

Gleichheit und Verschiedenheit elterlicher Unterhaltsbeiträge

– rechtsvergleichender Kommentar

Dieter Martiny

1 Das Problem

Barunterhalt und Kindesbetreuung sind unterschiedlicher Natur, aber schwer voneinander abzugrenzen. Die prinzipielle Gleichwertigkeit von Barunterhalt und Betreuungsleistung nach deutschem Recht (§ 1606 Abs. 3 BGB) steht für ausländische Rechtsordnungen, die sich meist mehr auf den Barunterhalt konzentrieren, nicht im Mittelpunkt. Teilweise wird die Betreuung, deren wirtschaftlicher Wert immer mehr anerkannt wird, über die Kosten, teilweise aber auch über die für die Kindesbetreuung aufgewendete Zeit berücksichtigt. Vielfach macht der Barunterhaltspflichtige unterhaltsmindernd geltend, er habe Betreuungsleistungen erbracht. In diesem Beitrag wird die Antwort darauf, insbesondere die Grenzen einer Berücksichtigung der dafür aufgewendeten Zeit, für das sogenannte Wechselmodell, Fälle unterschiedlichen Betreuungsumfanges sowie den vermehrten Umgang diskutiert. Die unterschiedlichen Schwellenwerte und Anrechnungsmethoden werden aufgezeigt.

1.1 Erfassung unterschiedlicher Leistungen

Willekens hat bereits eine ausführliche und zutreffende rechtsvergleichenden Analyse zum Unterhalt durch Betreuung vorgelegt (in diesem Band). Unser Thema gibt aber durchaus noch Anlass zu einigen zusätzlichen Bemerkungen und Ergänzungen. Bei der Gleichheit und Verschiedenheit elterlicher Unterhaltsbeiträge geht es nämlich, wie sich schnell herausstellt, nicht nur um eine Randfrage oder ein Detail. Man stößt vielmehr auf zentrale Fragen der Unterhaltsverpflichtung beider Elternteile und der Lastenverteilung zwischen ihnen. Die Lösungen der einzelnen Rechtsordnungen hängen von den von ihnen verwendeten Bemessungssystemen ab (vgl. den Überblick bei Martiny 2000: 130ff.). Je nach Ansatz wird ein bestimmter Betrag oder Wert angesetzt oder doch vorausgesetzt.

Einige Grundfragen und Grundansätze der Kindesunterhaltsbemessung und -berechnung sind in dem erwähnten Beitrag von Willekens bereits beschrieben worden. Die Problematik der Betreuungsleistungen stellt sich dabei an unterschiedlichen Stellen der unterhaltsrechtlichen Regelungen. Das ganze Bild wird freilich erst bei einer kompletten Berechnung im Rahmen des jeweiligen Unterhaltsrechts sichtbar.

Die Lösungen der Systeme müssten daher im Detail verglichen werden. Rechtsvergleichende Untersuchungen auf diesem Gebiet sind allerdings äußerst aufwändig, weil praktisch das gesamte Unterhaltsrecht mit seinen vielfältigen Bezügen zu anderen Rechtsgebieten durchgeforstet werden muss. Das Unterhaltsrecht als übergeordnetes Konzept kann aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass zwischen den einzelnen Arten des Familien-, Ehegatten- und Kindesunterhalts beträchtliche Unterschiede bestehen. Zudem sind die sozialrechtlichen und arbeitsmarktpolitischen Rahmenbedingungen unterschiedlich. Dies ist besonders auffällig, wenn man die nordischen Länder betrachtet.

Auch vielfältige Bezüge zum Ehegattenunterhalt bestehen. Dies gilt einmal für den dem Elternteil zustehenden Unterhalt wegen Kindesbetreuung (Betreuungsunterhalt gem. § 1570 BGB). Seine Gewährung wirft sowohl hinsichtlich des Konzepts (dazu Dethloff 2008: 51ff.) als auch im Hinblick auf die Abgrenzung des Bedarfs des Kindes und des Bedarfs der betreuenden Person viele Fragen auf.¹ Die für die Betreuung aufgewendete Zeit und der damit oft verbundene Verlust an Lebenschancen wird auch im Rahmen des nachehelichen Unterhalts immer bedeutsamer. Die nachfolgenden Ausführungen müssen sich dennoch auf einige Gesichtspunkte beschränken. Nach einigen Bemerkungen zu Betreuung und Barunterhalt ist auf die Verteilung im Regelfall und in Grenzfällen, aber auch auf die Wertungen einzugehen, um die es eigentlich geht.

1.2 Einordnung in die Unterhaltsberechnung

Es ist richtig, dass rechtsvergleichende Studien von einem funktionalen Ansatz ausgehen, also unabhängig von nationaler Dogmatik untersuchen, welche Antwort auf ein soziales Problem gegeben wird (vgl. Zweigert/Kötz 1996: 33ff.). Allerdings zeigt das deutsche Gleichwertigkeitsprinzip des § 1606 Abs. 3 BGB sogleich das Dilemma: Zwei ungleichartige Leistungen – Barleistung und Betreuung – werden zunächst unterschieden, sodann miteinander verglichen und dann bewertet. Trotz der beschriebenen Asymmetrie soll ihr Verhältnis untereinander möglichst Gleichheit sein. Die Betreuung ist also zu identifizieren, sie muss einen Wert haben. Die Belastung soll möglichst gleichmäßig und angemessen auf die Eltern verteilt werden. Die Beiträge sollen den Bedarf eines Kindes möglichst vollständig oder doch zumindest teilweise decken; Bemessung und Verteilung müssen dem Unterhaltszweck entsprechen.

Ausgangspunkt ist, dass der Kindesunterhalt Barleistungen und Betreuungsleistungen verlangt. Die traditionelle Haushaltsführung und die Kinderbetreuung sind bereits im Beitrag von *Willekens* (in diesem Band) beschrieben worden. Nicht zuletzt dadurch, dass Frauen heute auch der Arbeitsmarkt mehr als früher offen steht, ist das Bewusstsein gewachsen, dass Kinderbetreuung und Haushaltstätigkeit einen

1 Bestimmte Kosten der Betreuung kann man jeweils als Bestandteil des Kindesunterhalts ansehen oder dem Ehegatten- bzw. Betreuungsunterhalt zuordnen, vgl. näher Martiny 2000: 338ff.

messbaren wirtschaftlichen Wert haben. Nicht zu vernachlässigen ist auch, dass die außerhäusliche Betreuung von Kindern zunimmt. Gehören Kosten dafür auch noch zur Betreuung durch den betreuenden Elternteil? Wie werden sie eigentlich verteilt? Muss sie der betreuende Elternteil allein tragen oder kann er sie weitergeben?

Von großer Bedeutung ist ferner der gesellschaftliche Trend hin zu einer Pluralisierung der elterlichen Arrangements. Das Schema, wonach ein Elternteil ausschließlich betreut und der andere ausschließlich zahlt, ist nicht mehr vorherrschend. Vor allem das sog. Wechselmodell, bei dem sich die Eltern die Betreuung entweder vollständig oder in vergleichbarem Ausmaß teilen, zwingt – auch wenn es nicht der dominierenden Arbeitsteilung entspricht – zu einer genaueren Betrachtung und verlangt differenzierte Antworten (vgl. Melli/Brown 2008). Dieses Modell wird immer mehr anerkannt und bildet sogar die Grundlage für die ›garde alternée‹ des französischen Rechts (zu Art. 373-2-9 frCC vgl. Ferrand 2005: 547f.) und das ›hébergement égalitaire‹ des belgischen Rechts.² Eine solche Aufgabenteilung ist auch in den angelsächsischen Ländern als ›shared care‹ oder ›co-parenting‹ und als ›delt bosted‹ (geteilte Wohnung) etwa im norwegischen Recht bekannt. In diesen Fällen macht der nach den gewöhnlichen Regeln barunterhaltspflichtige Elternteil geltend, er habe Betreuungsleistungen erbracht.

Jedenfalls im angelsächsischen Bereich ist eine immer stärkere Mathematisierung des Kindesunterhalts und der Unterhaltsberechnung festzustellen. Dazu gehört etwa die von der britischen Child Support Agency (CSA) verwendete Unterhaltsformel³ (vgl. auch Martiny 2000: 165f.). Auch in den einzelstaatlichen Rechten der USA werden regelmäßig Unterhaltsformeln oder -tabellen verwendet⁴ (Nachweise bei Martiny 2000: 174ff.). Es werden sogar vielfach amtlicherseits im Internet automatische Unterhaltsrechner (›child support calculators‹) angeboten, die nach Eingabe von entsprechenden Parametern wie Einkommen, Kinderzahl, elterlichem Zeitaufwand für die Betreuung usw. einen ungefähren Betrag ausweisen. Dies zeigt nicht nur die quantitative Dimension des Problems; auch der Wunsch nach Transparenz und die Frage nach individueller Gerechtigkeit verschärfen sich. In Belgien wurde kürzlich kritisiert, die dortige nicht tabellen- oder formelgebundene Bemessung sei reiner ›vogelpik‹ (de Muelenaere 2008), wie ein altes niederländisches Dartspiel heißt. Freilich, auch wer bei der Unterhaltsberechnung mehr Hilfsmittel und Tabellen benutzt, trifft noch nicht unbedingt ins Schwarze.

Die richtige Behandlung unterschiedlicher Leistungen setzt ihre Beschreibung und Eingrenzung voraus. Eine rechtsvergleichende Umschau zeigt allerdings, dass die Grenzen zwischen Sorgerechtsausübung und elterlichem Umgang bzw. Besuchsrecht mehr und mehr verschwimmen. Wenn ein Elternteil 10, 20, 30 oder 40 Prozent

2 Vgl. Art. 374 Code civil, geändert durch Loi tendant à privilégier l'hébergement égalitaire de l'enfant dont les parents sont séparés et réglementant l'exécution forcée en matière d'hébergement d'enfant vom 18.07.2006.

3 Vgl. s. 11 Child Support Act 1991 (c. 48). – Das Gesetz und die Formel sind mehrfach geändert worden.

4 Vgl. etwa die Statewide Uniform Guideline in sec. 4050–4076 Californian Family Code (im Weiteren Cal. Fam. Code).

der Zeit mit dem Kind verbringt, dann ist eine unterhaltsrechtliche Antwort zu erwarten, die eine angemessene Lastenverteilung unter den Eltern verwirklicht. Was sind dann Beiträge des Unterhaltspflichtigen, möglicherweise von ihm allein zu tragende Kosten des Umgangs oder von ihm erbrachte Betreuungsleistungen? Soll die Lösung stets davon abhängen, ob die verbrachte Zeit im Rahmen einer geteilten Sorge und Wohnregelung für das Kind oder eines Umgangsarrangements aufgewendet wurde? Oder sollte der Ansatz nicht ab einer gewissen Schwelle für alle Fälle gleich oder zumindest ähnlich sein? (vgl. Melli 1999: 219ff.).

2 Bar- und Betreuungsleistung

2.1 Betreuung als Unterhalt

Heute ist weitgehend anerkannt, dass unter Unterhalt nicht nur der Barunterhalt, also die Geldzahlung oder eine ähnliche Vermögensleistung, zu verstehen ist. Dass auch die Betreuung zum Unterhalt zählt, dürfte mittlerweile Allgemeingut sein. Der Betreuende und der Barunterhaltsleistende werden grundsätzlich einander gegenübergestellt. In England unterscheidet man den »parent with care« vom »non-resident parent«⁵ (vgl. auch Martiny 2000: 356f.). In den USA wird der Barunterhaltspflichtige im Allgemeinen als »non-custodial parent« oder »non residential parent« bezeichnet (Melli 1999: 219ff.; vgl. auch Martiny 2000: 359ff.). Dass es sich hierbei um Verschiedenes handelt, wird ebenfalls anerkannt. Der deutsche Ansatz, der Betreuung und Barunterhalt als zwei völlig selbstständige Kategorien des Unterhalts unterscheidet, ist aber wohl eine Besonderheit dieses Rechtssystems. »Entretien« nach französischem Kindesunterhaltsrecht (Art. 371-2 frCC) ist von Anfang an umfassend angelegt (vgl. Martiny 2000: 350f. m. w. Nachw.).

Problematisch ist nahezu überall die Abgrenzung der Betreuung von anderen Leistungen und Aufwendungen. Einer verbreiteten, aber unzutreffenden Vorstellung zufolge leistet der oder – häufiger – *die* Betreuende Dienste und bringt dabei Zeit, Engagement, Mitgefühl, aber kein Geld oder Vermögensgegenstände auf. Für das materielle Wohl des Kindes sorgt demnach allein der Barunterhaltspflichtige. Entgegen dieser idealistischen Vorstellung treffen bei nüchterner Betrachtung die betreuende Person, zumal wenn sie alleinerziehend ist, Kosten für Unterkunft, Verpflegung und Kleidung sowie eine Fülle weiterer Ausgaben. Man ist sich daher meist auch durchaus bewusst, dass Betreuungsleistungen im weiteren Sinne, wie die Gewährung von Wohnung und Verpflegung, ihrerseits einen Geldwert haben.⁶ So heißt es etwa im französischen Code civil ausdrücklich, dass die Gewährung von

5 Schedule 1 zum CSA bezeichnet den Barunterhaltspflichtigen als »absent parent«. – Vgl. auch Martiny 2000: 356f.

6 Vgl. etwa sec. 4053 (i) Cal. Fam. Code: »It is presumed that a parent having primary physical responsibility for the children contributes a significant portion of available resources for the support of the children.«

Kindesunterhalt (›entretien‹) auch die Form der Gewährung einer Wohngelegenheit annehmen kann.⁷

2.2 Verhältnis von Betreuung und Barleistung

Die Betreuungsleistung muss in irgendeiner Weise zur Barleistung in Relation gesetzt werden. Wie aber soll man ihren Wert messen? Folgt man strikt dem Gleichwertigkeitsgrundsatz, so hat die Betreuung keinen eigenen Geldwert, sondern entspricht wertmäßig dem Barunterhalt.

Für eine gleichwohl versuchte Bezifferung kommen vor allem zwei Grundansätze in Betracht. Man kann zum einen nach dem Marktpreis der Betreuung fragen (vgl. Martiny 2000: 316f.). Dieser lässt sich jedenfalls für bestimmte Elemente der Kindesbetreuung durchaus ermitteln. Die US-amerikanischen Unterhaltsformeln und -tabellen halten aber die Kinderbetreuungskosten (›child care expenses‹) weitgehend aus einer Grundberechnung des Unterhalts heraus. Sie werden nur unter besonderen Umständen zugesprochen und dann dem Barunterhaltspflichtigen ganz oder teilweise auferlegt.⁸ Zum zweiten könnte man nach den Opportunitätskosten der Betreuung fragen, also danach, welche Erlöse einer Person entgehen, weil sie sich für die Betreuung eines Kindes entscheidet und deshalb vorhandene Möglichkeiten zur anderweitigen Nutzung von Ressourcen nicht wahrnimmt (vgl. Martiny 2000: 316f.). Da Opportunitätskosten als solche jedoch im Allgemeinen nicht in Rechnung gestellt werden, wäre ihre Berücksichtigung hier eine Ausnahme.

Die wohl wichtigste Funktion der Gleichwertigkeitsregel ist aber ohnehin nicht die Wertermittlung; vielmehr soll der Betreuende vor Forderungen nach (zusätzlichen) Barleistungen geschützt werden.

3 Verteilung im Regelfall

3.1 Unterhaltsbemessungssysteme

Die nationalen Berechnungs- und Bemessungssysteme für den Kindesunterhalt sind verschieden und darüber hinaus außerordentlich komplex und kompliziert. Vom deutschen Recht aus gesehen sind vor allem solche Systeme interessant, die sich um eine exakte und zugleich standardisierte Berechnung bemühen. Tabellenlösungen und Unterhaltsformeln wählen das Einkommen des Unterhaltspflichtigen als Ausgangspunkt. Andere Systeme gehen von den Kosten für Kinder und – wie in Skan-

⁷ Vgl. Art. 373-2-2 Abs. 4 frCC.

⁸ Vgl. sec. 4062 (a) (1) Cal. Fam. Code. Danach kann das Gericht zusätzlich zum ›basic child support‹ als ›additional child support‹ »[c]hild care costs related to employment or to reasonably necessary education or training for employment skills« berücksichtigen. Die Verteilung erfolgt grundsätzlich hälftig, kann aber bei unterschiedlicher Leistungsfähigkeit anderen Maßstäben folgen, sec. 4061 Cal. Fam. Code.

dinavien – von Mindestsätzen für sie aus. Die Verteilung elterlichen Einkommens ist verständlicherweise einfacher als eine umfassende Ermittlung von Gesamtkosten mit anschließender Umlage.

Heute besteht grundsätzlich eine Unterhaltspflicht beider Elternteile (dazu Martiny 2000: 313ff.). Dementsprechend heißt es etwa in den kalifornischen Vorschriften zur ›mutual support duty‹: »Both parents are mutually responsible for the support of their children.«⁹ Im nächsten Schritt muss diese Pflicht zwischen den Eltern aufgeteilt werden. Die Festlegung, welcher Elternteil die Betreuungsarbeit erbringt, erfolgt regelmäßig durch eine elterliche Abrede¹⁰ und/oder eine Gerichtsentscheidung. Die Zuweisung des Sorgerechts bzw. der tatsächlichen Betreuung bedeutet bereits eine grundlegende und vielfach auch geschlechtsspezifische Festlegung der jeweiligen elterlichen Verpflichtung.

Für die Bemessung des Barunterhalts ist dann zunächst zu fragen, ob das Einkommen der betreuenden Person erst einmal ganz außer Betracht bleibt. Wenn das – wie oft – der Fall ist, konzentriert sich die Unterhaltsberechnung auf das Einkommen des Barunterhaltspflichtigen. Die Betreuung des Kindes durch den anderen Teil wird vorausgesetzt. Eine solche alleinige Konzentration auf den Barunterhalt hat – wie im Beitrag von *Willekens* (in diesem Band) gezeigt – keine grundsätzlich anderen Auswirkungen als der deutsche Gleichwertigkeitsgrundsatz, denn dieser befreit ebenfalls von einer Berücksichtigung des Einkommens des Betreuenden.

3.2 Bewertung der Betreuungsleistung

Wenn man die Betreuung gleichwohl berücksichtigen will, dann muss sie irgendwie in Rechnung gestellt werden. Es ist allerdings nicht unbedingt notwendig und auch nicht üblich, den Betreuungsunterhalt selbstständig zu beziffern. Beschränkt man sich bei der Festsetzung des Unterhalts nämlich allein auf den Barunterhalt des anderen Teils, wird stillschweigend vorausgesetzt, dass der betreuende Elternteil auch etwas erbringt (vgl. für Schweden Singer 2008: 43). Will man jedoch explizit etwas über den Wert der Betreuungsleistung sagen, so stellt sich die weitere Grundsatzfrage nach dem Ausgangspunkt dafür. Wie erwähnt, soll der Gleichwertigkeitsgrundsatz den Betreuenden davor schützen, noch zusätzlich Barunterhalt leisten zu müssen. Dieses Postulat hat aber auch durchaus Tabuwirkung (dazu auch Martiny 2000: 86, 323f. m.w.Nachw.). Es verhindert, die Kosten der Betreuung insgesamt zu ermitteln und dann zu verteilen. Eine Monetarisierung der Betreuung ist beispielsweise dadurch möglich, dass ein bestimmter Geldwert für die Kinderbetreuung angesetzt wird.¹¹ Gerade bei den Kinderbetreuungskosten stellen sich jedoch Abgrenzungsfragen zum Barunterhalt. Grundsätzlich sind Kinderbetreuungskosten eben nur ein Teil

9 Sec. 4053(b) Cal. Fam. Code.

10 Häufig wird versucht, durch den Nachweis schriftlicher Vereinbarungen eine gewisse Verbindlichkeit und Stabilität herzustellen.

11 So etwa die vom Jugendamt des Kantons Zürich herausgegebenen sog. Zürcher Empfehlungen zur Bemessung von Unterhaltsbeiträgen für Kinder (vgl. Martiny 2000: 348f.).

der – im Übrigen nicht bezifferten – Betreuung. Zunehmende Auseinandersetzungen im deutschen Recht, was denn mit der Betreuung abgedeckt ist, zeigen die Wichtigkeit der Frage (dazu Diederichsen 2009: § 1606 BGB Rn. 12ff.). Jedoch stellt sich das Problem, in welcher Weise einzelne Belastungen und Extrakosten aufgefangen werden, auch in anderen Rechtsordnungen.

Der Gleichwertigkeitsgrundsatz kann in unterschiedlicher Weise umgesetzt werden. Ein pauschaler Gleichwertigkeitsgrundsatz weigert sich, einen eigenen Wert der Betreuung auszudrücken. Dies ist – wie bereits ausgeführt wurde – eine Besonderheit des deutschen Rechts, die sich teils noch in Österreich (zu § 140 Abs. 2 ABGB vgl. Martiny 2000: 343ff.) und abgeschwächt in der Schweiz (dazu Martiny 2000: 347ff.) findet. So kann der Blick auf die konkreten Kosten, die dem Betreuenden entstehen, verstellt werden, weil theoretisch dafür ja der andere Elternteil zuständig ist. Praktisch aber muss der Betreuende die ihn faktisch treffenden Kosten vollständig selbst tragen, wenn es ihm nicht gelingt, einzelne Posten noch zusätzlich dem Barunterhalt zuzuschlagen.

Funktional darf man die Bedeutung des Gleichwertigkeitsgrundsatzes nicht überschätzen. Auch dann, wenn man den Barunterhalt als gleichwertig mit dem Betreuungsunterhalt ansieht, ist letztlich nur oder doch zumindest vorrangig der Barunterhalt und seine Höhe Gegenstand der Auseinandersetzung. Auch hier stellt sich allerdings die Frage nach der Höhe des Barunterhalts und das Problem, wie weit er die dem Betreuenden entstehenden Kosten wirklich abdeckt.

In den nordischen und angelsächsischen Regelungen wird zunehmend deutlich, dass Umfang und Intensität der Betreuung auch von der aufgewendeten Zeit der Elternteile her begriffen werden kann. Aufgebrachte Zeit für ›primary physical responsibility‹ ist Leistung von Unterhalt (vgl. auch Martiny 2000: 357ff.). Bei diesem Ansatz wird ermittelt, wie viel Zeit das Kind durchschnittlich bei einem Elternteil verbringt. Das Ausmaß des zeitlichen Aufwands des jeweiligen Elternteils – auch des Barunterhaltspflichtigen – reduziert dann die von ihm zu tragende monetäre Unterhaltslast. In Kalifornien wird beispielsweise zunächst vom Einkommen beider Elternteile ausgegangen (dazu auch Martiny 2000: 361f.). Vom Gesamteinkommen wird dann ein bestimmter Anteil zum Unterhalt herangezogen; der höher Verdienende ist zu Barunterhalt verpflichtet. Dabei wird in Rechnung gestellt, wie lange sich das Kind bei jedem der Elternteile aufhält.¹² Dies mindert die jeweilige Barzahlungslast des Verpflichteten.

Wie die mit dem Elternteil verbrachte Zeit gemessen wird, stellt ein eigenes Problem dar. In Betracht kommen vor allem eine bestimmte Anzahl von Übernachtungen, eine bestimmte Zahl von Tagen sowie ein bestimmter Anteil von Zeit während des Jahres (zu den USA vgl. Melli 1999: 227f.). Sodann ist zu entscheiden, ab welchem Schwellenwert ein Abzug erfolgen soll und in welcher Höhe.

12 Vgl. sec. 4055 Cal. Fam. Code. Auch in sec. 20-2-304 (c) Wyoming Statutes wird dieser Aspekt berücksichtigt.

4 Grenzfälle

4.1 Wechselmodell

Abgrenzungs-, Bewertungs- und Verteilungsprobleme werden vor allem in einigen Grenzfällen sichtbar. Ein Fall gleichberechtigter elterlicher Arbeitsteilung ist das bereits erwähnte sog. Wechselmodell: Das Kind wohnt zu gleichen Teilen bei beiden Elternteilen und beide übernehmen in etwa die Hälfte der Versorgungs- und Erziehungsaufgaben. Da ein erheblicher Aufwand (insbesondere Wohnungskosten) doppelt entsteht, ist dieses Modell freilich besonders kostenintensiv¹³ (vgl. Melli 1999: 231f.). Ferner stellt sich das Problem, wie weit die jeweils aufgewendete Zeit eine Barunterhaltspflicht mindert. Kann der ökonomisch besser gestellte Barunterhaltspflichtige, der nach den gewöhnlichen unterhaltsrechtlichen Regeln die Hauptlast des Unterhalts zu tragen hätte, diese einfach dadurch halbieren, dass er das Kind für die Hälfte der Zeit zu sich nimmt? Und wird für die andere Hälfte dann noch Kindesunterhalt geleistet?¹⁴

Eine unterhaltsrechtliche Lösung dieser Frage geht davon aus, dass jeder Elternteil seine eigene Unterhaltspflicht erfüllt und daher kein Unterhalt mehr zu Händen des jeweils anderen Elternteils zu leisten ist. Dies wird offenbar in Belgien so gesehen¹⁵ und ist auch der überwiegende Ansatz der nordischen Rechtsordnungen¹⁶ (kritisch zu Schweden Singer 2008: 43f., 46). Eine eigene Regelung kennt Norwegen. Hier kann noch Unterhalt durch einen Elternteil zu zahlen sein.¹⁷ Es versteht sich von selbst, dass ein solches ›Verrechnungsmodell‹ nur bei gleichen ökonomischen Verhältnissen beider Elternteile überzeugen kann.

Nach der englischen Unterhaltsformel wird ein bestimmter Pfundbetrag für den Kindesunterhalt pro Woche ermittelt. Die Formel schließt es nicht aus, dass bei ›shared care‹ Kindesunterhalt zugesprochen wird; der Unterhaltsbetrag wird dann aber um die Hälfte reduziert. Anschließend werden nochmals sieben Pfund pro Woche je Kind abgezogen.¹⁸ In den USA sollen differenzierte Formeln den individuellen Verhältnissen Rechnung tragen (zu Wisconsin Brown/Cancian 2007).¹⁹ In Deutschland wird angenommen, dass bei gleichmäßig aufgeteilter Kindesbetreuung nur eine an-

13 Vgl. sec. 4053 (g) Cal. Fam. Code: »Child support orders in cases in which both parents have high levels of responsibility for the children should reflect the increased costs of raising the children in two homes and should minimize significant disparities in the children's living standards in the two homes.«

14 Näher zu den Nachteilen für Mütter in Frankreich Cadolle 2008: 21ff.

15 Dort kann bei ungleichen wirtschaftlichen Verhältnissen gleichwohl Barunterhalt zu leisten sein.

16 (Norsk) Barne- og likestillingsdepartementet – Stortings Melding Nr. 19 (2006–2007) – Evaluering av nytt regelverk for barnebidrag.

17 Siehe § 8 Forskrift om fastsettning og endring av fostringstilskot (F15.01.2003 nr 123).

18 Dies ergibt sich aus dem Child Support, Pensions and Social Security Act 2000 (c. 19), der Schedule 1 des Child Support Act 1991 ersetzt hat, para. 7 (7) Schedule 1.

19 Eine eigene Regelung für »shared placement parents« findet sich in den Vorschriften des Department of Children and Families (DCF) 150.04 (2).

teilige Barunterhaltspflicht der Eltern besteht.²⁰ Es scheint sich aber noch keine einheitliche Berechnungsweise durchgesetzt zu haben, um eine mögliche Halbierung bzw. eine andere angemessene Verteilung der Last zu erreichen.²¹

4.2 Unterschiedliche Betreuung

Betreuen beide Elternteile das Kind in unterschiedlich großem Maße, so stellt sich ebenfalls die Frage der Berücksichtigung der Betreuungsleistung. Hier bedarf es zunächst einmal eines gewissen Schwellenwertes von Betreuung. Ein nur marginales Engagement des Barunterhaltspflichtigen bei der persönlichen Betreuung kann nicht sogleich barunterhaltsmindernd für ihn zu Buche schlagen. In Deutschland besteht die Neigung, noch bis zu einer Betreuungsleistung von einem Drittel am Gleichwertigkeitsgrundsatz festzuhalten.²² Der Elternteil, der die Hauptverantwortung für das Kind trägt, erfüllt auch in diesen Fällen seine Unterhaltspflicht schon durch die Betreuung. Erst oberhalb dieses Werts kann sich der Barunterhaltspflichtige auf seinen Betreuungsbeitrag berufen (dazu kritisch Born 2007). In Österreich wurde bereits bei einer Betreuung von einem Drittel der Zeit eine Reduktion des Geldunterhalts um 20 Prozent gestattet.²³ Insofern scheint im Ausland häufig mehr Flexibilität zu bestehen, indem auch bei einer geringeren Anzahl von Betreuungstagen eine Berücksichtigung möglich ist.²⁴ Wird der jeweilige Schwellenwert überschritten, ist der dem Kind gewidmete Zeitanteil ein jedenfalls häufig verwendeter Maßstab für die Unterhaltsverteilung und senkt also die Barunterhaltslast.

4.3 Umgangsrecht

Wie bereits angedeutet, stellt sich auch das Problem, ob und gegebenenfalls wie eine umgangsberechtigte Person ihren Kosten- und Zeitaufwand unterhaltsmindernd geltend machen kann. Auch die Ausübung des Umgangsrechts hat nicht nur eine immaterielle Seite, sondern auch finanzielle Folgen. Insofern sind mehrere Lösungen denkbar. Man kann sich auf den Standpunkt stellen, dass Umgangsberechtigte

20 BGH v. 21.12.2005, NJW 2006, 2258 = FamRZ 2006, 1015 Anm. Luthin = FF 2006, 195 Anm. van Els, FF 2006, 255.

21 BGH v. 21.12.2005, NJW 2006, 2258. Dazu Palandt/Diederichsen § 1606 BGB Rn. 23.

22 BGH v. 28.02.2007, NJW 2007, 1882 = FamRZ 2007, 707 = FF 2007, 197 Anm. Rakete-Dombek. Dazu auch Palandt/Diederichsen § 1606 BGB Rn. 23.

23 OGH v. 30.08.2006, 7Ob178/06m (im Internet abrufbar unter <http://www.ris.bka.gv.at/>), geht aber davon aus, dass nur die dem hauptsächlich Verantwortlichen entstandenen Kostenersparnisse geltend gemacht werden dürfen.

24 Im Vereinigten Königreich ist dies bei wenigstens einer Nacht die Woche oder 52 Nächten im Jahr der Fall. In Wisconsin gelten für den »shared time payer« besondere Regeln, wenn die Betreuung wenigstens 25 Prozent der Zeit (wenigstens 92 Tage pro Jahr) beträgt, vgl. DCF 150.04 (2)(26). Darauf kann man sich etwa auch in Wyoming berufen (sec. 20 2 304 (c) Statutes 2007–2008).

ihren Aufwand nicht geltend machen, d.h. regelmäßig nichts von seiner Unterhaltslast abziehen dürfen. Zur Begründung kann angeführt werden, dass ein Umgang in ›normalem‹ Umfang bereits bei der gewöhnlichen Barunterhaltsbemessung vorausgesetzt wird. Eine andere Lösung gestattet Umgangsberechtigten hingegen Abzüge, muss dann aber entscheiden, ob dies für jeglichen Umgang oder nur für Umgang ab einer gewissen Intensität gilt. Ferner ist einzugrenzen, welche Kosten in welcher Höhe geltend gemacht werden dürfen. Das Verteilungsproblem wird in besonderer Schärfe sichtbar, wenn der betreuende Elternteil wegen vermehrten Umgangs des anderen größere Abzüge hinnehmen muss, obwohl für ihn selbst die Kosten im Wesentlichen gleich hoch bleiben. Mehr Umgang heißt dann für ihn Unterhaltsminderung und wirkt entsprechend konfliktsteigernd. Der Umgangsberechtigte seinerseits möchte vermeiden, den vollen Barunterhalt tragen zu müssen.

Obwohl es sich beim Umgang um eine andere unterhaltsrechtliche Kategorie handelt, gibt es eine zunehmende Tendenz, Umgangsberechtigten einen mit der Intensität des Umgangs steigenden Unterhaltsabzug zu erlauben. Dies ist beispielsweise in der englischen Berechnungsweise vorgesehen. Für jede Nacht der Woche, die das Kind bei dem in Anspruch genommenen Elternteil (›non-resident parent‹) verbringt, wird der wöchentliche Unterhaltsbetrag um jeweils ein Siebtel reduziert.²⁵ Eine Reduktion je nach dem Zeitanteil findet sich auch in den US-amerikanischen Richtlinien, in denen freilich regelmäßig bereits ein ›gewöhnlicher Umgang‹ (›ordinary visitation‹) zugrunde gelegt worden ist (vgl. Melli 1999: 222ff.). In Schweden kann dann, wenn der Umgangsberechtigte das Kind während eines zusammenhängenden Zeitraums wenigstens fünf Tage bei sich gehabt hat, jeweils ein Vierzigstel des monatlichen Betrages pro Tag abgezogen werden.²⁶ Eine gewisse Schematisierung kennt auch das norwegische Recht. Hier wird das Kind sogleich einer Umgangsgruppe (›samvaersklasse‹) zugeordnet.²⁷ In der ersten Gruppe geht es um 1 bis 2 Nächte im Monat, in der zweiten Gruppe um 4 bis 8 Nächte, in der dritten Gruppe um 9 bis 13 Nächte und in der vierten Gruppe um 14 bis 15 Nächte. Der in einer Tabelle vorgegebene Abzug eines Geldbetrages ist – nicht unproblematisch²⁸ – umso höher, je mehr Zeit das Kind beim Unterhaltspflichtigen verbringt.

Insgesamt ist daher nicht nur der Schwellenwert, ab welchem die Abzüge erfolgen können, unterschiedlich; auch die Berechnungsweisen variieren. Bemerkenswert ist jedoch, dass die aufgewendete Zeit ein entscheidender Gradmesser ist. Die Tragweite einer solchen Regelung zeigt sich freilich erst dann, wenn man auch die Wohnkosten beider Elternteile in Betracht zieht.

25 Regulation 7 of the Child Support (Maintenance Calculations and Special Cases) Regulations 2000, Statutory Rule 2001 No. 155.

26 Kap. 7 § 4 Elterngesetz (Föräldrabalk [1949: 381]).

27 Siehe die neue Fassung von 2008 in § 9 Abs. 4 und 5 Forskrift om fastsettning og endring av fostringstilskot (F. 15.01.2003 nr 123).

28 Dazu die Stellungnahme des Ombudsmanns für Kinder in Norwegen Barneombudet v. 04.04.2008, Høringssvar: Forslag til endringer i barnelova, forskotteringsloven mv, im Internet abrufbar unter <http://www.barneombudet.no/horingsutt6/2008/horingssva9/> (letzter Zugriff: 10.11.2009).

5 Schluss

Was ist nun das Fazit? Die unterschiedlichen Unterhaltssysteme und -ansätze müssen auch bei den Betreuungsleistungen ihren Beitrag zur Lösung konkreter Problemen leisten. Solange die klassische elterliche Arbeitsteilung (Betreuung auf der einen Seite, Barunterhalt aus Erwerbseinkommen auf der anderen Seite) nicht in Frage gestellt wird, kann man die Betreuung bei der Bemessung des Barunterhalts wohl weitgehend ausblenden. Allerdings wird immer deutlicher, dass auch die Betreuung einen Vermögenswert hat und sich Betreuungs- und Bargeldleistungen nur schwer voneinander abgrenzen lassen. Gerade neuere Betreuungsarrangements wie vermehrter Umgang und das sog. Wechselmodell zwingen zu einer genaueren Betrachtung der Kosten- und Zeiteile. Der Blick ins Ausland zeigt, dass es vielfältige Bestrebungen gibt, die Kosten für den Kindesunterhalt dem jeweiligen Arrangement entsprechend angemessen zu verteilen. Eine strikte Gleichwertigkeitsregelung, die keine Antwort auf unterschiedliche elterliche Vereinbarungen gibt, wirkt immer weniger überzeugend. Man kann und soll zwar nicht einzelne Elemente ausländischer Berechnungssysteme importieren. Es wäre aber sicherlich reizvoll und lohnend, intensivere Vergleiche in Bezug auf die hier angesprochenen Probleme vorzunehmen.

Literatur

- Barneombudet, 2008: Høringssvar, Forslag til endringer i barnelova, forskotteringsloven mv. vom 4.4.2008, im Internet abrufbar unter <http://www.barneombudet.no/horingsutt6/2008/horingssva9/> (letzter Zugriff: 10.11.2009).
- Born, Wilfried, 2007: »Umfangreicher Aufenthalt beim anderen Elternteil: keine Auswirkungen auf den Barunterhalt?«, *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) 2007, S. 1859–1861.
- Brown, Patricia/Cancian, Maria (2007): *Wisconsin's 2004 Shared-Physical-Placement Guidelines: Their Use and Implications in Divorce Cases*, University of Wisconsin – Madison, Institute for Research on Poverty, im Internet abrufbar unter http://www.irp.wisc.edu/research/childsup/cspolicy/pdfs/Brown_Cancian_Task8.pdf (letzter Zugriff: 10.11.2009).
- Cadolle, Sylvie, 2008: »La résidence alternée: ce qu'en disent les mères«, *Informations sociales* Nr. 149, CNAF 2008, S. 1–29.
- Dethloff, Nina, 2008, Unterhalt, Zugewinn, Versorgungsausgleich - sind unsere familienrechtlichen Ausgleichssysteme noch zeitgemäß? Gutachten A zum 67. Deutschen Juristentag, in: *Verhandlungen des 67. Juristentages Erfurt 2008*, Band I, München 2008, S. A 3.
- Diederichsen, Uwe, 2009: Familienrecht, in: *Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen. 68. Auflage, München 2009.
- Ferrand, Frederique, 2005: France. In: Boele-Woelki, Katharina/Braat, Bente/Curry-Sumner, Ian (Hg.), *Parental Responsibilities*. Antwerpen 2005.
- Martiny, Dieter, 2000: *Unterhaltsrang und -rückgriff. Mehrpersonenverhältnisse und Rückgriffsansprüche im Unterhaltsrecht Deutschlands, Österreichs, der Schweiz, Frankreichs, Englands und der Vereinigten Staaten von Amerika*, Band 1, Tübingen 2000.

- Melli, Marygold S., 1999: »Guideline Review: Child Support and Time Sharing by Parents«, *Family Law Quarterly* 1999, S. 219–234.
- Melli, Marygold S./Brown, Patricia, 2008: »Exploring A New Family Form – The Shared Time Family«, *International Journal of Law, Policy and the Family* 2008, S. 231–269.
- de Muelenaere, Michel, 2008: Une loi pour établir le vrai coût des enfants du divorce? *Le soir*, 22.04.2008, im Internet abrufbar unter <http://www.lesoir.be/actualite/belgique/il-faut-objectiver-le-cout-2008-04-22-593356.shtml> (letzter Zugriff: 10.11.2009).
- Singer, Anne, 2008: »Active Parenting or Solomon’s Justice? Alternating Residence in Sweden for Children with Separated Parents«, *Utrecht Law Review* Nr. 2 2008, S. 35–47.
- Zweigert, Konrad/Kötz, Hein, 1996: *Einführung in die Rechtsvergleichung*. 3. Auflage, Tübingen 1996

Einer zahlt?

Väterliches Sorgehandeln in deutschen, britischen und norwegischen Trennungsfamilien in Form von Cash *und* Care¹

Carina Marten

1 Väter in der Krise?

Väter befinden sich zunehmend in einer widersprüchlichen Situation. Zum einen führen demografische, soziale und ökonomische Veränderungen wie z.B. eine zunehmende Gleichberechtigung der Geschlechter in Einstellung und Verhalten oder veränderte Familienstrukturen dazu, dass ihre bisherige Funktion als primärer Ernährer verstärkt in Frage gestellt wird. Die hohe Arbeitslosigkeit und sinkende Löhne erschweren es Vätern auch faktisch, ihrer finanziellen Verantwortung als Alleinversorger nachzukommen (vgl. Tölke 2005: 101f.). Insgesamt verbringen Väter immer weniger Lebenszeit in der Familie. Es steigt die Zahl der Männer, die ihre Vaterschaft aufschieben oder gar dauerhaft darauf verzichten. Außerdem führen steigende Flexibilisierungs- und Mobilitätsanforderungen am Arbeitsmarkt, z.B. durch lange und flexible Arbeitszeiten oder lange Arbeitswege, zu einer verstärkten Abwesenheit der Väter im familialen Alltag (vgl. Hobson u.a. 2006: 267f.). Ferner geht das männliche Ernährer- und weibliche Betreuermodell von stabilen Partnerschaften aus – eine weitere Prämisse, die zunehmend nicht mehr gegeben ist (vgl. Skevik 2006a: 114). Aufgrund von lange unhinterfragten und nach wie vor dominierenden geschlechtsspezifischen Rollenzuschreibungen verbleiben die Kinder nach einer Trennung der Eltern häufig im Haushalt der Mutter, sodass Männer vermehrt ihre Vaterschaft über Haushaltsgrenzen hinweg ausgestalten (müssen) (vgl. Knijn u.a. 2007: 190). Die erschwerten Rahmenbedingungen für Väter als Familienernährer gehen gleichzeitig mit der Entwicklung ›neuer‹ Ausdrucksformen von Väterlichkeit einher (vgl. Matzner 1998: 12). Von ›modernen‹ Vätern wird ein intensives Engagement in der Betreuung und Erziehung ihrer Kinder gewünscht, ja sogar erwartet (vgl. u.a. Cabrera u.a. 2000: 132). Ein institutioneller Indikator für diesen Wandel ist beispielsweise die Einführung von ›Vätermonaten‹ im Rahmen des deutschen Elterngeldes und die damit verbundene Diskussion.

Beide Entwicklungen, die wachsenden sozio-emotionalen Anforderungen an Väter und ihre zunehmende Abwesenheit innerhalb des familialen Haushalts, stehen sich

1 Der vorliegende Beitrag basiert auf der Dissertationsschrift der Verfasserin (Marten 2009).