

se für die verfassungsrechtliche Prüfung erhebliche Tatsachen zutage gefördert werden. Die Pflicht zur Anrufung der Fachgerichte besteht ausnahmsweise dann nicht, wenn die angegriffene Regelung die Beschwerdeführer zu Dispositionen zwingt, die später nicht mehr korrigiert werden können, oder wenn die Anrufung der Fachgerichte den Beschwerdeführern nicht zuzumuten ist, etwa weil das offensichtlich sinn- und aussichtslos wäre. Kann der mit dem Subsidiaritätsgrundsatz insbesondere verfolgte Zweck, eine fachgerichtliche Klärung der verfassungsrechtlich relevanten Sach- und Rechtsfragen herbeizuführen, nicht erreicht werden, ist die vorherige Anrufung der Fachgerichte gleichfalls entbehrlich (BVerfGE 79, 1, 19; vgl. auch BVerfGE 74, 69, 74 f.). In Anwendung dieser Grundsätze ist die Verfassungsbeschwerde unzulässig.

Hinsichtlich der Anrechnung des Kindergeldes auf die Barunterhaltspflicht steht den Beschwerdeführern der Rechtsweg offen. Einwendungen gegen die Art und Höhe der Kindergeldanrechnung können sowohl im Rahmen einer Leistungs-, Abänderungs- oder Feststellungsklage als auch im vereinfachten Verfahren zur Unterhaltsfestsetzung oder zur Abänderung von Unterhaltstiteln gem. §§ 645, 655 ZPO geltend gemacht werden (vgl. § 648 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 Buchstabe c, § 655 Abs. 3 ZPO). Auslegung und Tragweite von § 1612b Abs. 5 BGB sind daher zunächst durch die Fachgerichte zu klären.

Dafür, daß die Beschwerdeführer durch die Gesetzesänderung zu später nicht mehr korrigierbaren Entscheidungen gezwungen oder schon jetzt zu Dispositionen veranlaßt würden, die sie später nicht mehr korrigieren können, oder daß eine fachgerichtliche Klärung der Sach- und Rechtsfrage nicht erreichbar wäre, ist nichts vorgetragen und auch nichts ersichtlich.

Diese Entscheidung ist unanfechtbar ... “

Mitgeteilt von RiAG a. D. *Dieter Miesen*, Meckenheim

### **§ 1626a BGB, Art. 6 GG Gemeinsames Sorgerecht; Sorgerechtserklärung**

BGH, Beschl. v. 4. 4. 2001 – XII ZB 3/00 (OLG Stuttgart/AG Tübingen)

**Die Regelung des § 1626a BGB, nach der das gemeinsame Sorgerecht nicht miteinander verheirateter Eltern die Abgabe übereinstimmender Sorgeerklärungen voraussetzt, ist mit dem Grundgesetz vereinbar.**

Mitgeteilt von Rechtsanwalt und Fachanwalt für Familienrecht *Georg Rixe*, Bielefeld

■ *Anmerkung:* Die Redaktion beabsichtigt das vollständige Urteil im nächsten Heft abzdrukken.

### **§ 1615 I Abs. 2 S. 2 BGB Zum Unterhaltsanspruch der Mutter eines nichtehelichen Kindes**

LG Würzburg, Urt. v. 15. 11. 2000 – 42 S 221/98 (AG Würzburg)

**Im Grundsatz keine Verweisung auf eigene Erwerbstätigkeit; Scheitern des Unterhaltsanspruchs wegen einzusetzenden Grundvermögens.**

*Aus den Gründen:* „ ... Die Kl hat keinen Anspruch auf Betreuungsunterhalt nach § 1615 I Abs. 2 S. 2 BGB: Nach § 1615 I Abs. 2 S. 2 BGB ist der Vater verpflichtet, der Mutter Unterhalt zu gewähren, soweit von der Mutter wegen

der Pflege oder Erziehung des Kindes eine Erwerbstätigkeit nicht erwartet werden kann. Nach § 1615 I Abs. 2 S. 1 BGB sind die Vorschriften über den Verwandtenunterhalt entsprechend anzuwenden. Unterhaltsberechtigt ist deshalb nur, wer außerstande ist, sich selbst zu unterhalten (§ 1615 I Abs. 3 S. 1 i.V.m. § 1602 Abs. 1 BGB).

Zwar kann von der Kl wegen der Erziehung ihres Kindes eine Erwerbstätigkeit während der ersten drei Lebensjahre des Kindes nicht erwartet werden (hierzu unter I.). Die Kl hat aber keinen Unterhaltsanspruch, weil sie imstande ist, sich durch zumutbare Verwertung ihres Vermögens selbst zu unterhalten (hierzu unter II.).

#### **I. Erwerbsobliegenheit der Klägerin**

1) Zwar kann von der Kl während der ersten drei Lebensjahre ihres Kindes eine Erwerbstätigkeit nicht erwartet werden, § 1615 I Abs. 2 S. 2 BGB. Die Frage einer Erwerbsobliegenheit der Mutter trotz Kindesbetreuung entscheidet sich nach den konkreten Umständen des Einzelfalles, wobei es auf die persönlichen Verhältnisse des Berechtigten, die Betreuungsbedürftigkeit des Kindes und die wirtschaftlichen Verhältnisse der Eltern ankommt. Da es wegen der grundsätzlichen Unterhaltsbefristung in der Regel um sehr kleine Kinder geht, ist der Mutter eine Erwerbstätigkeit nach einem allgemeinen Erfahrungssatz im Zweifel nicht zumutbar, so daß ihr eine faktische Entschließungsfreiheit zugunsten der Kindesbetreuung zukommt (*Pauling*, in: *Wendl/Staudigl*, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, 5. Aufl., § 6 Rn. 763; *Maurer*, in: *Göppinger/Wax*, Unterhaltsrecht, 7. Aufl., Rn. 1243). Die Kammer teilt die Auffassung des Erstrichters, daß in Anbetracht der konkreten Umstände des vorliegenden Falles von der Kl eine Erwerbstätigkeit nicht erwartet werden konnte. Im einzelnen wird auf die Ausführungen auf Seite 7 und Seite 8 1. Absatz des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

2) Der Umstand, daß die Kl während des Zeitraumes, für den sie Unterhalt erstrebt, neben der Betreuung ihres Kindes ein Aufbaustudium zur Sonderschullehrerin durchgeführt hat, steht dem Anspruch auf Betreuungsunterhalt nicht entgegen. Zwar wird nach § 1615 I BGB Ausbildungsunterhalt nicht geschuldet (*Maurer*, in: *Göppinger/Wax*, a.a.O., Rn. 1262). Die Kammer ist jedoch der Überzeugung, daß die Kl ihre Erwerbstätigkeit in erster Linie deshalb aufgegeben hat, um ihr Kind zu betreuen und nicht etwa deshalb, um ein Aufbaustudium durchzuführen, denn die Kl hat glaubhaft dargelegt, daß sie das Aufbaustudium, wenn sie nicht schwanger geworden wäre, berufsbegleitend neben ihrer Erwerbstätigkeit durchgeführt hätte. Zwar mag aufgrund der eingetretenen Schwangerschaft die Absicht, das Aufbaustudium aufzunehmen, neben dem Wunsch, das Kind zu betreuen, mitursächlich für die Aufgabe der Erwerbstätigkeit gewesen sein. Dies steht dem Anspruch auf Betreuungsunterhalt jedoch nicht entgegen, denn die Betreuung des Kindes muß nicht die alleinige Ursache dafür sein, daß keine Erwerbstätigkeit ausgeübt wird (*Pauling*, in: *Wendl/Staudigl*, a.a.O., § 6 Rn. 763). Die Kl hat darüber hinaus dargelegt, daß das Aufbaustudium mit der Betreuung des Kindes zu vereinbaren war.

#### **II. Bedürftigkeit der Klägerin**

Für einen Anspruch auf Betreuungsunterhalt fehlt es jedoch an der Bedürftigkeit der Kl. Nach §§ 1615 I Abs. 3 S. 1, 1602 Abs. 1 BGB setzt der Unterhaltsanspruch die Bedürftigkeit des Berechtigten voraus. Es darf also weder einsetzbares Vermögen vorhanden sein, noch dürfen Einkünfte aus Vermögen oder Erwerbstätigkeit zur Verfügung stehen bzw. wegen Verletzung der Pflicht zu sachgerechter Vermögensanlage oder zu Erwerbstätigkeit fiktiv zuzurechnen sein. Vorhandenes Vermögen ist grundsätzlich zu verwerten. Das gilt nur dann nicht, wenn die Verwertung unmöglich ist oder ganz unwirtschaftlich wäre. Es ist eine umfassende Zumutbarkeitserwägung erforderlich, die alle bedeutsamen

Umstände, insbesondere auch die Lage des Unterhaltsverpflichteten berücksichtigen muß (Pauling, in: Wendt/Staudigl, a.a.O., § 1 Rn. 310 und § 2 Rn. 614).

Zur Deckung ihres Lebensbedarfs ausreichende Einkünfte erzielt die Kl unstreitig nicht. Da sie wie oben ausgeführt, keine Erwerbsobliegenheit trifft, kommt die Anrechnung fiktiver Einkünfte nicht in Betracht. Die Kl hat jedoch verwertbares Vermögen. Sie ist Eigentümerin mehrerer Grundstücke:

1) Das Grundstück Flur-Nr. 1.561/7 kann die Kl aus rechtlichen Gründen nicht verwerten, da es für den Fall des Verkaufs oder der Belastung mit einer Rückauflassungsvormerkung zugunsten des Vaters der Kl belastet ist. Die Kl hat gegen ihren Vater keinen Rechtsanspruch darauf, daß dieser auf seine Rechte aus der Rückauflassungsvormerkung verzichtet, damit die Kl das Grundstück für ihren Unterhalt verwerten kann.

2) Die Kl ist Eigentümerin weiterer Grundstücke Flur-Nr. 1379/1, 1379/3, 1379/4 und 1561/12. Durch den Verkauf dieser Grundstücke hätte die Kl ihren Unterhalt aus ihrem eigenen Vermögen bestreiten können:

a) Wert der Grundstücke zum 1. 3. 1996:

Um ihren Unterhalt aus dem Verkauf der Grundstücke bestreiten zu können, hätte die Kl die Grundstücke im zeitlichen Zusammenhang mit der Geburt ihres Kindes, also Anfang 1996 veräußern müssen. Zum 1. 3. 1996 hatten die Grundstücke nach dem Gutachten des Sachverständigen M einen Wert in Höhe von insgesamt 196.900 DM:

Flur-Nr. 1379/1:	700 DM
Flur-Nr. 1379/3:	2.700 DM (verkauft für 15.000 DM)
Flur-Nr. 1379/4:	187.000 DM
Flur-Nr. 1561/12:	<u>6.500 DM</u>
Gesamtwert somit:	196.900 DM

Der Sachverständige M ist bei der Bewertung des Grundstückes 1379/4 zu Recht davon ausgegangen, daß es sich bei diesem Grundstück um baureifes Land i. S. d. § 4 Abs. 4 WertV 88 handelt. Der Umstand, daß nach der Aussage des Zeugen Z die vom Wendehammer der Straße ‚Obere Landwehr‘ auf öffentlichem Grund nach unten zum Grundstück der Kl führende Zufahrtsrampe erst 1998/1999 hergestellt wurde, ändert nichts daran, daß das Grundstück bereits Anfang 1996 baureifes Land war. § 4 Abs. 4 WertV 88 definiert baureifes Land als Fläche, für die Vorhaben nach öffentlichem Recht, d. h. nach Bauplanungs- und Bauordnungsrecht und sonstigen öffentlich-rechtlichen Bestimmungen zulässig sind, für die also ein Anspruch auf Bebauung besteht (Kleiber/Simon/Weyers, WertV 88, Erl. zu § 4 Abs. 4 WertV 88). Diese Voraussetzungen waren im vorliegenden Fall erfüllt, denn eine Bebauung des Grundstückes 1379/4 wäre sowohl nach Bauplanungs- als auch nach Bauordnungsrecht zulässig gewesen:

– Die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit eines Vorhabens im Geltungsbereich eines Bebauungsplanes setzt voraus, daß die Erschließung gesichert ist (§ 30 Abs. 1 BauGB). Dazu gehört nach allgemeiner Ansicht auch die verkehrsmäßige Anbindung des Baugrundstückes durch Straßen, Wege oder Plätze (Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BauGB, § 30 Rn. 42, 46; Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 7. Aufl., § 30 Rn. 16). Für die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit eines Vorhabens ist es nicht erforderlich, daß diese Erschließungsanlagen bereits vorhanden sind, es genügt, daß die Erschließung gesichert ist. Besteht ein Anspruch auf sofortige Erschließung, so kann die Erschließung als i. S. d. § 30 BauGB gesichert angesehen werden (Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 7. Aufl., § 30 Rn. 17). Ein Rechtsanspruch auf Erschließung besteht zwar grundsätzlich nicht (§ 123 Abs. 3 BauGB). Die allgemeine Erschließungspflicht einer Gemeinde kann sich jedoch zugunsten bestimmter Erschließungsmaßnahmen zu einer aktuellen Erschließungspflicht verdichten. Diese Verdichtung der allgemeinen Erschlie-

bungspflicht kann so weit gehen, daß sie zu einer aktuellen, fälligen Pflicht wird, auf deren Erfüllung entsprechende Ansprüche bestehen (Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BauGB, § 123 Rn. 29; Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 7. Aufl., § 123 Rn. 4; Driehaus, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, 5. Aufl. 1999, § 5 Rn. 23). Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist entscheidend für eine Pflichtverdichtung ein Verhalten der Gemeinde, dem in Richtung auf die Durchführung bestimmter Erschließungsmaßnahmen aus der Sicht des betroffenen Bürgers besonderes Gewicht zukommt, ihm gleichsam eine schutzwürdige Vertrauensposition mit der Folge vermittelt, daß ihm von einem bestimmten Zeitpunkt an ein weiteres Untätigbleiben der Gemeinde nicht zugemutet werden kann (Driehaus, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, 5. Aufl. 1999, § 5 Rn. 23). Einen solchen Vertrauenstatbestand hatte die Gemeinde H durch ihr Verhalten für die Kl hier geschaffen, indem die Gemeinde der Kl mit Schreiben vom 26. 10. 1994 mitgeteilt hat, daß im Zuge der Erstellung der Erschließungsanlage ‚Obere Landwehr‘ mit dem Aushubmaterial für den Wendehammer auf dem Grundstück der Kl Flur-Nr. 1379/4 eine Zufahrtsrampe ca. 3 m breit und ca. 10 m lang aufgefüllt und befestigt werde und die Gemeinde die Kl dazu veranlaßt hat, sich mit der Eintragung des hierzu erforderlichen Böschungsrechts an ihrem Grundstück zugunsten der Gemeinde H einverstanden zu erklären. Darin liegt eine rechtsverbindliche Vereinbarung der Gemeinde mit der Kl, mit der sich die Gemeinde verpflichtet hat, das Grundstück der Kl durch Erstellung einer Zufahrtsrampe wegemäßig zu erschließen. In Anbetracht der Zusage der Gemeinde, im Zuge der Erschließung eine Zufahrtsrampe auf dem Grundstück der Kl zu erstellen, durfte die Kl darauf vertrauen, daß die Gemeinde auch die auf öffentlichem Grund zum Grundstück der Kl führende Zufahrtsrampe herstellen wird. Daß hier durch das Verhalten der Gemeinde ein Anspruch der Kl auf Erstellung der Zufahrt begründet wurde, wird durch die Aussage des Leiters des Bauamtes der Gemeinde H bestätigt, wonach die Gemeinde, wenn die Kl hätte bauen wollen, hinsichtlich der Herstellung der Zufahrt ‚in Zugzwang‘ gewesen wäre. Die Erschließung des Grundstückes der Kl durch Herstellung einer Zufahrtsrampe war daher bereits im Jahr 1994 gesichert. Ein Bauvorhaben war damit bauplanungsrechtlich zulässig.

– Darüber hinaus war auch die bauordnungsrechtliche Zulässigkeit nach Art. 4 BayBO gegeben: Die bauordnungsrechtliche Zulässigkeit eines Vorhabens setzt nach Art. 4 Abs. 1 Nr. 2 BayBO voraus, daß das Grundstück in einer angemessenen Breite an einer befahrbaren öffentlichen Verkehrsfläche liegt. Die Anforderungen nach dem BauGB an die gesicherte Erschließung und nach der BayBO an die gesicherte Zufahrt sind in vielerlei Hinsicht miteinander verschränkt und stimmen weitgehend, aber nicht völlig überein. Die Anforderungen nach dem BauGB beziehen sich auf das Vorhaben (§ 29 BauGB) und nicht wie nach der BayBO auf das Grundstück (Mang-Simon, BayBO 1994, Art. 4 Rn. 3). Die Zufahrt muß im Zeitpunkt der Erteilung der Baugenehmigung gesichert sein, und zwar derart, daß das Gebäude bis zum Beginn der Benutzung an einer öffentlichen Verkehrsanlage liegt (Mang-Simon, BayBO, Art. 4 Rn. 14). Die Kl hatte – wie oben ausgeführt – einen Rechtsanspruch auf Herstellung der Zufahrtsrampe. Wenn die Kl oder ein Erwerber des Grundstückes einen Bauantrag gestellt hätte, wäre die Gemeinde daher verpflichtet gewesen, eine befahrbare öffentliche Verkehrsfläche in Form einer Zufahrtsrampe auf öffentlichem Grund herzustellen. Die bauordnungsrechtliche Zulässigkeit nach Art. 4 Abs. 1 Nr. 2 BayBO war daher gegeben.

b) Verbindlichkeiten der Klägerin

Zum 1. 3. 1996 betrogen die Verbindlichkeiten der Kl aus dem Ankauf der Grundstücke nach den eigenen Angaben

der Kl insgesamt 130.000 DM zuzüglich Zinsen in Höhe von 16.400 DM, insgesamt also 146.400 DM. Der Bekl hat das Bestehen dieser Verbindlichkeiten bestritten und vorgebracht, die vorgelegten Darlehensurkunden seien reine Gefälligkeitsbescheinigungen. Auf das Beweisangebot der Kl auf Vernehmung der jeweiligen Gläubiger aus den Darlehensurkunden zum Beweis, daß diese Verbindlichkeiten tatsächlich bestehen, kommt es nicht an, denn es kann als wahr unterstellt werden, daß diese Verbindlichkeiten bestehen. Selbst wenn die Kl Anfang 1996 Darlehensverpflichtungen in der vorgetragenen Höhe hatte, die bei einem Verkauf der Grundstücke gekündigt worden wären, hätte die Kl aus dem nach dem Gutachten M zu erwartenden Verkaufserlös nach Tilgung der Darlehen genügend Mittel übrig behalten, um daraus ihren eigenen Unterhalt für die ersten drei Lebensjahre des Kindes zu bestreiten: Wenn die Kl die Grundstücke Anfang 1996 verkauft hätte, hätte sie aus dem nach Tilgung der Darlehensverbindlichkeiten verbleibenden Betrag in Höhe von 50.500 DM (196.900 DM - 146.400 DM) ihren Unterhalt bestreiten können. Dieser Betrag hätte jedenfalls ausgereicht, um den im vorliegenden Verfahren eingeklagten Unterhalt in Höhe von 44.563,30 DM (Antrag 1. Instanz: 20 Monate zu je 1.200 DM zuzüglich 17.400 DM Rückstände zuzüglich 3.163,30 DM Anschlußberufung) aus dem eigenen Vermögen der Kl aufzubringen. Die weiteren von der Kl geltend gemachten Verbindlichkeiten können nicht berücksichtigt werden:

– Ein Darlehen von G zur Finanzierung ihres Lebensunterhaltes hätte die Kl, wenn sie die o. g. Grundstücke Anfang 1996 veräußert hätte, nicht in Anspruch nehmen müssen.

– Die Darlehen bei der Bausparkasse und das Arbeitgeberdarlehen hat die Kl nicht zum Kauf der Grundstücke, sondern erst im zeitlichen Zusammenhang mit der Geburt ihres Kindes aufgenommen. Auch diese Darlehen hätte die Kl, wenn sie die Grundstücke Anfang 1996 veräußert hätte, zur Deckung ihres Lebensunterhaltes nicht benötigt.

– Die Darlehen, die die Kl 1998 bei ihren Eltern und Verwandten aufgenommen hat, um die Erschließungskosten für das von dem Vater der Kl übertragene Grundstück Flur-Nr. 1561/7 zu bezahlen, kann die Kl nicht vom zu erwartenden Verkaufserlös der oben aufgeführten Grundstücke in Abzug bringen. Diese Darlehen dienten allein der Vermögensbildung der Kl. Der Unterhaltsberechtigte ist aber nicht berechtigt, auf Kosten des Unterhaltsverpflichteten Vermögen zu bilden.

– Die Erschließungskosten für die Grundstücke Flur-Nr. 1379/4 und 1561/12 hätte die Kl, wenn sie die Grundstücke Anfang 1996 verkauft hätte, nicht tragen müssen, denn die entsprechenden Vorausleistungsbescheide sind erst am 30. 7. 1998 ergangen. Es kann auch nicht davon ausgegangen werden, daß die Erschließungsbeitragslast bereits Anfang 1996 auf den Grundstücken Flur-Nr. 1379/4 und 1561/12 lastete und dadurch der Wert der Grundstücke entsprechend geringer war (§ 134 Abs. 2 BauGB), so daß bei einem Verkauf kein zur Deckung des Unterhalts der Kl ausreichender Betrag verblieben wäre. Die Entstehung der öffentlichen Last ist abhängig von der Entstehung der Beitragspflicht nach § 133 Abs. 2 BauGB (*Battis/Krautzberger/Löhr*; BauGB, 7. Aufl., § 134 Rn. 20). Die Beitragspflicht war hier noch nicht entstanden: Die vorgelegten Beitragsbescheide des Marktes H vom 30. 7. 1998 sind als Vorausleistungsbescheide bezeichnet; Vorausleistungsbescheide werden für Grundstücke erhoben, für die eine Beitragspflicht noch nicht entstanden ist, weil die Erschließungsanlage noch nicht hergestellt wurde (vgl. § 133 Abs. 2 und Abs. 3 BauGB).

#### c) Zumutbarkeit der Verwertung

Der Verkauf der Grundstücke zur Deckung ihres Unterhaltsbedarfs während der ersten drei Lebensjahre ihres Kindes war der Kl zumutbar: Der Verkauf der Grundstücke war der

Kl möglich. Der Verkauf der Grundstücke wäre auch nicht unwirtschaftlich gewesen. Nach dem Gutachten des Sachverständigen M waren die Grundstücke Flur-Nr. 1379/4 und 1561/12 bereits zum 1. 3. 1996 baureifes Land. Nach dem Gutachten M ist vom 1. 3. 1996 bis zum Bewertungsstichtag 19. 2. 1999 eine Wertsteigerung nur aufgrund der zwischenzeitlich bezahlten Erschließungskosten eingetreten. Die Veräußerung wäre daher nicht zur Unzeit erfolgt. Die Tatsache, daß bei einer sofortigen Verwertung eventuelle künftige Preissteigerungen nicht ausgenützt werden können, begründet keine Unzumutbarkeit oder Unwirtschaftlichkeit (*Wendl/Staudigl*, a.a.O., § 1 Rn. 323). Der Auffassung der Kl, der Verkauf zur Deckung ihres zeitlich begrenzten Unterhaltsbedarfs sei ihr nicht zumutbar, weil dann das Grundstück der Kl später nicht mehr zur Zukunftssicherung zur Verfügung stehe, kann nicht gefolgt werden. Die Kl hat nach ihren eigenen Angaben die Grundstücke erworben, um sich aus einem späteren Verkaufserlös einen Teil eines kleinen Hauses zu finanzieren. Der Erwerb der Grundstücke diene somit nach der eigenen Einlassung der Kl der Vermögensbildung. Der Unterhaltsberechtigte ist aber nicht berechtigt sein eigenes Vermögen auf Kosten des Verpflichteten zu schonen, sondern er muß es grundsätzlich verbrauchen, bevor er den Verpflichteten auf Unterhalt in Anspruch nehmen darf (BGH VersR 1960, 283, 284; *Staudinger*, 1997 § 1602 Rn. 117 ff., 127; MüKo, 3. Aufl., § 1602 Rn. 7; *Graba*, FamRZ 1985, 118). Die Grundstücke sind zudem nicht die einzigen wertvollen Vermögensgegenstände der Kl, denn sie ist darüber hinaus Eigentümerin des von ihrem Vater übertragenen Baugrundstücks Flur-Nr. 1561/7, das in Anbetracht der guten Lage einen erheblichen Wert haben dürfte. Auch in Anbetracht der Lage des Unterhaltsverpflichteten war es der Kl nicht unzumutbar, die Grundstücke zu veräußern. Der Bekl ist – wie die Kl – Lehrer. Er hat eine sichere Stellung und ein gesichertes Einkommen. Der Bekl hat aber Unterhaltspflichten für ein Kind aus seiner geschiedenen Ehe und für die Tochter der Kl zu erfüllen. Diese Verpflichtungen belaufen sich derzeit auf 505 DM und 404,70 DM, insgesamt also 909,70 DM monatlich. In Anbetracht dieser Verpflichtungen erscheint es der Kl, die Eigentümerin mehrerer unbelasteter Grundstücke ist, nicht unzumutbar, die zur Vermögensbildung erworbenen Grundstücke zur Deckung ihres eigenen Unterhaltsbedarfs zu veräußern.

Aus diesen Gründen war das Urteil des AG abzuändern und die Klage abzuweisen sowie die Anschlußberufung der Kl zurückzuweisen ...“

Mitgeteilt von Rechtsanwalt *Martin Schaut*, Würzburg

■ *Anmerkung:* Mit der Entscheidung des LG Würzburg ist eine unterhaltsrechtliche Auseinandersetzung zum Abschluß gekommen, die über die Fachpresse hinaus Beachtung gefunden hat. Dem jetzt vom LG Würzburg letztinstanzlich entschiedenen Hauptsacheverfahren war ein einstweiliges Verfügungsverfahren vorausgegangen, in dem zunächst das AG Würzburg (FF 1997, 54) der Mutter für die Dauer eines Jahres nach der Geburt des Kindes einen monatlichen Unterhalt von 1.200 DM zugesprochen hatte. Das LG Würzburg (FF 1997, 56) hatte diese Entscheidung abgeändert und der Mutter Unterhalt mit der Begründung versagt, es sei ihr zuzumuten, ihren Bedarf durch Ausübung einer Halbtagsstätigkeit in ihrem Beruf als Sonderschullehrerin zu decken und in der Zeit ihrer berufsbedingten Abwesenheit das Kind durch eine Tagesmutter betreuen zu lassen. Diese Entscheidung hatte Kritik (*Schnitzler*, Anm. FF 1997, 56), in Reaktionen von Rechtspolitikern sogar Empörung ausgelöst (vgl. Hinweise bei *Schnitzler*, a.a.O.). Die Kritik war berechtigt. Die Entscheidung des LG Würzburg im einstweiligen Verfügungsverfahren war ein Beispiel dafür, wie schwer sich einzelne Gerichte in der Vergangenheit

damit getan haben, die in mehreren Schritten vollzogene Ausweitung des Unterhaltsanspruchs der Mutter, die ein nicht aus einer Ehe stammendes Kind betreut, durch den Gesetzgeber (im einzelnen *Wever*; FF 2000, 20) anzunehmen und in der Praxis umzusetzen.

Für den vorliegenden Fall war eine Änderung des § 1615 I Abs. 2 S. 2 BGB von Bedeutung, die am 1. 10. 1995 Gesetz geworden ist und unverändert Gültigkeit hat. Bis dahin konnte die Mutter Betreuungunterhalt nur verlangen, wenn sie nicht oder nur beschränkt erwerbstätig war, „weil das Kind anderenfalls nicht versorgt werden könnte“. Damit traf die Mutter grundsätzlich eine Erwerbsobliegenheit; nur wenn sie keine Möglichkeit der Fremdbetreuung – etwa durch eine Kinderkrippe oder durch ihre Eltern – hatte, konnte sie Betreuungunterhalt verlangen, und das auch nur während des ersten Jahres nach der Entbindung. Nach der jetzigen Gesetzesfassung, die den Wortlaut des § 1570 BGB (Betreuungsunterhalt bei geschiedenen Ehegatten) übernommen und den Unterhaltszeitraum ausgeweitet hat, kann Unterhalt verlangt werden, „soweit von der Mutter wegen der Pflege oder Erziehung des Kindes eine Erwerbstätigkeit nicht erwartet werden kann“. Die Bedeutung dieser „Erwartungsklausel“ ist nicht ganz unumstritten. Doch besteht inzwischen weitgehend Einigkeit darüber, daß damit auch die Mutter, die ein nicht aus einer Ehe stammendes Kind im Alter von bis zu drei Jahren betreut, jedenfalls im Regelfall frei entscheiden kann, ob sie die Kindesbetreuung übernimmt und auf eine Erwerbstätigkeit verzichtet. Denn während der ersten drei Lebensjahre liegt die persönliche Betreuung durch einen Elternteil in aller Regel im Interesse des Kindes; von der zur Übernahme der Betreuung bereiten Mutter kann daher eine Erwerbstätigkeit regelmäßig nicht erwartet werden. Sie hat den Anspruch bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen wie Bedürftigkeit und Leistungsfähigkeit grundsätzlich auch dann, wenn eine andere Betreuungsmöglichkeit besteht, etwa in einer Kinderkrippe, die sie aber nicht in Anspruch nehmen will. Wenn diese Entscheidungsfreiheit der Mutter Grenzen hat, wie die h. M. zu Recht aus der Gesetzesformulierung herleitet (u. a. KG NJW-RR 2000, 809; *Derleder*; DEuFamR 1999, 84, 89; a. A. wohl *Büttner*; FamRZ 2000, 781, 782), so sind sie jedenfalls so eng gesteckt, daß sie nur in seltenen Ausnahmefällen erreicht sein können. Die Tatsache etwa, daß Freunde oder Verwandte der Mutter oder gar des Vaters zur Beaufsichtigung des Kindes während deren beruflicher Abwesenheit bereit sind, wird nicht ausreichen können, eine Erwerbstätigkeit für zumutbar zu halten.

In seiner nun im Hauptsacheverfahren ergangenen Entscheidung hat sich das LG Würzburg diesem Absenken der Schwelle für die Anspruchsberechtigung der betreuungswilligen Mutter durch den Gesetzgeber nicht länger verschlossen. Es spricht nunmehr von einer „faktischen Entscheidungsfreiheit“ zugunsten der Kindesbetreuung und sieht zu Recht im entschiedenen Fall keine Ausnahmesituation, in der man eine – auch nur teilweise – Erwerbstätigkeit von der Mutter erwarten könnte. Auch in der Aufnahme eines Aufbaustudiums neben der Kindesbetreuung durch die klagende Mutter sieht das LG keinen Hinderungsgrund. Mit Recht, denn anders als die bis 1995 geltende Regelung verlangt § 1615 I Abs. 2 S. 2 BGB in der jetzt geltenden Fassung keine Kausalität der Kindesbetreuung für die mangelnde Erwerbstätigkeit mehr. Die Mutter hat den Anspruch nunmehr also auch dann, wenn sie aus anderen Gründen ohnehin nicht erwerbstätig sein kann, etwa weil sie studiert (vgl. OLG Hamm, FF 2000, 137).

Dennoch ist der Kl der erhoffte Unterhalt, den ihr wiederum die erste Instanz zuerkannt hatte, am Ende versagt geblieben. Das LG Würzburg hat nunmehr ihre Vermögensverhältnisse einer äußerst genauen Untersuchung unterzogen und ist zu dem Ergebnis gelangt, sie könne ihren Unterhalt im fraglichen Zeitraum von drei Jahren nach der

Geburt des Kindes aus ihrem Vermögensstamm bestreiten, sei also nicht unterhaltsbedürftig. Ist diese Annahme gerechtfertigt?

Zweifellos muß die aus § 1615 I BGB unterhaltsberechtigter Mutter grundsätzlich ihren Vermögensstamm angreifen, bevor sie den Vater des Kindes auf Unterhalt in Anspruch nimmt. Das ergibt sich aus der Verweisung des § 1615 I Abs. 3 S. 1 BGB – auch – auf § 1602 Abs. 1 BGB. Die Mutter steht insoweit den Unterhalt begehrenden Verwandten gleich. Die Privilegierung des minderjährigen unverheirateten Kindes, dem nach § 1602 Abs. 2 BGB sein Vermögen zu belassen ist, wird ihr nicht zuteil. Doch hat die Verpflichtung zur Heranziehung des Vermögensstammes auch bei denjenigen Unterhaltsberechtigten Grenzen, die ihn im Prinzip für Unterhaltszwecke einsetzen müssen. Sie werden durch die Gesichtspunkte der Wirtschaftlichkeit und der Billigkeit gezogen, wobei die Grenze der Billigkeit im Verwandtenunterhalt enger gezogen wird als beim Ehegattenunterhalt (vgl. *Göppinger/Wax/Maurer*; Unterhaltsrecht, 7. Aufl., Rn. 1265, 619 ff.; *Wendl/Pauling*, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, 5. Aufl., § 6 Rn. 759, § 2 Rn. 614). Was immer das im einzelnen bedeutet, eins ist klar: Den Gerichten wird durch das Kriterium der Billigkeit ein gewisser Spielraum eröffnet. Das LG Würzburg hat ihn genutzt im Sinne eines Anlegens strengster Anforderungen bei – bezieht man das in der Entscheidung nicht angesprochene Recht der Mutter auf Belassung einer Vermögensreserve ein – knappster Kalkulation. Ob das der Sachlage angemessen war?

RiOLG *Reinhardt Wever*, Bremen

#### Rechtsprechung und Literatur zu § 1615 I

LG Würzburg: FF 1997, 54 ff. mit Anmerkung *Schnitzler*  
OLG Bremen: FamRZ 2000, 636  
KG Berlin: FamRZ 2000, 636  
OLG Hamm: FamRZ 2000, 637  
OLG Koblenz: FamRZ 2000, 637  
OLG Schleswig: FamRZ 2000, 637  
OLG Oldenburg: FamRZ 2000, 1521  
OLG Oldenburg: FamRZ 2000, 1522  
OLG Frankfurt: FamRZ 2000, 1522 f.

*Büttner*, Unterhalt für die nichteheliche Mutter, FamRZ 2000, 781

*Palandt/Diederichsen*, 60. Aufl. 2001, § 1615 I Rn. 21 f.  
*Wever*, Betreuungunterhalt nach § 1615 I, FF 2000, 20

*Red.*

#### §§ 1570, 1579 Nr. 7 BGB; § 850 h ZPO Unterhaltsverwirkung

OLG Hamm, Beschl. v. 21. 2. 2000 – 8 UF 475/99 (AG Marl)

1. Sofern die Partner regelmäßig am Wochenende zusammen wohnen, ihre Beziehung fast sechs Jahre besteht, beide nach außen als Paar auftreten und der Mann von den Kindern „Papa“ genannt wird, scheidet eine (Teil-)Verwirkung nach § 1579 Nr. 7 BGB nicht daran, daß eine gemeinsame Wohnung nicht vorhanden ist (Bestätigung von OLG Hamm (2. FS) FamRZ 1989, 631; (3. FS) FamRZ 1994, 1591; (4. FS) FamRZ 1997, 374; OLG Köln FamRZ 1998, 1236, 1238; OLG Zweibrücken NJW 1993, 1660; a. A. OLG Hamm (13. FS) FamRZ 1994, 963).