

Obhut und Barunterhaltungspflicht bei wechselnder Betreuung eines Kindes

— §§ 1601 ff., 1606 Abs. 3 Satz 2, 1629 Abs. 2 Satz 2 BGB

a) Ein Kind lebt i.S.d. § 1629 Abs. 2 Satz 2 BGB in der Obhut desjenigen Elternteils, bei dem das Schwergewicht der tatsächlichen Betreuung liegt.

b) Zur anteiligen Barunterhaltungspflicht von Eltern, die sich in der Betreuung eines Kindes abwechseln.

BGH, Urt. v. 21.12.2005 – XII ZR 126/03 (OLG Stuttgart, AG Schwäbisch-Gmünd)

Tatbestand: Die Parteien streiten um Kindesunterhalt.

Der am 24.5.1991 geborene Kläger ist der Sohn des Beklagten aus dessen geschiedener Ehe. Die elterliche Sorge steht den Eltern, die beide berufstätig sind, gemeinsam zu. Der Kläger lebt überwiegend bei seiner Mutter.

Mit der vorliegenden Klage hat er beantragt, den Beklagten zur Zahlung eines Unterhaltsrückstands für die Zeit von Januar bis August 2002 von 1.080,40 EUR sowie laufenden Unterhalts ab September 2002 in Höhe von monatlich 314 EUR zu verurteilen. Der Beklagte ist der Klage entgegengetreten. Er hat zum einen geltend gemacht, sein Einkommen sei niedriger anzusetzen als es der Unterhaltsberechnung durch den Kläger zu Grunde gelegt worden sei. Zum anderen hat er die Auffassung vertreten, bei der Bemessung des Barunterhalts sei zu berücksichtigen, dass der Kläger sich im Durchschnitt an 13 Tagen im Monat bei ihm aufhalte.

Das AG hat den Beklagten verurteilt, ab März 2003 monatlichen Unterhalt von 165 EUR zu zahlen. Dabei ist es davon ausgegangen, dass der Beklagte auf Grund seiner Mitbetreuung des Klägers, der sich an neun bis elf Tagen im Monat bei ihm aufhalte, nur 2/3 des (aus Gruppe 7 der Düsseldorfer Tabelle abzüglich des hälftigen Kindergeldes) ermittelten Zahlbetrages schulde. Im Hinblick auf die für die Vergangenheit geleisteten Zahlungen ergebe sich deshalb kein Unterhaltsrückstand.

Gegen das Urteil haben beide Parteien Berufung eingelegt, mit der sie jeweils ihre erstinstanzlichen Anträge weiterverfolgt haben. Das OLG hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen und diesen auf die Berufung des Klägers – unter Zurückweisung des weiter gehenden Rechtsmittels – verurteilt, für die Zeit von Januar 2002 bis April 2003 (unter Berücksichtigung der geleisteten Zahlungen) insgesamt 888,57 EUR sowie ab Mai 2003 monatlich 287 EUR an Unterhalt zu zahlen. Dagegen richtet sich die – zugelassene – Revision des Beklagten, mit der er Klageabweisung erstrebt, soweit er zu Unterhaltszahlungen für die Zeit von Januar 2002 bis April 2003 sowie zu höherem Unterhalt als monatlich 191,33 EUR für die Zeit ab Mai 2003 verurteilt worden ist.

Entscheidungsgründe: Die Revision ist nicht begründet.

1. Das OLG hat die Zulässigkeit der von dem Kläger, gesetzlich vertreten durch seine Mutter, erhobenen Klage ohne nähere Ausführungen bejaht. Das ist im Ergebnis nicht zu beanstanden.

Nach § 1629 Abs. 2 Satz 2 BGB kann bei gemeinsamer elterlicher Sorge der geschiedene Elternteil, in dessen Obhut sich das Kind befindet, dieses bei der Geltendmachung seiner Unterhaltsansprüche gesetzlich vertreten. Der Begriff der Obhut stellt auf die tatsächlichen Betreuungsverhältnisse ab. Ein Kind befindet sich in der Obhut desjenigen Elternteils, bei dem der Schwerpunkt der tatsächlichen Fürsorge und Betreuung liegt, der sich also vorrangig um die Befriedigung der elementaren Bedürfnisse des Kindes kümmert (MüKo/Huber, 4. Aufl., § 1629 Rn 87; *Johannsen/Henrich/Jaeger*, Eherecht, 4. Aufl., § 1629 Rn 6; *Staudinger/Peschel-Gutzeit*, BGB [2002], § 1629 Rn 335; *Palandt/Diederichsen*, BGB, 65. Aufl., § 1629 Rn 31; *Erman/Michalski*, BGB, 11. Aufl., § 1629 Rn 20; *Weinreich/Ziegler*, Familienrecht, 3. Aufl., § 1629 Rn 17; *Büttner*, FamRZ 1998, 585, 593; *Roth*, JZ 2002, 651, 655; OLG Frankfurt FamRZ 1992, 575 f.; OLG Stuttgart NJW-RR 1996, 67). Leben die Eltern in verschiedenen Wohnungen und regeln sie den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes in der Weise, dass es vorwiegend in der Wohnung eines Elternteils – unterbrochen durch regelmäßige Besuche in der Wohnung des anderen Elternteils – lebt, so ist die Obhut i.S.d. § 1629 Abs. 2 Satz 2 BGB deshalb dem erstgenannten Elternteil zuzuordnen.

An einer solchen eindeutigen Zuordnungsmöglichkeit fehlt es nicht bereits dann, wenn die Eltern die Betreuung eines Kindes dergestalt aufteilen, dass es sich zu 2/3 der Zeit bei einem Elternteil und zu 1/3 der Zeit bei dem anderen Elternteil aufhält. Denn auch in einem derartigen Fall liegt der Schwerpunkt der tatsächlichen Betreuung regelmäßig bei dem Elternteil, der sich überwiegend um die Versorgung und die sonstigen Belange des Kindes kümmert (a.A. KG FamRZ 2003, 53). Betreuen die Eltern ihr Kind dagegen in der Weise, dass es in etwa gleichlangen Phasen abwechselnd jeweils bei dem einen und dem anderen Elternteil lebt (sog. Wechselmodell), so lässt sich ein Schwerpunkt der Betreuung nicht ermitteln. Das hat zur Folge, dass kein Elternteil die Obhut i.S.d. § 1629 Abs. 2 Satz 2 BGB innehat. Dann muss der Elternteil, der den anderen für barunterhaltungspflichtig hält, entweder die Bestellung eines Pflegers für das Kind herbeiführen, der dieses bei der Geltendmachung seines Unterhaltsanspruchs vertritt, oder der Elternteil muss beim Familiengericht beantragen, ihm gem. § 1628 BGB die Entscheidung zur Geltendmachung von Kindesunterhalt allein zu übertragen (MüKo/Huber, a.a.O., § 1629 Rn 88; *Johannsen/Henrich/Jaeger*, a.a.O., § 1629 Rn 6; *Weinreich/Ziegler*, a.a.O., § 1629 Rn 17; vgl. auch *Staudinger/Peschel-Gutzeit*, a.a.O., § 1629 Rn 336).

Im vorliegenden Fall ist nach der Auffassung der Revision davon auszugehen, dass der Kläger zu 1/3 durch den Beklagten mitbetreut wird. Liegt die Betreuung demzufolge aber zu 2/3 bei der Mutter, so befindet sich der Kläger in ihrer Obhut, weil das Schwergewicht der tatsächlichen Betreuung bei ihr liegt. Daher ist sie auch berechtigt, den Kläger im Rahmen des vorliegenden Rechtsstreits gesetzlich zu vertreten.

2. a) Die sich aus den §§ 1601 ff. BGB ergebende Unterhaltungspflicht des Beklagten für den Kläger steht zwischen den Par-

teien dem Grunde nach nicht im Streit. Das gilt gleichermaßen für das der Unterhaltsbemessung zu Grunde zu legende Einkommen des Beklagten, das das Berufungsgericht mit ca. 1.870 EUR für die Jahre 2002 und 2003 ermittelt hat. Dagegen haben weder die Revision noch die Revisionserwiderung Einwendungen erhoben. Unterschiedlich beurteilt wird von den Parteien allein die Frage, ob sich die Barunterhaltungspflicht des Beklagten mit Rücksicht darauf reduziert, dass der Kläger dem Beklagtenvortrag zufolge zu 1/3 von diesem mitbetreut wird.

b) Das Berufungsgericht hat eine solche quotenmäßige Kürzung des geschuldeten Barunterhalts abgelehnt. Zur Begründung hat es ausgeführt: Dem Streit darüber, an wie vielen Tagen der Beklagte das Kind mitbetreue, sei nicht im Einzelnen nachzugehen. Zwar gehe der Umgang des Vaters mit seinem Sohn weit über das übliche Maß hinaus und entlaste die Mutter teilweise von der Betreuung, insbesondere während ihrer beruflichen Tätigkeit als Krankenschwester. Es sei allerdings zum einen zu berücksichtigen, dass der große Teil der Festkosten für den Unterhalt des Klägers (Kleidung, Wohnung) gleichwohl von der Mutter zu tragen sei. Der üblicherweise stattfindende Wochenend- und Ferienumgang habe zum anderen bereits in den Tabellen Beachtung gefunden. Beiden Umständen werde am besten dadurch Rechnung getragen, dass bei der Eingruppierung des Beklagten in die Düsseldorfer Tabelle ein Abschlag von mindestens einer Einkommensgruppe vorgenommen werde. Der Beklagte sei nach seinem Einkommen an sich in Gruppe 4 der Düsseldorfer Tabelle einzustufen. Da er nur einem Kind gegenüber unterhaltspflichtig sei, mithin eine unterdurchschnittliche Unterhaltsbelastung bestehe, sei nach Anm. 1 der Düsseldorfer Tabelle eine Höherstufung um zwei Einkommensgruppen vorzunehmen. Sodann sei ein Abschlag um mindestens eine Einkommensgruppe wegen der Mitbetreuung des Klägers durch den Beklagten vorzunehmen. Dies führe höchstens zu der Einkommensgruppe 5 der Düsseldorfer Tabelle. Danach habe der Kläger in der zweiten Altersstufe einen Barunterhaltsbedarf von 292 EUR, auf den das Kindergeld gem. § 1612b Abs. 5 BGB in Höhe von 61 EUR anzurechnen sei, sodass ein Zahlbetrag von 231 EUR verbleibe. Ab Mai 2003 sei der Unterhalt der dritten Altersstufe zu entnehmen. Der Zahlbetrag belaufe sich von da an auf (345 EUR abzüglich anteiliges Kindergeld von 58 EUR) 287 EUR. Dieselben Beträge seien aber auch dann zu entrichten, wenn der Beklagte nur in die Einkommensgruppe 2 (4 + 2 – 4) der Düsseldorfer Tabelle einzustufen wäre.

Das hält der rechtlichen Nachprüfung zwar nicht in der Begründung, wohl aber im Ergebnis stand.

3. Mehrere gleichnahe Verwandte haften nach § 1606 Abs. 3 Satz 1 BGB für den Unterhalt eines Berechtigten anteilig nach ihren Erwerbs- und Vermögensverhältnissen. Nach Satz 2 der Bestimmung erfüllt der Elternteil, der ein minderjähriges unverheiratetes Kind betreut, seine Verpflichtung, zum Unterhalt des Kindes beizutragen, in der Regel durch dessen Pflege und Erziehung. Der andere, nicht betreuende Elternteil hat den Unterhalt durch Entrichtung einer Geldrente zu gewähren (§ 1612 Abs. 1 Satz 1 BGB). Die gesetzliche Regelung geht

mithin davon aus, dass ein Elternteil das Kind betreut und versorgt und der andere Elternteil die hierfür erforderlichen Mittel zur Verfügung zu stellen hat. Dabei bestimmt sich das Maß des zu gewährenden Unterhalts nach der Lebensstellung des Bedürftigen (§ 1610 Abs. 1 BGB). Soweit dieser allerdings noch keine eigenständige Lebensstellung erlangt hat, wie dies bei unterhaltsbedürftigen minderjährigen Kindern der Fall ist, leitet sich seine Lebensstellung von derjenigen der unterhaltspflichtigen Eltern ab. Wird das Kind von einem Elternteil versorgt und betreut und leistet der andere Teil Barunterhalt, so bestimmt sich die Lebensstellung des Kindes grundsätzlich nach den Einkommens- und Vermögensverhältnissen des barunterhaltspflichtigen Elternteils (Senatsurt. v. 6.2.2002 – XII ZR 20/00 – FamRZ 2002, 536, 537).

Das ist – in Fällen der vorliegenden Art – so lange nicht infrage zu stellen, wie das deutliche Schwergewicht der Betreuung bei einem Elternteil liegt. So lange ist es gerechtfertigt, davon auszugehen, dass dieser Elternteil die Hauptverantwortung für das Kind trägt und dadurch den Betreuungsunterhalt leistet, während der andere Elternteil zum Barunterhalt – auf der Grundlage nur seiner eigenen wirtschaftlichen Verhältnisse – verpflichtet ist. Deshalb ändert sich an der aus dem Schwergewicht der Betreuung durch einen Elternteil folgenden Aufteilung zwischen Bar- und Betreuungsunterhalt nichts, wenn der barunterhaltspflichtige Elternteil seinerseits Betreuungs- und Versorgungsleistungen erbringt, sei es im Rahmen eines Aufenthalts des Kindes bei ihm entsprechend einem nach den weitgehend üblichen Maßstäben gestalteten Umgangsrecht (z.B. bei einem oder zwei Wochenendbesuchen im Monat), sei es aber auch im Rahmen eines Aufenthalts entsprechend einem großzügiger gehandhabten Umgangsrecht, dessen Ausgestaltung sich bereits einer Mitbetreuung annähert. Wenn und soweit der andere Elternteil gleichwohl die Hauptverantwortung für ein Kind trägt, wofür der zeitlichen Komponente der Betreuung indizielle Bedeutung zukommen wird, ohne dass die Beurteilung sich allein hierauf zu beschränken braucht, muss es dabei bleiben, dass dieser Elternteil seine Unterhaltungspflicht i.S.d. § 1603 Abs. 3 Satz 2 BGB durch die Pflege und Erziehung des Kindes erfüllt (ebenso *Wendl/Scholz*, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, 6. Aufl., § 2 Rn 316b). Anders wird es allerdings zu beurteilen sein, wenn die Eltern sich in der Betreuung eines Kindes abwechseln, sodass jeder von ihnen etwa die Hälfte der Versorgungs- und Erziehungsaufgaben wahrnimmt. In solchen Fällen wird eine anteilige Barunterhaltungspflicht der Eltern in Betracht kommen, weil sie auch für den Betreuungsunterhalt nur anteilig aufkommen (OLG Düsseldorf NJW-RR 2000, 74, 75 und NJW 2001, 3344, 3345; *Wendl/Scholz*, a.a.O., § 2 Rn 226 und 316b; *MüKo/Luthin*, a.a.O., § 1606 Rn 34; *Büttner*, NJW 1999, 2315, 2322 f.; *Luthin/Schumacher*, Handbuch des Unterhaltsrechts, 10. Aufl., Rn 3174; *Kalthoener/Büttner/Niepmann*, Die Rechtsprechung zur Höhe des Unterhalts, 9. Aufl., Rn 148; *Scholz/Stein/Erdrich*, Familienrecht, Teil I Rn 155; *Eschenbruch/Wohlgemuth*, Der Unterhaltsprozess, 3. Aufl., Rn 3135; *Gerhardt* in: Hand-

buch des Fachanwalts Familienrecht, 5. Aufl., 6. Kap. Rn 154; *Weinreich/Klein*, a.a.O., § 1606 Rn 42; *Hoppenz/Hülsmann*, Familiensachen, 8. Aufl., § 1606 Rn 15; *Schwab/Borth*, Handbuch des Scheidungsrechts, 5. Aufl., Kap. V Rn 58; *Erman/Hammermann*, a.a.O., § 1606 Rn 11).

Ein solcherart von den Eltern praktiziertes Wechselmodell bleibt allerdings auch auf die Bedarfsbemessung nicht ohne Einfluss. Wenn beide Elternteile über Einkommen verfügen, ist der Unterhaltsbedarf des Kindes an den beiderseitigen – zusammengezeichneten – Einkünften auszurichten. Hinzuzurechnen sind die Mehrkosten (z.B. Wohn- und Fahrtkosten), die dadurch entstehen, dass das Kind nicht nur in einer Wohnung, sondern in getrennten Haushalten versorgt wird. Für den so ermittelten Bedarf haben die Eltern anteilig nach ihren Einkommensverhältnissen und unter Berücksichtigung der erbrachten Naturalunterhaltsleistungen aufzukommen (vgl. zur Berechnung etwa OLG Düsseldorf NJW-RR 2000, 74 ff. und NJW 2001, 3344 ff.; *Eschenbruch/Wohlgemuth*, a.a.O., Rn 3135).

4. Im vorliegenden Fall übernimmt der Beklagte nach seinem für das Revisionsverfahren zu unterstellenden Vorbringen ein Drittel der für den Kläger anfallenden Betreuung. Ob damit – über den zeitlichen Einsatz hinaus – bei ihm auch ein Drittel der insgesamt anfallenden Betreuungsleistungen liegt, wird daraus indessen nicht ersichtlich. Aber selbst wenn Letzteres der Fall sein sollte, würde das nicht ausreichen, um von einer in etwa hälftigen Aufteilung der Versorgungs- und Erziehungsaufgaben auszugehen. Vielmehr läge auch dann das Schwergewicht der Betreuung eindeutig bei der Mutter. Damit praktizieren die Parteien aber keine Betreuung in einem Wechselmodell mit im Wesentlichen gleichen Anteilen. Mit Rücksicht darauf kommt die Mutter ihrer Unterhaltspflicht gem. § 1606 Abs. 3 Satz 2 BGB durch die Betreuung des Kindes nach. Eine anteilige Barunterhaltspflicht ergibt sich für sie – entgegen der Auffassung der Revision – nicht.

5. Demgemäß hat das Berufungsgericht den Bedarf des Klägers zu Recht allein auf der Grundlage des Einkommens des Beklagten anhand der Düsseldorfer Tabelle ermittelt. Allerdings kann auch der auf diesem Weg bestimmte Bedarf eines unterhaltsberechtigten Kindes gemindert sein, wenn er zu einem Teil anderweitig gedeckt wird. Dies führt im Grundsatz zu einer entsprechenden Verringerung seines Unterhaltsanspruchs (§ 1602 Abs. 1 BGB). Wird mithin das Unterhaltsbedürfnis des Kindes, etwa durch Gewährung von Bekleidung und Verpflegung, unentgeltlich erfüllt, so kann das die Höhe des Barunterhaltsanspruchs verringern. Diese Folge kann auch dann eintreten, wenn es der barunterhaltspflichtige Elternteil selbst ist, der den Unterhalt des minderjährigen Kindes zu einem Teil in anderer Weise als durch die Zahlung einer Geldrente nach § 1612 Abs. 1 Satz 1 BGB befriedigt (vgl. Senatsbeschl. v. 1.2.1984 – IVb ZB 49/83 – FamRZ 1984, 470, 472).

Von einer teilweisen Bedarfsdeckung kann im vorliegenden Fall indessen ebenfalls nicht ausgegangen werden. Dass der Beklagte seinerseits den Wohnbedarf des Kindes in der Zeit, in der es sich bei ihm aufhält, bestreitet, mindert dessen –

ohne Berücksichtigung dieser Mehrkosten ermittelten – Bedarf nicht. Denn in den Tabellensätzen sind nur die bei einem Elternteil anfallenden Wohnkosten enthalten. Von einer – unterhaltsrechtlich erheblichen – teilweisen Bedarfsdeckung durch die Verpflegung des Klägers seitens des Beklagten kann ebenso wenig ausgegangen werden. Da die im Rahmen üblicher Umgangskontakte von etwa fünf bis sechs Tagen monatlich gewährte Verpflegung nicht zu Erstattungsansprüchen des besuchten Elternteils führt, sondern dieser die üblichen Kosten, die ihm bei der Ausübung des Umgangsrechts entstehen, grundsätzlich selbst zu tragen hat (vgl. Senatsurt. v. 23.2.2005 – XII ZR 56/02 – FamRZ 2005, 706, 707 f. m.w.N.), führt die Verpflegung während weiterer vier bis fünf Tage nicht zu nennenswerten Ersparnissen des anderen Elternteils (vgl. *Wendl/Scholz*, a.a.O., § 2 Rn 316b). Sonstige den Bedarf des Klägers teilweise deckenden konkreten Aufwendungen des Beklagten hat dieser nicht vorgetragen.

6. Auch unter dem Gesichtspunkt, dass das Unterhaltsrecht dem Unterhaltspflichtigen nicht die Möglichkeit nehmen darf, sein Umgangsrecht zur Erhaltung der Eltern-Kind-Beziehung auszuüben, und deshalb die damit verbundenen Kosten unterhaltsrechtlich zu berücksichtigen sind, wenn und soweit sie nicht anderweitig, insbesondere nicht aus dem anteiligen Kindergeld, bestritten werden können (vgl. Senatsurt. v. 23.2.2005, a.a.O., 708), ergibt sich im vorliegenden Fall keine Reduzierung des dem Kläger geschuldeten Unterhalts. Denn der Beklagte ist wirtschaftlich so gestellt, dass er aus dem ihm unter Berücksichtigung seines Selbstbehalts verbleibenden Einkommen neben dem Kindesunterhalt auch die durch den zeitweiligen Aufenthalt des Klägers bei ihm anfallenden Kosten bestreiten kann.

7. Die Unterhaltsberechnung des Berufungsgerichts ist nach alledem nicht zum Nachteil des Beklagten zu beanstanden, ohne dass es darauf ankommt, ob er in Gruppe 5 oder nur in Gruppe 2 der Düsseldorfer Tabelle einzustufen ist.

Anm. der Redaktion: Vgl. zur Unterhaltspflicht beider leistungsfähiger Elternteile beim sog. Wechselmodell auch OLG Karlsruhe, Beschl. v. 5.12.2005 – 2 UF 10/05; zum Themenkreis ausführlich FPR 2006, Heft 7.