet von Jutta Puls.

⁷ Wellenhofer FamRZ 2007, 1282 ff.

⁸ Vgl. im Übrigen *Kalthoener/Büttner/Niepmann* – Die Rechtsprechung zur Höhe des Unterhalts RdNr. 403 und Überblick bei *Viefhues* – Das neue Unterhaltsrecht § 208 RdNr. 97.

⁹ Vgl. Niebling – Neues Unterhaltsrecht: Bleibt alles beim Alten? FF 2008, 193; *Viefhues* ZFE 2008, Heft 2 und *Kleinwegener* Editorial FF 2008, 45 (Heft 2); *Menne* FamRB 2008, 110 ff.

1. Ein notarieller Ehevertrag, der einseitig zu Lasten des schwächeren Ehegatten einen Globalverzicht beinhaltet, ist wirksam. Jahrelang hat diese Rechtssprechung auch der BGH durchgehalten. Erst durch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahre 2001 konnte hier eine Änderung der kompletten Rechtssprechung des BGH 2004 herbeigeführt werden (Kernbereichslehre des BGH).¹⁰
2. Die Anrechnungsmethode ist das Maß aller Dinge bei der Berechnung des Unterhaltsanspruchs einer Ehefrau, die bisher Hausfrau war und teilweise einer beruflichen Tätigkeit nachgehen will. Der BGH hat in der legendären Entscheidung vom 13.06.2001¹¹ diese Rechtssprechung nach der Betreuungsphase der kinderbetreuenden Hausfrau, die eine Erwerbstätigkeit aufnehmen will, aufgebrochen und die Differenzmethode angewendet. Das Ergebnis dieser Surrogatsrechtsprechung war allerdings eine deutliche Verlängerung des Unterhaltsanspruchs, weil viele Unterhaltsansprüche bei Anwendung der früheren Anrechnungsmethode automatisch weggefallen waren.¹²
3. Der naheheliche Unterhaltsanspruch kann im Kern gar nicht befristet werden, wenn die Ehe länger als fünf Jahre gedauert hat (Stichwort: Lebensstandardgarantie). Die Rechtssprechung hat sich jahrelang um das Unterhaltsänderungsgesetz 1986 nicht geschert, obwohl schon damals Beschränkungs Vorschriften existierten (§ 1573 Abs. V, § 1578 a.F. BGB)¹³.

Diese Liste könnte ohne Schwierigkeiten fortgesetzt werden.

II. Dokumentation der Leitlinien:

Nachdem die Reform des Unterhaltsrechts zum 01.01.2008 in Kraft getreten ist, wurde die Düsseldorfer Tabelle mit Wirkung zum 01.01.2008 geändert. Darüber hinaus haben die Familiensenate aller Oberlandesgerichte inzwischen ausführliche unterhaltsrechtliche Leitlinien entwickelt.

Oberlandesgerichte

In **Bayern** OLG Bamberg, OLG München und OLG Nürnberg
sowie in **Baden Württemberg** (OLG Karlsruhe und OLG Stuttgart)
und **Rheinland Pfalz** (OLG Zweibrücken).

¹⁰ *Dauner-Lieb* FF 2004, 65 Richterliche Überprüfung von Eheverträgen nach dem Urteil des BGH vom 11.02.2004 XII 265/02 und Interview FF 2004, 61 vorher BVerfG FF 2001, 59 mit Anm. Büttner = FamRZ 2001, 243 mit Anm. Schwab und Gerber (BGH-Richter) DNotZ 1998, 288; ferner *Grziwotz* FF 2001, 41 ff.

¹¹ Podiumsdiskussion in Freiburg Bericht FF 2001, 37; BGH FF 2001, 135 Urteil vom 13.06.2001; BGH FF 2001, 206 Urteil vom 05.09.2001; *Born* Die neue Hausfrauen-Rechtsprechung des BGH – Meilenstein oder 1. Schritt? FF 2001, 183 ff.

¹² So auch *Viefhues* – Das neue Unterhaltsrecht 2008 2. Aufl., RdNr. 254/255; *Büttner* spricht inzwischen in diesem Zusammenhang von Pyrrhussieg Anm. zu BGH FamRZ 2008, 963, 967.

¹³ Vgl. *Hahne* FamRZ 1986, 305, 310; *Gerhardt* FuR 1997, 249; *Brudermüller* FamRZ 1998, 649 auch *Brudermüller* FF 2004, 101 ff. und *Grandel* FF 2004, 237 (die ewige Unterhalt?)

Die **Süddeutschen Leitlinien** (der 6 oben genannten Oberlandesgerichte):
Ziffer 17 der Süddeutschen Leitlinien SüdL 01.01.2008 sehen in § 17 folgendes vor:
¹⁴

17. Erwerbsobliegenheit

17.1 Bei Betreuung eines Kindes kann bis zur Vollendung des 3. Lebensjahres eine Erwerbstätigkeit nicht erwartet werden. Danach besteht eine Erwerbsobliegenheit nach den Umständen des Einzelfalls. Ergänzend wird auf die amtliche Begründung zur Änderung des § 1570 BGB Bezug genommen (FamRZ 2007, 1947): „Die Neuregelung verlangt keineswegs einen abrupten, übergangslosen Wechsel von der elterlichen Betreuung zu Vollzeiterwerbstätigkeit. Im Interesse des Kindeswohls wird vielmehr auch künftig ein gestufter, an den Kriterien von § 1570 I BGB orientierter Übergang möglich sein...“

17.2. In der Regel besteht für den Berechtigten im ersten Jahr nach der Trennung keine Obliegenheit zur Aufnahme oder Ausweitung einer Erwerbstätigkeit.¹⁵

Oberlandesgerichte in Nordrhein-Westfalen

OLG Köln¹⁶

17. Erwerbsobliegenheit

17.1 bei Kindesbetreuung

Bei der Beurteilung der Frage, ob und inwieweit der betreuende Ehegatte nach Vollendung des dritten Lebensjahres des Kindes bei einer bestehenden Betreuungsmöglichkeit auf eine eigene Erwerbstätigkeit verwiesen werden kann, kommt es auf die Verhältnisse des Einzelfalls an. Bei besonderer Betreuungsbedürftigkeit des Kindes und bei nicht oder nur unzureichend vorhandenen Möglichkeiten der Fremdbetreuung (kindbezogene Gründe, § 1570 I S. 2 BGB) kommt ein Unterhaltsanspruch auch nach Vollendung des dritten Lebensjahres des Kindes in Betracht.

Eine Erwerbstätigkeit kann auch aus Gründen der nahehelichen Solidarität unbillig erscheinen. Hierbei sind das in der Ehe gewachsene Vertrauen in die vereinbarte und praktizierte Rollenverteilung und die gemeinsame Ausgestaltung der Kinderbetreuung sowie die Dauer der Ehe zu berücksichtigen (ehebezogene Gründe, § 1570 II BGB).

Ein abrupter, übergangloser Wechsel von der elterlichen Betreuung zur Vollerwerbstätigkeit kann nicht in jedem Fall verlangt werden. Im Interesse des Kindeswohls wird vielmehr auch künftig ein gestufter, an den Kriterien von § 1570 I BGB orientierter Übergang möglich sein (BT-Dr 16/6980, S. 17 – FamRZ 2007, 1947).

Die Darlegungs- und Beweislast für die Umstände, die einer vollen oder teilweisen Erwerbsobliegenheit ab Vollendung entgegenstehen, trifft den betreuenden Elternteil. Dies gilt auch, wenn ein Titel über den Basisunterhalt nach § 1570 I S. 1 BGB abgeändert werden soll.

¹⁴ vgl. Beilage zur NJW Heft 10/2008 bzw. Beilage zu der Zeitschrift FPR zu Heft 3/2008, Seite 14/15.

¹⁵ Beilage NJW/FPR Mitgeteilt von VRiOLG Strohal Stuttgart.

¹⁶ OLG Köln FamRZ 2008, 573 mitgeteilt von Frau VRinOLG Göhler-Schlicht.

Der Titel über den zeitlichen Basisunterhalt nach § 1570 I S. 1 BGB ist grundsätzlich nicht zu befristen. Eine Befristung des Titels über Betreuungsunterhalt im Übrigen kommt nur in seltenen Ausnahmefällen in Betracht (BT-Drucks. 16/1830, S. 19).

17.2 bei Trennungsunterhalt

In der Regel besteht für den Berechtigten im ersten Jahr nach der Trennung keine Obliegenheit zur Aufnahme oder Ausweitung einer Erwerbstätigkeit.

OLG Düsseldorf¹⁷

17. Erwerbsobliegenheit

17.1 Bei Kindesbetreuung kommt es bei Beurteilung der Frage, ob und inwieweit der betreuende Ehegatte nach Vollendung des dritten Lebensjahres des Kindes bei einer bestehenden Betreuungsmöglichkeit auf eine Erwerbstätigkeit verwiesen werden kann, auf die Verhältnisse des Einzelfalls an. Bei besonderer Betreuungsbedürftigkeit des Kindes oder unzureichender Fremdbetreuung (kindbezogene Gründe, § 1570 I 2 BGB) kommt ein Unterhaltsanspruch auch nach Vollendung des dritten Lebensjahres des Kindes in Betracht.

Eine Erwerbstätigkeit des betreuenden Ehegatten kann auch aus Gründen der nahehelichen Solidarität ganz oder teilweise unbillig erscheinen. Hierbei sind das in der Ehe gewachsene Vertrauen in die vereinbarte oder praktizierte Rollenverteilung und die gemeinsame Ausgestaltung der Kinderbetreuung sowie die Dauer der Ehe zu berücksichtigen (ehebezogene Gründe, § 1570 II BGB).

Ein abrupter, übergangloser Wechsel von der elterlichen Betreuung zur Vollerwerbstätigkeit kann nicht in jedem Fall verlangt werden. Im Interesse des Kindeswohls wird vielmehr auch künftig ein gestufter, an den Kriterien von § 1570 I BGB orientierter Übergang möglich sein (BT-Dr 16/6980, S. 17 – FamRZ 2007, 1947).

Bei der Betreuung mehrere Kinder sind diese Regeln angemessen zu modifizieren.

Die Darlegungs- und Beweislast für die Umstände, die einer vollen oder teilweisen Erwerbsobliegenheit ab Vollendung des dritten Lebensjahres des Kindes entgegenstehen, trifft den betreuenden Ehegatten.

Der Titel über den zeitlichen Basisunterhalt nach § 1570 I 1 BGB ist nicht zu befristen.

17.2 In der Regel besteht für den Berechtigten im ersten Jahr nach der Trennung keine Obliegenheit zur Aufnahme oder Ausweitung einer Erwerbstätigkeit.

OLG Hamm¹⁸

17. Erwerbsobliegenheit/Betreuungsunterhalt/überobligatorisches Einkommen

17.1.1 Die *Erwerbsobliegenheit* des Kindes betreuenden Ehegatten korrespondiert mit dem *Betreuungsunterhalt* nach § 1570 BGB.

Betreut ein Ehegatte ein gemeinschaftliches Kind, das noch nicht drei Jahre alt ist, so besteht keine Verpflichtung, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen. Der Umfang der danach regelmäßig einsetzenden Erwerbsobliegenheit – eine sogleich vollschichtige Erwerbsobliegenheit wird vielfach nicht in Betracht kommen – richtet sich nach Billigkeitsgesichtspunkten im Einzelfall, besonders nach den bestehenden

¹⁷ NJW 2008, 1749 (seit Mitte März 2008) mitgeteilt von VRiOLG Soyka.

¹⁸ vgl. Beilage zur NJW Heft 10/2008 bzw. Beilage zu der Zeitschrift FPR zu Heft 3/2008, Seite 49, mitgeteilt von VRiOLG Rogner, Hamm.

Möglichkeiten der Kinderbetreuung, den Belangen des Kindes (etwa Fremdbetreuungsfähigkeit, physischer und psychischer Gesundheitszustand) und der erfolgten bzw. geplanten Rollenverteilung der Eltern in der Ehe sowie der Dauer der Ehe.

Wenn danach eine verlässliche Fremdbetreuung des Kindes (Kindergarten, Kita, Schule) objektiv möglich ist und soweit Kindesbelange oder Vertrauenstatbestände nicht entgegenstehen, nimmt die Mehrheit der *Senate* an, dass mit einem Alter des betreuten Kindes von mehr als drei Jahren vielfach schon eine geringfügige Erwerbstätigkeit erwartet werden kann, die mit dem Ende des ersten Grundschuljahres und sodann mit dem Ende des ersten Jahres auf der weiterführenden Schule über eine halbschichtige bis hin zu einer vollschichtigen Tätigkeit auszudehnen ist. Werden mehrere minderjährige Kinder betreut, bestimmt sich die Erwerbsobliegenheit nach den Umständen des Einzelfalls. Derjenige Elternteil, der das Bestehen einer Erwerbsobliegenheit in Abrede stellt, hat die hierfür maßgebenden Umstände darzulegen und zu beweisen. Dies gilt auch, wenn ein – grundsätzlich nicht zu befristender – Titel über Betreuungsunterhalt nach § 1570 BGB abgeändert werden soll.

17.1.2 Zur Berücksichtigung von Kinderbetreuungskosten s. Nr. 10.3.

10.3 Das Einkommen aus einer neben der *Kinderbetreuung* ausgeübten überobligatorischen Erwerbstätigkeit kann um den notwendigen, konkret dargelegten Aufwand für die Betreuung des Kindes vermindert werden. Fallen keine konkreten Betreuungskosten an, kann – sofern besondere Erschwernisse dargelegt werden – ein *Betreuungsbonus* belassen werden, dessen Höhe sich nach dem Alter des Kindes richtet, jedoch den jeweiligen Bedarfssatz des Barunterhalts nicht erreicht. Das gilt ebenfalls bei der Prüfung der Frage, ob der betreuende Elternteil auch zu dessen Barunterhalt beitragen muss (§ 1603 II 3 BGB). Auf Nr. 12.3 wird verwiesen.

17.2 Im ersten Jahr nach der Trennung besteht für den Berechtigten in der Regel keine Obliegenheit zur Aufnahme oder Ausweitung einer Erwerbstätigkeit.

17.3 Einkünfte des Berechtigten aus einer – auch erst nach Trennung/Scheidung aufgenommenen – *überobligatorischen Erwerbstätigkeit* prägen die ehelichen Lebensverhältnisse nur mit ihrem unterhaltsrelevanten Anteil und sind nur in diesem Umfang in die Differenz- bzw. Additionsberechnung einzustellen. Dieser nach den §§ 1577 II, 242 BGB zu bemessende unterhaltsrelevante Anteil ergibt sich, indem das Einkommen zunächst um den mit der überobligatorischen Erwerbstätigkeit verbundenen Aufwand (z.B. konkrete Kinderbetreuungskosten) vermindert und sodann entweder ein abstrakter Betreuungsbonus oder ein im Einzelfall individuell nach Billigkeitsgesichtspunkten festzusetzender Einkommensteil von den Gesamteinkünften des Berechtigten in Abzug gebracht wird. Der Abzugsbetrag – der nicht unterhaltsrelevante Anteil der Einkünfte des Berechtigten – bleibt bei der Unterhaltsberechnung unberücksichtigt (s. auch Nr. 7).

Stadtstaaten

Hanseatisches OLG Bremen¹⁹

17. Erwerbsobliegenheit

Bei nahehelichem Unterhalt besteht dann keine Verpflichtung zu einer Erwerbstätigkeit, wenn und soweit der geschiedene Ehegatte durch Kindesbetreuung, Krankheit oder Alter an der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit gehindert ist.

17.1 Für den Fall der Kindesbetreuung gilt:

¹⁹ vgl. Beilage zur NJW Heft 10/2008 bzw. Beilage zu der Zeitschrift FPR zu Heft 3/2008, Seite 30 mitgeteilt von VRiOLG Wever, Bremen.

Hat das – gegebenenfalls jüngste – betreute Kind das 3. Lebensjahr noch nicht vollendet, besteht keine Erwerbsobliegenheit (zeitlich begrenzter Basisunterhalt).

Ab Vollendung des 3. Lebensjahres des – gegebenenfalls jüngsten – betreuten Kindes besteht grundsätzlich eine Erwerbsobliegenheit. Ob und in welchem Umfang eine Erwerbstätigkeit erwartet werden kann, ist jedoch unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der bisher ausgeübten Tätigkeit und der Möglichkeit der Kinderbetreuung, zu beurteilen. Bei der Entwicklung von Kriterien zur Anwendung dieser Grundsätze werden die Beschlussempfehlungen des Rechtsausschusses zu beachten sein (FamRZ 2007, 1947).

17.2 Im ersten Jahr nach der Trennung besteht für den Berechtigten in der Regel keine Obliegenheit zur Aufnahme oder Ausweitung einer Tätigkeit.

Hanseatisches OLG Hamburg²⁰

17. Erwerbsobliegenheit

17.1 Das bisher von der Rechtsprechung entwickelte Altersstufenmodell ist in dieser Form nicht mehr anzuwenden (vgl. BT-Dr 16/6980, FamRZ 2007, 1947). Der Anspruch auf Betreuungsunterhalt richtet sich beim nichtehelichen Kind nach denselben Grundsätzen wie beim ehelichen Kind.

17.2 In der Regel besteht für den Berechtigten im ersten Jahr nach der Trennung keine Obliegenheit zur Aufnahme oder Ausweitung einer Erwerbstätigkeit.

Kammergericht Berlin²¹

17. Erwerbsobliegenheit

17.1 bei Kindesbetreuung

Betreut ein Ehegatte ein minderjähriges Kind, so kann von ihm bis zur Vollendung des dritten Lebensjahres des Kindes eine Erwerbstätigkeit nicht erwartet werden.

Danach bestimmt sich seine Obliegenheit zur Erwerbstätigkeit nach den Umständen des Einzelfalls. In dem Maße, in dem eine den Belangen des Kindes gerecht werdende Betreuungsmöglichkeit besteht, kann von dem betreuenden Elternteil eine Erwerbstätigkeit erwartet werden. Ein abrupter übergangsloser Wechsel von der elterlichen Betreuung zu einer Vollzeiterwerbstätigkeit ist hierbei nicht gefordert. Im Interesse des Kindeswohls ist auch ein abgestufter, an den Kriterien des Gesetzes orientierter Übergang möglich. Darüber hinaus beurteilt sich die Obliegenheit auch unter Berücksichtigung der Gestaltung der Kindesbetreuung und Erwerbstätigkeit in der Ehe sowie der Dauer der Ehe.

17.2 bei Trennungsunterhalt

Inwieweit in der Trennungszeit eine Erwerbsobliegenheit besteht, richtet sich nach allen Umständen des Einzelfalls.

Hessen

OLG Frankfurt²²

Unterhaltsgrundsätze

²⁰ vgl. Beilage zur NJW Heft 10/2008 bzw. Beilage zu der Zeitschrift FPR zu Heft 3/2008, Seite 45.

²¹ Vgl. Beilage zur NJW Heft 10/2008 bzw. Beilage zu der Zeitschrift FPR zu Heft 3/2008, Seite 18, mitgeteilt von VRiKG Becker.

²² vgl. Beilage zur NJW Heft 10/2008 bzw. Beilage zu der Zeitschrift FPR zu Heft 3/2008, Seite 42, mitgeteilt von RiOLG Schwamb Frankfurt a.M.

17. Erwerbsobliegenheit

17.1 bei Kinderbetreuung

Die nach Vollendung des 3. Lebensjahres grundsätzlich einsetzende Erwerbsobliegenheit des betreuenden Elternteils ist hinsichtlich Art und Umfang an den Belangen des Kindes auszurichten. Stehen solche Belange einer Fremdbetreuung generell entgegen oder besteht eine kindgerechte Betreuungsmöglichkeit nicht, hat das Prinzip der Eigenverantwortung des betreuenden Elternteils für seinen Unterhalt zurückzustehen.

Dieser Maßstab bestimmt auch die Verpflichtung zur Aufnahme einer Teilzeit- oder Vollzeittätigkeit. Bis zur Beendigung der Grundschulzeit kann eine Vollzeiterwerbstätigkeit in der Regel nicht erwartet werden.

Vgl. hierzu die Gesetzesbegründung, FamRZ 2007, 1947 2. Spalte: „...Die Neuregelung verlangt (also) keineswegs einen abrupten, übergangslosen Wechsel von der elterlichen Betreuung zu Vollzeiterwerbstätigkeit. Im Interesse des Kindeswohls wird vielmehr auch künftig ein gestufter, an den Kriterien von § 1570 I BGB-Entwurf orientierter Übergang möglich sein.“

Private Betreuung, z.B. durch Bekannte und Angehörige, muss grundsätzlich nicht in Anspruch genommen werden.

Die Darlegungs- und Beweislast, keine zumutbare Betreuungsmöglichkeit gefunden zu haben, hat grundsätzlich der Unterhaltsbegehrende, der sich darauf beruft. Es genügt jedoch zunächst der Vortrag, z.B. in der Gemeinde nachgefragt und eine Absage erhalten zu haben. Erst auf substantiiertes Bestreiten der in Anspruch genommenen Gegenpartei besteht ergänzende Vortragspflicht.

Maßgeblich für die Dauer der Verlängerung des Unterhaltsanspruchs nach § 1570 II BGB ist das Vertrauen in die vereinbarte und praktizierte Rollenverteilung und die gemeinsame Ausgestaltung der Kindesbetreuung. Dabei ist auch das Alter des betreuenden Ehegatten zu berücksichtigen. Maßgeblich für die Beurteilung ist auch die Zahl der zu betreuenden Kinder.

17.2 bei Trennungsunterhalt

In der Regel besteht für den Berechtigten im ersten Jahr nach der Trennung keine Obliegenheit zur Aufnahme oder Ausweitung einer Erwerbstätigkeit.

Niedersachsen

OLG Braunschweig²³

17. Erwerbsobliegenheit

Beim nahehelichen Unterhalt besteht nur dann keine Verpflichtung zu einer eigenen Erwerbstätigkeit, wenn der geschiedene Ehegatte insbesondere durch Kindesbetreuung, Krankheit oder Alter an der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit gehindert ist (§§ 1570 bis 1576 BGB).

17.1 Bei Betreuung eines Kindes kann bis zur Vollendung des 3. Lebensjahres eine Erwerbstätigkeit nicht erwartet werden; in der Zeit danach richtet sich die Erwerbsobliegenheit des Ehegatten, der minderjährige Kinder betreut, nach den Umständen des Einzelfalls (Zahl und Alter der Kinder, Betreuungsbedürftigkeit, zumutbare Betreuungsmöglichkeit, Gestaltung der Ehe).

17.2 Im ersten Jahr nach der Trennung besteht für den Berechtigten in der Regel keine Obliegenheit zur Aufnahme oder Ausweitung einer Erwerbstätigkeit.

OLG Oldenburg²⁴

²³ vgl. Beilage zur NJW Heft 10/2008 bzw. Beilage zu der Zeitschrift FPR zu Heft 3/2008, Seite 27 mitgeteilt von RiOLG Braunschweig Kliche.

17. Erwerbsobliegenheit

Bei nachehelichem Unterhalt besteht nur dann keine Verpflichtung zu einer eigenen Erwerbstätigkeit, wenn der geschiedene Ehegatte *wegen* Kindesbetreuung, Krankheit oder Alter an der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit gehindert ist.

17.1 Vor Vollendung des 3. Lebensjahres eines Kindes besteht keine Obliegenheit, eine Erwerbstätigkeit aufzunehmen oder auszuweiten.

Ob und in welchem Umfang anschließend die Aufnahme oder Ausweitung einer Erwerbstätigkeit neben der Betreuung minderjähriger Kinder zumutbar ist, ist unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der bisher ausgeübten Tätigkeit und den Möglichkeiten der Kinderbetreuung, zu beurteilen.

17.2 Bei Getrenntlebensunterhalt besteht in der Regel nach Ablauf des ersten Trennungsjahres die Obliegenheit, den eigenen Unterhalt durch Aufnahme oder Ausweitung einer Erwerbstätigkeit zu sichern. Nr. 17.1 ist zu beachten.

OLG Celle²⁵

17. Erwerbsobliegenheit

17.1 Einen Ehegatten trifft keine Erwerbsobliegenheit, solange er ein Kind betreut, das das dritte Lebensjahr noch nicht vollendet hat. Bei Betreuung älterer Kinder richtet sich die Erwerbsobliegenheit nach den Umständen des Einzelfalls. Dabei ist insbesondere auf die Zahl der Kinder und deren Alter sowie auf andere Betreuungsmöglichkeiten abzustellen.

Ein abrupter, übergangsloser Wechsel von der elterlichen Betreuung zu einer Vollzeitwerbstätigkeit liegt in der Regel nicht im Interesse des Kindeswohls.

17.2 In der Regel besteht für den Berechtigten im ersten Jahr nach der Trennung keine Obliegenheit zur Aufnahme oder Ausweitung einer Erwerbstätigkeit.

Rheinland-Pfalz²⁶

OLG Koblenz²⁷

17. Erwerbsobliegenheit

17.1 Die Erwerbsobliegenheit des Ehegatten *bei Betreuung* eines oder mehrerer Kinder bestimmt sich nach den Umständen des Einzelfalls (§ 1570 BGB).

Bis zum Ende des dritten Lebensjahres eines Kindes besteht in aller Regel keine Verpflichtung, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen (§ 1570 I 1 BGB). Ab dann ist regelmäßig die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit zumutbar, es sei denn, in der Person des Kindes liegende Gründe erforderten die ständige Anwesenheit des betreuenden Elternteils (§ 1570 I 2 und 3 BGB). Dabei sind insbesondere die bestehenden Möglichkeiten der Kindesbetreuung zu berücksichtigen.

Darüber hinaus kann der Umfang der Erwerbsobliegenheit aus elternbezogenen Gründen eingeschränkt sein, wenn dies unter Berücksichtigung der Gestaltung von Kinderbetreuung und Erwerbstätigkeit in der Ehe sowie der Dauer der Ehe der Billigkeit

²⁴ vgl. Beilage zur NJW Heft 10/2008 bzw. Beilage zu der Zeitschrift FPR zu Heft 3/2008, Seite 71 mitgeteilt von den Familiensenaten.

²⁵ vgl. Beilage zur NJW Heft 10/2008 bzw. Beilage zu der Zeitschrift FPR zu Heft 3/2008, Seite 34 mitgeteilt von VRin OLG D. Schmitz; Celle.

²⁶ Das OLG Zweibrücken wendet die süddeutschen Leitlinien an.

²⁷ vgl. Beilage zur NJW Heft 10/2008 bzw. Beilage zu der Zeitschrift FPR zu Heft 3/2008, Seite 57, mitgeteilt von den Familiensenaten.

entspricht (§ 1570 II BGB). Bei der Betreuung mehrerer Kinder sind diese Regeln angemessen zu modifizieren.

17.2 Spätestens ein Jahr nach der Trennung besteht in der Regel eine Obliegenheit zur Aufnahme oder Ausweitung einer Erwerbstätigkeit.

Ostdeutsche Bundesländer

OLG Dresden (Sachsen)²⁸

17. Erwerbsobliegenheit

17.1 Bei Betreuung eines Kindes kann bis zur Vollendung des 3. Lebensjahres eine Erwerbstätigkeit nicht erwartet werden. Danach besteht eine Erwerbsobliegenheit nach Maßgabe der Betreuungsbedürftigkeit und der zumutbaren Betreuungsmöglichkeit. Eine Obliegenheit zur Vollerwerbstätigkeit besteht in der Regel mit Vollendung des 14. Lebensjahres. Soweit mehrere Kinder zu betreuen sind, ist auf die Umstände des Einzelfalls abzustellen.

17.2 In der Regel besteht für den Berechtigten im ersten Jahr nach der Trennung keine Obliegenheit zur Aufnahme oder Ausweitung der Erwerbstätigkeit.

OLG Jena (Thüringen)²⁹

Das OLG hat keine Regelung in Ziffer 17 vorgesehen.

OLG Naumburg (Sachsen-Anhalt)³⁰

17. Erwerbsobliegenheit

17.1 Erwerbsobliegenheit bei Kindesbetreuung

Die Erwerbsobliegenheit des Ehegatten, der minderjährige Kinder betreut, richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls. Dabei ist insbesondere auf die Zahl der Kinder und deren Alter, auf etwaige Schulprobleme und andere Betreuungsmöglichkeiten abzustellen (vgl. § 1570 BGB).

Geht der unterhaltsberechtigte Ehegatte über das an sich zumutbare Maß hinaus einer Erwerbstätigkeit nach, so richtet sich die Anrechenbarkeit seines dadurch erzielten Einkommens auf den Unterhaltsanspruch nach § 1577 II BGB.

17.2 Erwerbsobliegenheit bei Trennungsunterhalt

In der Regel besteht für den Berechtigten im ersten Jahr nach der Trennung keine Obliegenheit zur Aufnahme oder Ausweitung einer Erwerbstätigkeit.

OLG Brandenburg³¹

17. Erwerbsobliegenheit

17.1 bei Kindesbetreuung

Die Zumutbarkeit von Erwerbstätigkeit neben Kinderbetreuung richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls.

17.2 bei Trennungsunterhalt

Inwieweit in der Trennungszeit eine Erwerbsobliegenheit besteht, richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls.

²⁸ vgl. Beilage zur NJW Heft 10/2008 bzw. Beilage zu der Zeitschrift FPR zu Heft 3/2008, Seite 37/38 mitgeteilt von den Familiensenaten.

²⁹ vgl. Beilage zur NJW Heft 10/2008 bzw. Beilage zu der Zeitschrift FPR zu Heft 3/2008, Seite 53.

³⁰ vgl. Beilage zur NJW Heft 10/2008 bzw. Beilage zu der Zeitschrift FPR zu Heft 3/2008, Seite 67, mitgeteilt von den Vorsitzenden der 3 Familiensenate.

³¹ vgl. Beilage zur NJW Heft 10/2008 bzw. Beilage zu der Zeitschrift FPR zu Heft 3/2008, Seite 22 mitgeteilt von VRiOLG Prof. Schael, OLG Brandenburg, RiOLG Gutjahr, OLG Brandenburg.

OLG Rostock³²

17 Erwerbsobliegenheit

17.1 Bei Betreuung eines Kindes kann bis zur Vollendung des 3. Lebensjahres eine Erwerbstätigkeit nicht erwartet werden. Danach besteht eine Erwerbsobliegenheit nach Maßgabe der Betreuungsbedürftigkeit und der zumutbaren Betreuungsmöglichkeit. Soweit mehrere Kinder zu betreiben sind, ist auf die Umstände des Einzelfalls abzustellen.

Geht der unterhaltsberechtigte Ehegatte über das an sich zumutbare Maß hinaus einer Erwerbstätigkeit nach, so richtet sich die Anrechenbarkeit seines dadurch erzielten Einkommens auf den Unterhaltsanspruch nach § 1577 II BGB.

17.2 In der Regel besteht für den Berechtigten im ersten Jahr nach der Trennung keine Obliegenheit zur Aufnahme oder Ausweitung einer Erwerbstätigkeit.

Schleswig-Holstein

OLG Schleswig³³

17. Erwerbsobliegenheit

17.1 Bei Betreuung eines Kindes kann bis zur Vollendung des 3. Lebensjahres eine Erwerbstätigkeit nicht erwartet werden. Danach besteht eine Erwerbsobliegenheit nach den Umständen des Einzelfalls: das bisher von der Rechtsprechung entwickelte Altersstufenmodell ist in dieser Form nicht mehr anzuwenden.

17.2 In der Regel besteht für den Berechtigten im ersten Jahr nach der Trennung keine Obliegenheit zur Aufnahme oder Ausweitung einer Erwerbstätigkeit.

Saarland

OLG Saarbrücken³⁴

Die unterhaltsrechtlichen Leitlinien enthalten nur Selbstbehaltssätze, keine Regelung zu Ziffer 17.

III. Auseinandersetzung mit den Leitlinien:

Schaut man sich die Leitlinien im Einzelnen an, fällt auf, dass sie unterschiedlicher nicht sein können:

1. Einigkeit besteht lediglich darin, dass für den Berechtigten im 1. Jahr nach der Trennung keine Obliegenheit zur Aufnahme oder Ausweitung einer Erwerbstätigkeit besteht. Dies ist auch wegen der Orientierungsphase; m.E. uneingeschränkt richtig.³⁵ Sie entspricht auch der bisherigen Rechtsprechung.

³² vgl. Beilage zur NJW Heft 10/2008 bzw. Beilage zu der Zeitschrift FPR zu Heft 3/2008, Seite 74 mitgeteilt von den Senaten des OLG.

³³ Vgl. Beilage zur NJW Heft 10/2008 bzw. Beilage zu der Zeitschrift FPR zu Heft 3/2008, Seite 78 mitgeteilt von der RiOLG U. Hecht, Schleswig

³⁴ Vgl. Beitrag zu NJW 10/2008 S. 76

³⁵ a. A. Niebling FF 2008, 193.

2. Einigkeit besteht auch noch darin, dass entsprechend dem Gesetzestext bei Betreuung eines Kindes bis zur Vollendung des 3. Lebensjahres eine Erwerbstätigkeit nicht erwartet werden kann. Der Basisunterhalt besteht gleichermaßen bei der Mutter des nichtehelichen Kindes und der geschiedenen Ehefrau des ehelichen Kindes, nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vom 28.02.2007.³⁶

Der Gesetzgeber hätte die Möglichkeit gehabt, natürlich auch den anderen Weg zu wählen und den Betreuungsunterhalt der Mutter des nichtehelichen Kindes dem Geschiedenenunterhalt nach § 1570 BGB und dem Altersphasenmodell anzupassen. Dies hat der Gesetzgeber aus guten Gründen nicht gemacht, wobei das Bundesverfassungsgericht beide Möglichkeiten offengelassen hat. Für die Zeit nach Vollendung des 3. Lebensjahres eröffnet das Unterhaltsänderungsgesetz Möglichkeiten, den Unterhaltsanspruch des betreuenden Elternteils unter Billigkeitsgesichtspunkten zu verlängern, und zwar sowohl in § 1615 I BGB als auch in § 1570 BGB. Hierbei sind zunächst die kindbezogenen Gründe zu erörtern, z. B. Krankheit, Behinderung, Entwicklungsstörungen. In diesem Rahmen sind auch die Möglichkeiten der Kinderbetreuung zu erörtern.

In einer weiteren Stufe ist dann zu erörtern, ob elternbezogene Gründe gegeben sind, die aus dem Gesichtspunkt der Billigkeit zu einer Verlängerung der Unterhaltspflicht führen.³⁷

3. Viele Leitlinien wiederholen den Text aus der amtlichen Begründung zur Änderung des § 1570 BGB. Ein abrupter, übergangsloser Wechsel von der elterlichen Betreuung zur Vollzeitberufstätigkeit ist nicht erforderlich. Insofern ist ein abgestuftes Modell sinnvoll.³⁸
4. Ab Vollendung des 3. Lebensjahres gehen allerdings die Auffassungen sehr weit auseinander:
 - a) Das *OLG Hamburg* sagt ganz deutlich, dass das bisher von der Rechtsprechung entwickelte Altersstufenmodell in dieser Form nicht mehr anzuwenden ist. Die Süddeutschen Leitlinien, die Leitlinien der *Oberlandesgerichte Köln, Düsseldorf, Bremen, Hamburg, Berlin, Braunschweig, Oldenburg, Koblenz, Naumburg, Brandenburg, Rostock, Schleswig* stellen den Einzelfall heraus und wollen offenkundig keine Wiederholung oder Neueinführung eines geänderten oder neuen Altersphasenmodells.
 - b) Sehr ausführlich beschäftigt sich das *OLG Hamm* mit dem Altersphasenmodell, wobei es im Grunde genommen das alte Altersphasenmodell fortschreibt. Dies dürfte dem Gesetzestext nicht entsprechen. Ob man dieses Altersphasenmodell jetzt neues Altersphasenmodell nennt, oder modifiziertes Altersphasenmodell, ist unerheblich. Es ist im Grund genommen eine Fortsetzung des alten Modells

³⁶ BVerfG FamRZ 2007, 965, sowie *Hohmann-Dennhardt* FF2007, 174 und *Schumann* FF 2007, 227, *Diederichsen* § 1615 I RdNr. 13 BGB.

³⁷ Vgl. hierzu im Einzelnen *Peschel-Gutzeit* Unterhaltsrecht aktuell § 8 RdNr. 301 ff.

³⁸ So z.B. die Süddeutschen Leitlinien, oder OLG Köln oder OLG Bremen.

und dies will der Gesetzgeber gerade nicht.³⁹ Alle diese Versuche, das Altersphasenmodell über die Zeit ab 01.01.2008 hinüberzuretten, sind mit dem Gesetzestext und der Begründung nicht zu vereinbaren.⁴⁰

- c) Das *OLG Dresden* sieht eine Erwerbsobliegenheit nur nach Maßgabe der Betreuungsbedürftigkeit und der zumutbaren Betreuungsmöglichkeit ab Vollendung des 3. Lebensjahres und dass eine Obliegenheit zur Vollerwerbstätigkeit in der Regel erst mit Vollendung des 14. Lebensjahres besteht.

Auch wenn sich in der Praxis unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit ein neues Altersphasenmodell entwickeln sollte, wäre dies vom Gesetzgeber eindeutig nicht gewollt⁴¹.

Es ist deshalb notwendig, stärker auf den konkreten Einzelfall und die tatsächlich bestehende verlässliche Möglichkeit der Kinderbetreuung abzustellen.⁴²

In keinem Fall sollte das viel zu starre Altersphasenmodell mit der Anknüpfung an das Alter des Kindes und die Zahl der Kinder fortgeführt werden.

Das Altersphasenmodell ist von der Rechtsprechung entwickelt worden, allerdings vom BGH nicht so aufgenommen worden, wie dies teilweise dargestellt wird. Der BGH war immer der Auffassung, dass zwar bestimmte Kriterien maßgeblich sind, insbesondere auch die ersten Grundschuljahre des Kindes von Bedeutung sind für die Frage der Erwerbsobliegenheit. Allerdings hat der BGH auch immer sehr deutlich gemacht, dass es sich um Einzelfälle handelt und die Umstände des Einzelfalls grundsätzlich eine Abweichung bedingen. Wer aber eine Ausnahme von der aus der Erfahrung abgeleitete Regel in Anspruch nimmt, trägt für die Voraussetzung die Darlegungs- und Beweislast.⁴³ Der langjährige Vorsitzende des 12. Zivilsenates, Lohmann, hat darauf hingewiesen, dass immer im Einzelfall zu entscheiden ist, insbesondere auch dann, wenn der Ehegatte neben der Kinderbetreuung schon vor der Trennung und Scheidung der Eheleute einer Erwerbstätigkeit nachgegangen ist.⁴⁴

Insofern ist es in den letzten Jahren und Jahrzehnten durch die Oberlandesgerichte zu einer deutlich verfestigten Altersphasenmodellregelung gekommen, die im Prinzip überhaupt keine Möglichkeit mehr eingeräumt hat, den Einzelfall zu entscheiden.

³⁹ Vgl. insofern auch *Klein* – Das neue Unterhaltsrecht 2008, Seite 52, der ein modifiziertes Altersphasenmodell meint fordern zu müssen. *Borth* beschreibt sowohl in seinem Buch, Unterhaltsrecht FamRZ-Buch 2007 als auch in der FamRZ 2008, 29 ein neujustiertes Altersphasenmodell.

⁴⁰ Vgl. im Übrigen auch *Viefhues ZFE* 2008, 48 und *Peschel-Gutzeit* – Das neue Unterhaltsrecht 2008, 240; ähnlich auch *Schilling FPR* 2008, 27-29 und *Wever FamRZ* 2008, 228; *Hohmann-Dennhardt FF* 2007, 174, 178.

⁴¹ *Menne/Grundmann* Das Unterhaltsrecht Seite 45.

⁴² *Palandt/Brudermüller* – Nachtrag zur 67. Aufl. 2008 RdNr. 11 zu § 1570 BGB; ähnlich auch *Hoppenz/Hülsmann* § 1570 n.F. RdNr. 6 und *Peschel-Gutzeit FPR* 2008, 24, 27.

⁴³ BGH Urteil vom 31.01.1990 FamRZ 1990, 496, 497.

⁴⁴ vgl. BGH FamRZ 1981, 1159 und *Lohmann* „Neue Rechtsprechung des BGH zum Familienrecht“ 8. Aufl. 1997.

Es ist deshalb auch kein Wunder, dass der Gesetzgeber dieses alte, überkommene und starre System aufbrechen wollte, um die tatsächlich auch beim Betreuungsunterhalt notwendige Einzelfallregelung durchzusetzen.⁴⁵

Zusammenfassend lässt sich feststellen, die Leitlinien bieten in ihrer Mehrzahl wohl die Möglichkeit, differenziert im Einzelfall eine Entscheidung herbeizuführen.

Das bisher ausschließlich am Alter und der Zahl der Kinder abgeleitete Altersphasenmodell ist nicht geeignet, in Zukunft herangezogen zu werden.

Mit dem bisherigen Modell kann dieses Ziel der Einzelfallgerechtigkeit allerdings nicht erreicht werden. Demzufolge muss im Einzelfall auch geprüft werden, welche Voraussetzungen beide Eheleute bieten und welche Betreuungsmöglichkeiten auch tatsächlich vorhanden sind, um eine optimale Betreuung herbeizuführen.⁴⁶

Überobligatorisches Einkommen kann es ab dem 3. Lebensjahr nicht mehr geben, da eine Erwerbstätigkeit nach drei Jahren vom Gesetzgeber gewollt ist. Nach dem alten Altersphasenmodell wurde eine überobligatorische Tätigkeit nur zum Teil berücksichtigt (Bsp.: Frau, geschieden, erzielt aus Halbtags­tätigkeit 1.000 €, müsste aber nicht arbeiten, weil das Kind erst 6 Jahre alt ist).⁴⁷

Auch der sogenannte **Betreuungsbonus** kommt ab dem 01.01.2008 mit dem Inkrafttreten des neuen Unterhaltsrechts nicht mehr in Betracht, soweit es um den Betreuungsunterhaltsanspruch bei Betreuung eines Kindes ab dem 3. Lebensjahr geht. Das mag vielleicht bei mehreren Kindern anders gemacht werden.

Die **Darlegungs- und Beweislast** für die Umstände, die einer vollen oder teilweise Erwerbsobliegenheit ab Vollendung des 3. Lebensjahres entgegenstehen, trifft den betreuenden Elternteil. Insofern kommt es auf die konkrete Betreuungssituation an, auf die Zumutbarkeit der konkreten außerhäuslichen Betreuung und auf den Zeitraum, den die konkrete Betreuungsmöglichkeit bietet.⁴⁸

Eine Marktforschung über die Betreuungssituation in der Umgebung ist überflüssig.⁴⁹

Völlig überzogen ist in diesem Zusammenhang auch in jedem Fall ein **Gutachten** einzufordern. Dies kann nur so verstanden werden, dass das Gesetz ad absurdum geführt werden soll. Nur in ganz extremen Ausnahmefällen kann es sinnvoll sein, auch durch Gutachten zu überprüfen, ob eine außerhäusliche Betreuung möglich ist oder nicht.

⁴⁵ vgl. insofern auch *Menne FamRB 2008*, 115 gegen *Wellenhofer FamRZ 2007*, 1282 und wohl auch *Kalthoener/Büttner/Niepmann* „Die Rechtsprechung zur Höhe des Unterhalts“ 10. Aufl. 2008 RdNr. 466.

⁴⁶ vermittelnd *Palandt/Brudermüller* Ergänzende Kommentierung im Nachtrag zur 67. Aufl. 2008 zu § 1570 RdNr. 11 f; *Kath-Zurhorst* in *Schnitzler Münchener Anwaltshandbuch* 2. Aufl. 2008 zu § 9 RdNr. 18 ff. und *Palandt/Diederichsen* Nachtrag zur 67. Aufl. 2008 zu § 1615 I RdNr. 17, ferner *Wever FamRZ 2008*, 553 und *Budzikiewscz NJW 2007*, 3536 und *Schilling FamRZ 2008*, 27.

⁴⁷ *Palandt/Brudermüller* a. a. O. zu § 1570 RdNr. 18; a. A. *FA-FamR Gerhardt* 6. Aufl. 2006 6. Kapitel RdNr. 63a; *Meier FamRZ 2008*, 101 ff.

⁴⁸ Vgl. *Schürmann FF 2007*, 235; *Viefhues/Mleczo* a. a. O. RdNr. 198 ff.

⁴⁹ Viel zu weitgehend *Wellenhofer FamRZ 2007*, 1282/1283.

Dies ist nach meiner Vorstellung z. B. der Fall, wenn ein Kind durchaus in die Schule gehen kann, gleichzeitig allerdings durch Krankheit eingeschränkt ist. Hier dürfte eine Festlegung an tatsächlichen Gegebenheiten nicht ausreichen.

Befristung des Betreuungsunterhaltsanspruchs?

Ganz schwierig ist die Frage zu beantworten, ob der Unterhaltsanspruch befristet werden muss. Maurer hat in einer Anmerkung zu dem Urteil des BGH vom 06.02.2008⁵⁰ die Auffassung vertreten, dass in jedem Fall während der ersten drei Lebensjahre der geltend gemachte Unterhaltsanspruch auf Betreuungsunterhalt bis zur Vollendung des dritten Lebensjahres zu befristen ist.⁵¹

Das OLG Köln hat sich in seinen Leitlinien, ähnlich wie jetzt neuerdings auch seit 19.05.2008 das OLG Frankfurt, dafür ausgesprochen, dass keine Befristung erfolgen soll.

Die Frage ist von eminent wichtiger Bedeutung, weil die Anwaltschaft wissen muss, ob sie die Anträge entsprechend so fasst, dass bereits im Erstprozess die Befristung beantragt wird.

Wenn Befristung tatsächlich erforderlich ist, wäre der Unterhaltsberechtigte und zwar nach meiner Auffassung gleichermaßen die Mutter eines nichtehelichen Kindes nach § 1615 I BGB ebenso wie die geschiedene Ehefrau eines ehelichen Kindes nach § 1570 BGB, auf eine Leistungsklage ab Vollendung des dritten Lebensjahres zu verweisen. Der Unterhaltsverpflichtete müsste sich dann mit einer Abänderungsklage wehren, wenn eine Befristung nicht gefordert ist.

Ob allerdings das Kriterium tatsächlich ausreichend ist, dass eine sichere Prognose der künftigen Entwicklung während der drei Jahre gestellt werden kann, darf bezweifelt werden. Denn ob bei einer Entscheidung über den Betreuungsunterhalt vor Vollendung des dritten Lebensjahres des Kindes diese sichere weitere Entwicklung schon vorhersehbar ist, ist doch völlig offen.⁵²

Die Frage der Befristung wird möglichst schnell höchstrichterlich entschieden werden müssen, damit wenigstens in diesem Bereich Klarheit gefunden werden kann.

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass das Gesetz die Möglichkeit bietet, von dem starren, wenig differenzierenden Modell abzurücken und neue intelligente Kriterien zu finden, die sämtliche Gesichtspunkte im Zusammenhang mit der Betreuung von Kindern erfasst. Insofern bietet das neue Gesetz alle Möglichkeiten für die Anwaltschaft und die Familiengerichte, mit dieser zweifellos schwierigeren Situation optimal umzugehen.

⁵⁰ FamRZ 2008, 968

⁵¹ FamRZ 2008, 975 ähnlich *Hauss* FamRB 2007, 367; *Peschel-Gutzeit* FPR 2008, 2427; *Schilling* FF 2008, in diesem Heft und FPR 2008, 27, 30 sowie *Wever* FamRZ 2008, 553, 558; ähnlich *Diederichsen* zu § 1615 I BGB a. a. O. RdNr. 15.

⁵² Vgl. in diesem Zusammenhang auch *Palandt/Brudermüller* zu § 1570 BGB RdNr. 25 und *Borth* Unterhaltsänderungsgesetz RdNr. 81, 364 sowie *Menne* FamRB 2008, 115.

Rückwärtsgewandte, nostalgische Erwägungen, wie schön und einfach es früher doch war, führen in dem Zusammenhang nicht weiter.

Die Anwaltschaft sollte bereit sein, alles zu unternehmen, um dem neuen Gesetz und damit mehr Einzelfallgerechtigkeit zum Durchbruch zu verhelfen.