

BETREUUNG IM KINDESUNTERHALTSRECHT
UND DIE FAKTISCHE AUFTEILUNG DER SORGEARBEIT –
DER INTERNATIONALE VERGLEICH

Unterhalt durch Betreuung – eine rechtsvergleichende Perspektive

Harry Willekens

1 Forschungsfrage und Methode

Wenn die Eltern nicht (länger) zusammenleben, wird nach deutschem Recht strikt zwischen den jeweiligen Kindesunterhaltspflichten des betreuenden und des nicht betreuenden Elternteils unterschieden. Gemäß § 1606 Abs. 3 BGB erfüllt der betreuende Elternteil seine Unterhaltspflicht gegenüber dem minderjährigen unverheirateten Kind in der Regel durch die Pflege und Erziehung des Kindes; der nicht betreuende Elternteil hat seine Leistung nach § 1612 BGB durch eine Geldzahlung zu erbringen. Die Ressourcen und Erwerbsmöglichkeiten des betreuenden Elternteils spielen daher im Regelfall¹ keine Rolle für die Verteilung der Unterhaltspflichten im Innenverhältnis zwischen den Eltern. Es kann kaum Zweifel daran bestehen, dass diese Regelung ihre historischen Wurzeln in einer Vorstellung der Familie findet, in der die (männliche) Ernährerrolle und die (weibliche) Versorgungsrolle strikt voneinander getrennt wurden (vgl. dazu *Meder* und *Wersig* in diesem Band).

Es ist meine Aufgabe zu untersuchen, ob und wie die im deutschen Recht geltende Differenzierung zwischen den Unterhaltspflichten nicht miteinander zusammenlebender Eltern auch in anderen westeuropäischen Rechtssystemen besteht und ob in den unterschiedlichen Regelungen rechtspolitische Anregungen für mögliche Reformen zu finden sind. Diese rechtsvergleichende Forschungsfrage kann nicht in den Kategorien der deutschen Rechtsdogmatik gestellt werden, denn diese Kategorien finden sich in anderen Rechtssystemen – außer in denen, die stark vom deutschen Recht beeinflusst wurden und/oder sich im engen Zusammenhang mit dem deutschen Recht entwickelt haben – gar nicht erst wieder.

Leben die Eltern nicht zusammen, wohnt das Kind meist hauptsächlich bei einem Elternteil. Ausgangspunkt der rechtsvergleichenden Untersuchung muss hier die *Tatsache* sein, dass sich in diesem Fall beide Elternteile für die Leistung des Unterhalts in grundsätzlich unterschiedlichen Lagen befinden.

Der Elternteil, der nicht mit dem Kind zusammenlebt, kann seine Unterhaltsleistung nur in Geld erbringen. Man kann sich zwar vorstellen, dass dieser Elternteil den Kindesunterhalt auch durch Sachleistungen erbringen könnte; das wird aber kaum umsetzbar sein, weil es entweder eine ausgefeilte Kooperation zwischen den ge-

1 Zu den Ausnahmen vom Regelfall vgl. *Schürmann* und *Breithaupt* sowie weitere Beiträge in diesem Band.

trennten Eltern oder eine Einmischung in die Haushaltsführung des mit dem Kind zusammenlebenden Elternteils voraussetzen würde. Hieraus folgt, dass die Unterhaltsleistung des nicht betreuenden Elternteils sauber vom sonstigen Einkommen dieses Unterhaltspflichtigen getrennt ist. Die Leistung beeinträchtigt das Leben dieses Elternteils nur insofern, als er das Geld auch verdienen und wieder abgeben muss und als er, um seine Pflicht zu erfüllen, unter Umständen mehr Erwerbsleistungen erbringen muss, als er sonst bevorzugen würde. Diesbezüglich unterscheidet sich seine Stellung nicht von der einer beliebigen Person, welche den allgemeinen Verwandtenunterhalt schuldet.

Ganz anders ist die Stellung des mit dem Kind zusammenlebenden Elternteils. Dieser Elternteil *kann* den Unterhalt des minderjährigen Kindes nicht sinnvoll durch Geldleistungen bestreiten. Er erbringt seine Unterhaltsleistungen durch fast tägliche Verpflegungstätigkeiten und Einkäufe. Insoweit die Ausgaben und haushaltlichen Arbeitsleistungen nicht die spezifischen Bedürfnisse des Kindes (z.B. die Anschaffung von Kleidern oder Schulbüchern), sondern die gemeinsamen Bedürfnisse der Mitglieder des Haushalts (z.B. Nahrung oder eine Waschmaschine) betreffen, ist es nicht möglich, den Kindesunterhalt und den Selbstbehalt des Unterhaltsschuldners voneinander zu trennen. Die Haushaltsarbeit und die wirtschaftlichen Ressourcen des Haushalts kommen unvermeidlicherweise sowohl dem Elternteil wie auch den Kindern zugute. Eine Berechnung der unterschiedlichen Nutzen, welche der Elternteil und die Kinder aus dem Einsatz von Ressourcen und Verpflegungsarbeit ziehen, wäre hoch problematisch, weil es erstens Skaleneffekte gibt (Eintopf für drei Personen ist nicht viel aufwändiger als für eine einzelne Person) und weil zweitens die Frage zu klären wäre, ob der Elternteil in der Abwesenheit von Kindern die Befriedigung seiner Bedürfnisse nicht auf eine qualitativ andere Weise, d.h. mithilfe einer anderen Kombination von Geld und Arbeit organisiert hätte (z.B. in der Kantine gegessen hätte statt zu Hause Eintopf zu kochen). Einkommen des betreuenden Elternteils und Einkommen, das dem Haushalt in Form von Kindesunterhaltszahlungen zufließt, landen – obwohl sie aus rechtlicher Sicht unterschiedliche Zwecke erfüllen sollten – im selben Topf. Eine Familienkonstellation, in der die Mutter arm ist, die Kinder jedoch vom Unterhaltsgeld des Vaters bequem leben können, ist zwar theoretisch vorstellbar; aber wenn die Mutter und die Kinder in einer Gemeinschaft zusammenleben, in der Unterhalt und Erziehung unauflösbar miteinander verknüpft sind und in der die Konkretisierung der Unterhaltsleistung – in Form von Nahrung, Kleidung, Freizeitgestaltung usw. – vom Einsatz der Mutter abhängig ist, *müssen* Mutter und Kinder sich die vorhandenen Ressourcen, woher sie auch kommen, wohl teilen (sonst müssten die Kinder etwas anderes essen als die Mutter, ohne sie in Urlaub fahren usw.).

Die Lebenslage des mit dem Kind zusammenlebenden Elternteils unterscheidet sich daher dadurch von der Lebenslage des nicht mit dem Kind zusammenlebenden Elternteils, (i) dass der mit dem Kind zusammenlebende Elternteil nicht nur materielle Ressourcen zur Verfügung stellen muss, sondern auch kontinuierliche persönliche Leistungen zu erbringen hat; (ii) dass diese persönlichen und finanziellen Leistungen untrennbar miteinander verbunden sind, da Vermögensleistungen dem Kind

unabhängig vom persönlichen elterlichen Einsatz häufig wenig nützen; (iii) dass die Lebenschancen und die Erwerbs- und Karrieremöglichkeiten des betreuenden Elternteils hierdurch negativ beeinflusst werden; (iv) dass das Einkommen des betreuenden Elternteils und das Einkommen des Kindes nicht sauber voneinander getrennt werden können; (v) dass dieser Elternteil in einer anderen Beziehung zum Kind steht, welche die Notwendigkeit konkreter Unterhaltsleistungen täglich sichtbar macht, was für den abwesenden Elternteil nicht der Fall ist.

Angesichts dieser Unterschiede in den Lebenslagen muss die rechtsvergleichende Frage lauten, ob und wie das Recht diesen faktischen Unterschiede bei der Verteilung der Unterhaltspflichten zwischen den Eltern Rechnung trägt. Bevor auf die konkreten Regelungen in unterschiedlichen Ländern eingegangen wird, möchte ich hier auf die konzeptionellen Schwierigkeiten hinweisen, mit denen jede Regelung der asymmetrischen Leistungen der Eltern zu ringen hat.

Man kann *entweder* davon ausgehen, dass die unterschiedlichen Leistungen des betreuenden und des abwesenden Elternteils aus moralischen Gründen generell nicht miteinander vergleichbar sind (vgl. Estin 1994–1995; Radin 1987) *oder* dass sie vergleichbar sind – in diesem Fall stellt sich das Folgeproblem, nach welchen Maßstäben dieser Vergleich erfolgen soll.

Die unterhaltsrechtlichen Auswirkungen der These der moralischen Unvergleichbarkeit der beiden elterlichen Leistungen sind problematisch. Die dieser These unterliegende Grundidee ist, dass die persönliche Beziehung zum Kind nicht kommodifiziert und also auch nicht in Geld bewertet werden dürfe. Was aber folgt daraus für das Unterhaltsrecht? Bedeutet es, dass die Betreuungsmühe als Liebesakt und damit als eine *Gabe* nicht nur an das Kind, sondern auch an den nicht mit dem Kind zusammenlebenden Elternteil zu betrachten ist, und dass der mit dem Kind zusammenlebende Elternteil dann trotz dieser Betreuungsleistung auch noch eine finanzielle Unterhaltsleistung zu erbringen hätte, die nach den gleichen Maßstäben berechnet werden sollte, wie sie für den anderen Elternteil gelten? Das würde unseren Intuitionen und Vorstellungen der verteilenden Gerechtigkeit eklatant widersprechen. Wenn das Argument der moralischen Inkommensurabilität aber dazu dienen soll, eine Regelung wie im deutschen Recht zu untermauern, welche grundsätzlich die Betreuungsleistung des mit dem Kind Zusammenlebenden für eine ausreichende Unterhaltsleistung hält und das Einkommen des betreuenden Elternteils nicht in die Unterhaltsberechnung einbezieht, dann wird diese *Betreuungsleistung mit den Barzahlungen des anderen Elternteils gleichgestellt*. Diese Leistung erhält dann doch wieder einen Geldwert – nämlich den Wert der Unterhaltszahlung des anderen Elternteils –, und die Monetarisierung, die man ablehnt, setzt sich über diesen Umweg durch. Diejenigen, welche die Betreuung *partout* aus der Sphäre des wirtschaftlichen Kalküls heraushalten wollen, befinden sich damit in einer Falle: Dieses Ziel ist nur dadurch zu erreichen, dass die Betreuung als etwas rechtlich und wirtschaftlich Wertloses betrachtet und dem Einsatz der betreuenden Eltern jede materielle Kompensation vorenthalten wird. Das unterscheidet sich höchstens in der Terminologie von der traditionellen Vorstellung, wonach die Arbeit einer Hausfrau allein aus Liebe und der Liebe wegen geleistet werde.

Wenn man aber die Vergleichbarkeit von Unterhaltszahlungen und persönlichen Leistungen nicht grundsätzlich ausschließt, dann ergibt sich die praktische Frage, *wie* die unterschiedlichen elterlichen Leistungen miteinander verglichen werden sollen. Benötigt wird ein einheitlicher Maßstab, der das Eine gegen das Andere abzuwägen erlaubt. Dazu bieten sich grundsätzlich zwei Methoden an, die allerdings beide daran kränkeln, alles Existenzielle auf seine wirtschaftliche Dimensionen zu reduzieren – wozu es aber keine Alternativen gibt, weil außerhalb des ökonomischen Denkens gar keine einheitlichen Kriterien für den Vergleich qualitativ unterschiedlicher Leistungen zu finden sind.

Die erste Methode besteht darin, den Wert der Leistungen des betreuenden Elternteils anhand der Marktpreise zu bestimmen. Das ist methodisch völlig unproblematisch, solange wir es mit Naturalleistungen zu tun haben, die vom betreuenden Elternteil auf dem Markt erworben worden sind (Kleider, Bettwäsche, Computer usw.): Der vom betreuenden Elternteil für diese Güter und Dienstleistungen bezahlte Preis ist selbstverständlich perfekt mit den Barzahlungen des anderen Elternteils vergleichbar. Schwierigkeiten entstehen dadurch, dass viele der für den Lebensunterhalt des Kindes erbrachten Leistungen entweder gar nicht auf dem Markt erworben werden oder das Ergebnis einer Vermischung von auf dem Markt Erworbenem mit der Arbeit des betreuenden Elternteils sind. Der Marktpreis solcher Leistungen wäre die Summe des tatsächlichen Preises der auf dem Markt gekauften ›Zutaten‹ und des Preises, den der Elternteil hätte zahlen müssen, wenn er die für die Transformation der ›Zutaten‹ erforderliche Arbeit auf dem Markt gekauft hätte, statt sie selbst zu leisten. Die Frage bleibt dann, ob und wie dieser letzte, hypothetische Preis zu berechnen ist. Manche Autoren sind der Meinung, dass die Sorge für ein Kind unvermeidlicherweise strikt persönliche Leistungen (Zeichen von Liebe und Interesse, Unterstützung bei emotionalen Problemen usw.) mit sich bringt, welche auf dem Markt nicht erhältlich sind, was der Methode des Vergleichs mit den Marktpreisen den Todesstoß versetzen würde (vgl. Derleder/Derleder 1978; Radin 1987). Aus der Forschung über die Geschichte der Kindheit wissen wir jedoch, dass es in der Vergangenheit beim Adel und auch im gehobenen Bürgertum gar nicht unüblich war, die Kinder im elterlichen Haushalt rund um die Uhr von bezahltem Personal versorgen und erziehen zu lassen. Die Kinder entwickelten meist eine stärkere emotionale Bindung zu diesem Personal als zu ihren Eltern (vgl. Gestrich u.a. 2003; Pollock 2001; Poster 1978). Angesichts dieser Erkenntnisse muss man die These der grundsätzlichen Unkäuflichkeit der persönlichen Dimension der Kindesbetreuung mit einem großen Fragezeichen versehen. Wenn zahllose englische *upper-class* Kinder von *nannies*, *governesses* und *governors* großgezogen worden sind, ohne dass dieser Erziehungsstil die so Erzogenen daran gehindert hätte, das britische Imperium auszubauen oder die Industrielle Revolution voranzutreiben, lässt das Zweifel an der These aufkommen, dass eine erfolgreiche Erziehung nur durch nicht bezahlte, von Gefühlen bestimmte Erwachsene möglich ist. Aber selbst wenn man davon ausgeht, dass für alle Unterhaltsleistungen – auch für solche, die unauflösbar mit der Erziehung des Kindes zusammenhängen – grundsätzlich vergleichbare Marktleistungen

zu finden sind, gibt es bei der Bestimmung dieser konkreten Marktleistungen Hürden, die in der Praxis nicht immer zu überwinden sein dürften.

Die erste Berechnungsschwierigkeit besteht darin, dass es für die Qualität der haushaltlichen Leistungen möglicherweise kein vergleichbares Angebot auf dem Markt gibt. Essen gibt es im Haushalt ebenso wie auf dem Markt, aber das Essen im Haushalt kann eine Qualität haben, die sich auf dem Markt gar nicht verkaufen ließe. Dann aber gibt es auch keine Marktpreise, die als Orientierung zur Berechnung des Wertes der haushaltlichen Arbeit dienen könnten. Die zweite Schwierigkeit ergibt sich daraus, dass die elterliche Betreuungsleistung sich oft als »Paket«, als Ganzes präsentiert: Kochen, Wäsche waschen, Gutenachtgeschichten vorlesen, Hausaufgaben betreuen, ein in der Nacht weinendes Kind trösten usw. – alles wird, teilweise sogar gleichzeitig, von derselben Person erledigt. Daraus ergibt sich, im Guten und im Schlechten, eine andere Qualität, als wenn man diese Leistungen – falls das überhaupt möglich wäre – einzeln auf dem Markt einkaufen würde, woraus folgt, dass für diese *Gesamtleistung* kein Marktpreis existiert. Zwar habe ich oben auf historische Beispiele hingewiesen, wonach es nicht grundsätzlich unmöglich ist, Kinder fast vollständig von bezahltem Personal betreuen und erziehen zu lassen; nur setzt das voraus, dass das Kind und dieses Personal über längere Zeit im gleichen Haushalt leben – solche mit einem engen Zusammenleben verbundene Arbeitsverhältnisse gibt es heute jedoch kaum noch. Eine dritte Schwierigkeit könnte letztendlich noch darin gesehen werden, dass der Marktwert der Betreuungsleistung in dramatischem Umfang von den Präferenzen des Betreuenden beeinflussbar wäre. Wenn der Vater kocht wie Bocuse, kann der Marktwert seiner Leistung der entsprechenden Menükarte entnommen werden. Die Betreuungsleistung hätte in so einem Fall einen sehr hohen Wert, mit – abhängig von den genauen Rechtsregeln – möglicherweise unangenehmen Folgen für den anderen Elternteil, der bei gleichbleibendem Einkommen zu höheren Unterhaltszahlungen verpflichtet sein könnte. Dieses Problem wäre meines Erachtens aber dadurch leicht aus der Welt zu schaffen, dass man den Kindesbedarf danach berechnet, was in Fällen von Familien mit einem vergleichbaren Lebensstandard üblich und redlich ist; alles andere würde dazu führen, die Höhe von Unterhaltsleistungen von individuellen Präferenzen, die nicht von anderen Mitgliedern der Familie geteilt werden, abhängig zu machen.

Eine zweite Methode zur Bestimmung des wirtschaftlichen Wertes der Betreuungsarbeit, genauer gesagt des Teils der Unterhaltsleistung, der nicht in der Form von Gütern oder Dienstleistungen auf dem Markt eingekauft wird, könnte darin bestehen, von den Opportunitätskosten des betreuenden Elternteils auszugehen. Die Opportunitätskosten sind der Wert der zweitbesten Handlungsalternative des Akteurs oder anders gesagt der Wert dessen, was der Akteur aufgeben muss, um die gewählte Handlungsalternative zu verwirklichen (vgl. Buchanan 1987). Obwohl dies von manchen Ökonomen als das richtige Kriterium zur Wertbestimmung verteidigt wird, findet dieses Vorgehen kaum Anwendung in der Rechtspraxis. Dafür gibt es gute Gründe. Der Begriff der Opportunitätskosten ist ein mikroökonomischer Begriff, der als Richtlinie für das rationale Handeln der *Einzelnen* entwickelt wurde. Die Anwendung des Begriffs setzt eine *individuelle und subjektive* Rangordnung von

Handlungsalternativen voraus. Wenn ich aufgrund meiner Begabung sowohl Dichter als auch Popstar werden könnte, ist es rational, mich für das Dichterdasein zu entscheiden, wenn der Genuss des Dichtens für mich einen größeren subjektiven Wert hat als das Mehreinkommen, das mir als Popstar zufallen würde. Diese Rangordnung ist definitionsgemäß nicht verallgemeinerbar (andere lieben möglicherweise das Geld mehr als die poetische Arbeit). Schon allein deshalb kommt sie auch nicht als Grundlage für überindividuelle Allokations- bzw. Verteilungsentscheidungen in Betracht, wie sie etwa in einem Unterhaltsstreit getroffen werden müssen. Das Gericht hat hier immer mit den Bedürfnissen und Präferenzen von mindestens drei Akteuren zu tun, die mit größter Wahrscheinlichkeit nicht in eine für alle gleichermaßen akzeptable Rangordnung gebracht werden können. Wird der Opportunitätskosten-Ansatz auf kollektive Entscheidungen angewendet, für die er ursprünglich nicht gedacht war, ergeben sich teilweise absurde Ergebnisse. Die Herleitung des Wertes der Betreuung aus den Opportunitätskosten des Betreuenden führt zum Beispiel dazu, dass dieser Wert – *für die gleiche Leistung* – für eine Bestsellerautorin ins Unermessliche steigen kann, während er für eine unqualifizierte Arbeitskraft ohne Beschäftigungsperspektiven quasi bei Null liegen würde. In allen Rechtssystemen, in denen der Umfang der Unterhaltsleistungen nicht vollständig pauschalisiert, sondern vom Lebensstandard der Familie abhängig ist, hätten diese (konstruierten) Unterschiede im Wert der elterlichen Leistungen weitreichende Folgen für die vom anderen Elternteil zu leistende Barzahlung: Bei genau dem *gleichen* individuellen Einkommen müsste der Ex-Ehemann der Bestsellerautorin viel mehr Unterhalt zahlen als der frühere Partner der Hartz-IV-Empfängerin, obwohl das Kind der Schriftstellerin auf die Zahlung weniger angewiesen wäre als das Kind der arbeitslosen Mutter.

Die bisherigen Ausführungen gingen von der idealtypischen Vorstellung aus, dass eine betreut und der andere nur zahlt. In der Wirklichkeit gibt es eine ganze Reihe von Mischformen, die irgendwo zwischen diesem Modell und dem Modell einer egalitär geteilten Betreuung liegen. Daraus folgt, dass unsere rechtsvergleichende Ausgangsfrage für die Rechtssysteme, welche der Asymmetrie der Lebenslagen der zwei Eltern in irgendwelcher Form überhaupt Rechnung tragen, durch eine zweite Frage ergänzt werden muss, nämlich ob und welche Regelungen das jeweilige Recht enthält, die auch die Eigenheiten der genannten Mischformen berücksichtigen.

Bevor wir uns der Beschreibung der unterschiedlichen Rechtsregelungen widmen bleibt noch eine letzte begriffliche Unklarheit zu klären. Im deutschen und österreichischen Recht werden drei Begriffe durcheinander benutzt: Barunterhalt, Naturalunterhalt und Unterhalt durch Betreuung. Der Barunterhalt lässt sich mühelos von den zwei anderen Begriffen abgrenzen; das Verhältnis zwischen Naturalunterhalt und Unterhalt durch Betreuung ist schwieriger zu bestimmen und in Gesetzgebung und Literatur ungenügend geklärt. Die Ungenauigkeit der genannten Begriffe lässt sich leicht an einem rechtsvergleichenden Beispiel illustrieren. So scheint sich ›Betreuung‹ fast selbstverständlich nur auf minderjährige Kinder zu beziehen, die noch erzogen werden müssen. Der Begriff des Unterhalts durch Betreuung ist im *österreichischen* Recht aber auf noch in der Ausbildung befindliche *volljährige* Un-

terhaltsgläubiger ausgedehnt worden. Von Unterhalt durch Betreuung ist bereits dann die Rede, wenn sich beispielsweise die Mutter immer noch um die Wäsche des in einer eigenen Wohnung lebenden Kindes kümmert (vgl. Gitschthaler 2008: 17–18). In dieser Bedeutung hat Betreuung nichts mehr mit Erziehung zu tun, und der ›Unterhalt durch Betreuung‹ ist überhaupt nicht mehr von dem zu unterscheiden, was in anderen Rechtsordnungen ›Naturalunterhalt‹ heißt.

Damit diese zwei Begriffe wirklich eine differenzierende Funktion erfüllen könnten, müssten sie einander ausschließen, d.h. sie dürften sich nicht überschneiden. Das wäre aus meiner Sicht nur auf zwei Wegen möglich: Entweder der Begriff des Unterhalts durch Betreuung würde dermaßen eingeschränkt, dass er sich nur noch auf *Erziehungsleistungen* und nicht auf *Verpflegungsleistungen* (wie Kochen, Wäsche waschen, usw.) bezieht. Dann wäre der Unterhalt durch Betreuung allerdings lediglich ein Synonym für die Sorgerechtsausübung und hätte nicht mehr viel mit Unterhalt zu tun. Alternativ dazu könnte der Begriff des Naturalunterhalts auf Leistungen beschränkt werden, die vom Unterhaltspflichtigen keinen Arbeitseinsatz erfordern (wenn beispielsweise die Eltern dem Kind die Benutzung der Wohnung zur Verfügung stellen, es sich aber selbst versorgt), während der Unterhalt durch Betreuung dann begrifflich für die Arbeit des Unterhaltspflichtigen stünde. Eine solche Differenzierung hätte jedoch die abwegige Folge, dass der so verstandene Naturalunterhalt dann für diejenigen Unterhaltsberechtigten, die noch zu jung sind, um sich selbstständig zu verpflegen, gar nicht geeignet wäre, das Überleben zu sichern. Da diese beiden hypothetischen Abgrenzungen dazu führen würden, den Begriff des Unterhalts auf Leistungen anzuwenden, die überhaupt (noch) nicht existenzsichernd wirken, ergeben sie letztlich keinen Sinn.

Die begriffliche Verwirrung rührt meines Erachtens daher, dass es tatsächlich drei Elemente gibt, die unter den geltenden gesellschaftlichen Bedingungen notwendig sind, um den Unterhalt eines Kindes zu sichern: Geld, auf dem Markt erworbene Güter, die durch Haushaltstätigkeiten in Verpflegungsleistungen umgewandelt werden, und Arbeit. Die Begriffstrias im deutschen Unterhaltsrecht ist ein Versuch, diese drei Bedingungen zu spiegeln, der allerdings misslingt, weil der Unterschied zwischen Naturalunterhalt und Unterhalt durch Betreuung nicht mit der Differenzierung Arbeit/Nicht-Arbeit korrespondiert.

Dass die genannten Begriffe nicht nur ungenau, sondern sogar verzichtbar sind, zeigt ein weiteres rechtsvergleichendes Beispiel. Wie weiter unten insbesondere bei der Besprechung der romanischen Rechtssysteme erläutert wird, gibt es diverse Rechtsordnungen, die den Begriff des Unterhalts durch Betreuung nicht kennen, in denen es den Richterinnen und Richtern aber trotzdem nicht verwehrt ist, den persönlichen Leistungen der Eltern bei der Berechnung der Unterhaltsleistungen Rechnung zu tragen. Hieraus folgt bereits, dass das Ziel, die persönliche Leistung von Eltern unterhaltsrechtlich einzukalkulieren, auch ohne die Anwendung der in Deutschland gängigen begrifflichen Differenzierungen erreichbar ist.

2 Ein rechtsvergleichender Überblick

Schon aus praktischen Überlegungen (Verfügbarkeit der Materialien, Sprachkenntnisse, Zeit) muss sich jede rechtsvergleichende Untersuchung auf eine Auswahl von Rechtsordnungen beschränken. Der folgende Überblick bezieht die Länder Österreich, England, Frankreich, Belgien und – weniger ausführlich – auch Italien, Schweden, Norwegen und Dänemark ein (zu den Vereinigten Staaten von Amerika und Vertiefungen bezüglich des Rechts der nordischen Länder vgl. *Martiny* in diesem Band).

Es ist zuerst zu differenzieren zwischen Rechtsordnungen, welche die Asymmetrie zwischen den Unterhaltspflichtigen ausdrücklich konzeptualisieren, und solchen, die das nicht tun.

In den nordischen und romanischen² Rechtssystemen wird die genannte Asymmetrie weder von der Gesetzgebung noch von der Rechtsprechung oder Rechtslehre zum Thema gemacht. Das bedeutet aber – besonders für die romanischen Rechtsordnungen – nicht, dass die Rollenteilung zwischen den Eltern nirgendwo im Unterhaltsrecht oder in funktionalen Äquivalenten eine Spur hinterlassen würde. Deshalb – und als Kontrast zur deutschen Auffassung – ist es notwendig, auch diese Rechtsordnungen zu behandeln.

Daneben gibt es (wenige) Rechtsordnungen, die so etwas wie Unterhaltsleistungen durch Betreuung ausdrücklich anerkennen. Hier werden Österreich und England besprochen.³ Im österreichischen Recht gelten die gleichen Hauptregeln wie im deutschen Recht. Demnach gilt Betreuung als Unterhalt, durch Betreuung genügt ein Elternteil seiner Unterhaltspflicht und für die Berechnung des Barunterhalts wird ausschließlich auf die Leistungsfähigkeit des nicht mit dem Kind zusammenlebenden Elternteils abgestellt. Trotzdem gibt es auch Unterschiede, deren Besonderheiten für ein Verständnis der deutschen Regelung fruchtbar sein könnten. Das englische Recht zeichnet sich durch ein kompliziertes duales System aus, das den deutschen und österreichischen Regelungen für die Berechnung periodischer Unterhaltszahlungen unterhalb gewisser Einkommensschwellen ähnlich ist, in dem aber für den Unterhalt durch wohlhabende Unterhaltspflichtige und für den Unterhalt durch andere Techniken als periodische Zahlungen andere und originelle Regelungen gelten.

- 2 Hiermit sind die Rechtssysteme gemeint, deren Privatrecht auf den französischen *Code Napoléon* von 1804 zurückgeht, sei es dass diese *Code*, wie in Belgien, Frankreich oder Luxemburg, immer noch das – wenn auch inzwischen novellierte – Kernstück des Privatrechts bildet, oder dass es, wie in Italien, Spanien oder Portugal, eine eigene Kodifizierung gegeben hat, welche aber sowohl die Struktur wie auch die Begriffe des *Code civil* von 1804 fast vollständig übernommen hat.
- 3 Auch in Australien wurde zunächst bei der Berechnung der Unterhaltszahlungen zwischen dem betreuenden und dem nicht-betreuenden Elternteil differenziert. Das Einkommen des betreuenden Elternteils wurde nur in das Unterhaltskalkül einbezogen, wenn es eine bestimmte Mindestgrenze überstieg. Der Schwellenwert lag beim durchschnittlichen Verdienst eines Vollzeitbeschäftigten. Diese Regelung wurde aber 2006 mit der Begründung aufgehoben, dass die meisten australischen Mütter nicht mehr ausschließlich Hausfrauen, sondern mindestens in Teilzeit erwerbstätig sind (vgl. Fehlberg/Maclean 2009).

Weil es im internationalen Vergleich mehr Rechtsordnungen gibt, die *keine* nach der Verteilung der Betreuung differenzierenden Regelungen enthalten, werden diese im Folgenden zuerst behandelt.

2.1 Rechtssysteme ohne ausdrückliche Konzeptualisierung der Asymmetrie zwischen den getrenntlebenden Eltern

2.1.1 Romanische Systeme (Belgien, Frankreich, Italien)

In den romanischen Rechtssystemen gehört die elterliche Unterhaltspflicht gegenüber minderjährigen bzw. noch in der Ausbildung befindlichen volljährigen Kindern rechtsdogmatisch nicht zum Verwandtenunterhalt, wie das in den germanischen Rechtssystemen der Fall ist. Was in Deutschland mit »Kindesunterhalt« bezeichnet wird, geht in diesen Rechtssystemen in einer eigenen, umfassenden Pflicht auf, die in den jeweiligen Gesetzbüchern ausdrücklich vom generellen Verwandtenunterhalt unterschieden wird (Art. 203 BW, Art. 203 frCC, Art. 143 itCC.⁴). In den französischen und italienischen Bürgerlichen Gesetzbüchern ist diese Pflicht sogar noch im Kapitel über die Pflichten der *Ehegatten* zu finden – obwohl niemand daran zweifelt, dass nicht miteinander verheiratete Eltern grundsätzlich genau die gleichen Pflichten gegenüber ihren Kindern haben wie Eltern, die miteinander verheiratet sind (vgl. Gabrielli 1996; Lefaucheur 1995). Es handelt sich hierbei um *eine* einzige Pflicht, die Kinder zu unterhalten *und* zu erziehen. Da Betreuungs- und Unterhaltspflicht dergestalt zusammengefasst sind, kann die (deutsche) Frage, ob Betreuung als Unterhalt gelten kann, in diesen Rechtsordnungen aus diesem Grund bereits logisch nicht gestellt werden.

Bei Nicht-Zusammenleben der Eltern wird es jedoch nichtsdestotrotz unvermeidlich, diese einheitliche Pflicht in unterschiedliche Dimensionen zu zerlegen. Der nicht hauptsächlich mit dem Kind zusammenlebende Elternteil erfüllt – Leistungsfähigkeit vorausgesetzt – einen Teil dieser Pflicht notwendigerweise durch Geldzahlungen an den betreuenden Elternteil. Für die Berechnung der Höhe dieser Unterhaltszahlungen werden die Ressourcen beider Eltern herangezogen; beide müssen im Verhältnis zu ihren Möglichkeiten zur Erfüllung der Unterhalts- und Erziehungspflicht beitragen (vgl. Auletta 1992; Swennen 2008; Malaurie/Fulchiron 2009). An keiner Stelle wird vorgeschrieben, dass die Betreuung in diesem Kalkül der Pflichtenverteilung zwischen den Eltern eine Rolle zu spielen hat. Aber das Gesetz schließt die Einbeziehung von Betreuungstätigkeiten auch nicht aus. Die Frage nach dieser Einbeziehung wird weder in der Literatur noch in der veröffentlichten Rechtsprechung thematisiert. Berechnungsfragen werden in der Rechtsprechung meistens

4 Strikt genommen enthält der italienische *Codice civile* gar keine ausdrückliche Pflicht der Eltern sich um ihre Kinder zu kümmern. Diese Pflicht ist aber für alle Kinder, ob ehelich oder nichtehelich, in Art. 30 der Verfassung enthalten und wurde auch schon vor dem Erlass des Grundgesetzes aus Art. 143 itCC hergeleitet, das den »Ehegatten« dazu verpflichtet, zu den Bedürfnissen der Familie beizutragen (vgl. Auletta 1992; Gabrielli 1996).

nur explizit erwähnt, wenn *besondere* Umstände vorliegen, welche die Leistungsfähigkeit der Eltern oder die Bedürfnisse der Kinder beeinflussen (z.B. Überschuldung oder besondere gesundheitliche Bedürfnisse⁵ eines Elternteils, ein behindertes Kind oder ein Kind, das ein zweites oder ein besonders teures Studium absolvieren will,⁶ vgl. Brouwers/Govaerts 2004: 389–423). Abgesehen von solchen Überlegungen enthalten die gerichtlichen Entscheidungen keine genaueren Ausführungen zu den unterschiedlichen Berechnungselementen. In diesen Rechtssystemen gibt es nur durch die Wissenschaft entwickelte, aber keine normativ zwingenden Tabellen für Unterhaltszahlungen.⁷ Insgesamt entsteht so der Eindruck, dass die Unterhaltshöhe letztlich nach dem Verfahren ›Pi mal Daumen‹ berechnet wird. Die Frage der Kinderbetreuung wird ausschließlich im Zusammenhang damit thematisiert, ob es dem betreuenden Elternteil zugemutet werden kann, (länger) zu arbeiten, um die wirtschaftliche Grundlage für den Kindesunterhalt zu verbessern (vgl. Brouwers/Govaerts 2004: 408; Martiny 2000: 351–352).⁸

Bezüglich der Verteilung der Kindesunterhaltspflichten ist noch auf eine neue Besonderheit des belgischen Rechts hinzuweisen, welche die Frage nach dem Unterhalt durch Betreuung auf dem ersten Blick überflüssig macht. Seit 2006 gilt im belgischen Recht die Regel, dass das Kind von nicht miteinander zusammenlebenden Eltern grundsätzlich in gleichem Maße, also alternierend bei beiden zu leben hat (Art. 374 § 2 BW). In den Fällen, in denen diese Regel angewendet wird, muss bis zum Gegenbeweis vermutet werden, dass das Kind von beiden Eltern gleichermaßen betreut wird. Dies hat zur Folge, dass die Einbeziehung der Betreuungsarbeit in die Berechnung der Unterhaltszahlung überflüssig wird und lediglich die finanzielle Leistungsfähigkeit der Eltern miteinander verglichen werden muss. Nur unter zwei Bedingungen wird diese Regel außer Kraft gesetzt, wenn nämlich entweder die Eltern einverstanden von ihr abweichen oder wenn das Gericht im Interesse aller Betroffenen der Meinung ist, dass eine andere Wohnregelung den Umständen des Falls eher angemessen ist. Über die tatsächliche Praxis liegen keine empirischen Erkenntnisse vor, es ist aber zu vermuten, dass die Ausnahmen viel häufiger vorkommen als die Regel. Hierfür spricht zum einen, dass es für die Kinder höchst unpraktisch sein dürfte, wöchentlich die Wohnung zu wechseln, und zum anderen, dass auch in Belgien die faktische Sorge für die Kinder überwiegend als Aufgabe der Mütter gilt, auch wenn sie voll berufstätig sind (vgl. die Zeitbudgetstudien von Glorieux u.a. 2001 und Van Dongen u.a. 1995).

5 Cass. b., 16.04.2004, Divorce, 2004, 97.

6 Rb. Leuven, 29.04.2005, Rechtspraak Antwerpen Brussel Gent, 2006–2007, 533; Rb. Gent, 03.11.2005, Rechtskundig Weekblad, 2006–2007, 69.

7 In Belgien hat z.B. Renard (1986) auf der Grundlage empirischer Forschung eine Formel entwickelt, die sehr viele unterschiedliche Elemente bei der Berechnung und Verteilung der Unterhaltsgelder einbezieht. Diese Formel fand auch bei anderen Autoren (z.B. Brouwers/Govaerts 2004; Franeau 1995) Anerkennung, wurde von der Rechtsprechung jedoch nicht rezipiert.

8 Vgl. auch Cass. fr., 06.03.1974, Bulletin civil, 1974, I, 66.

Zusammenfassend lässt sich also festhalten, dass wir nicht wissen, ob die Betreuung in den genannten Rechtssystemen irgendeine Rolle in der Unterhaltsberechnung spielt. Der Grund für dieses Defizit ist aber, dass man der veröffentlichten Rechtsprechung die Komponenten dieser Berechnung generell kaum entnehmen kann. Obwohl die Gesetzgebung die Betreuung nicht als Unterhalt konzeptualisiert, wäre es in diesen Rechtsordnungen aber vollkommen gesetzeskonform, der Betreuungsleistung einen Geldwert zuzuweisen und diesen Geldwert bei der Berechnung des vom anderen Elternteil geschuldeten Unterhalts in Rechnung zu stellen – und es gibt keine Gründe anzunehmen, dass das nicht auch geschieht.

2.1.2 Nordische Länder (Schweden, Norwegen, Dänemark)

In den nordischen Rechtsordnungen gilt als Grundregel, dass beide Eltern nach ihren *finanziellen* Möglichkeiten zum Kindesunterhalt beitragen. Die Betreuungsarbeit wird nicht als Unterhaltsleistung konzeptualisiert. In der schwedischen Rechtsliteratur wird auch ausdrücklich betont, dass die Betreuung kein Element der Berechnung der Unterhaltsanteile sein soll, sondern ein wesentlicher Aspekt des Sorgerechts ist (vgl. Dopffel 1994), das seit 1983 auch nach einer Scheidung in der Regel beiden Eltern gemeinsam zusteht (vgl. Bogdan 1996). Im Gegensatz zu den Regelungen in den romanischen Rechtssystemen gibt es bei der Festlegung der elterlichen Unterhaltsanteile keine große richterliche Freiheit. Die Kindesunterhaltssätze sind in standardisierten Regelungen festgelegt, die keinen Bezug auf Betreuungsleistungen nehmen. Von den gesetzlichen Standards *kann* zwar abgewichen werden, in Dänemark und Schweden geschieht das aber selten (vgl. Dopffel 1994; Saldeen 1983).

2.2 Österreich

§ 140 Abs. 2 ABGB lautet:

»Der Elternteil, der den Haushalt führt, in dem er das Kind betreut, leistet dadurch seinen [Unterhalts]Beitrag. Darüber hinaus hat er zum Unterhalt des Kindes beizutragen, soweit der andere Elternteil zur vollen Deckung der Bedürfnisse des Kindes nicht imstande ist oder mehr leisten müsste, als es seinen eigenen Lebensverhältnissen angemessen wäre«.

In der Formulierung unterscheidet sich diese Grundregel kaum von derjenigen in § 1606 Abs. 3 S. 2 BGB: Der betreuende Elternteil erbringt seine Unterhaltsleistung grundsätzlich durch die Betreuung. Was in Österreich unter »Betreuung« zu verstehen ist, weicht aber erheblich von den deutschen Vorstellungen ab (vgl. Gitschthaler 2008: 13–19; Martiny 2000: 344). Als konkrete Beispiele für Betreuung werden in der österreichischen Rechtsprechung fast nur Tätigkeiten genannt, die in jedem Haushalt, ob nun mit oder ohne Kinder, zu leisten sind (z.B. Nahrungszubereitung, Erhaltung der Kleidung, Krankenpflege) und die man nach der deutschen Auffassung ohne Weiteres dem Begriff des Naturalunterhalts zuordnen würde. Auch noch in Ausbildung befindliche volljährige Kinder oder Kinder, die nur ab und zu bei

einem Elternteil verweilen, oder (minderjährige und volljährige) Kinder, die noch ein Zimmer in der elterlichen Wohnung haben und nur regelmäßig vorbeischaun, um sich ihrer Wäsche zu entledigen, können in der unterhaltsrechtlichen Bedeutung »betreut« werden.⁹ Soweit überhaupt vorhanden, muten die richterlichen Begründungen für diese besondere (in der Rechtslehre kritisierte) Ausfüllung des Betreuungsbegriffs zuweilen seltsam an. So zitiert Gitschthaler (2008: 18) eine Entscheidung, wonach es in einer normalen österreichischen Familie üblich ist, dass der haushaltsführende Elternteil die häuslichen Tätigkeiten auch für gesunde volljährige Kinder weiter erledigt, solange die Kinder – auch wenn sie nicht mehr überwiegend zu Hause leben – noch nicht wirtschaftlich selbstständig sind. Solche Interpretationen vermitteln den Eindruck, dass die mütterlichen und kindlichen sozialen Rollen im österreichischen Recht extrem fixiert sind: Die Mutter – geschlechtsneutral als »haushaltsführender Elternteil« maskiert – hört erst auf, für das Kind verantwortlich zu sein, wenn dieses sich vollständig vom mütterlichen Haushalt getrennt hat.

Die deutschen und österreichischen Regelungen des Unterhalts durch Betreuung sind also im Gesetz nahezu identisch, werden in der Rechtspraxis aber unterschiedlich gehandhabt. Umgekehrt verhält es sich mit den Ausnahmeregelungen. In beiden Rechtsordnungen kann der betreuende Elternteil ausnahmsweise doch zu finanziellen Leistungen herangezogen werden. Im BGB ist aber weder spezifiziert, unter welchen Bedingungen diese Ausnahmeregelung wirksam wird, noch in welchem Umfang der betreuende Elternteil dann zu finanziellen Leistungen verpflichtet ist. Die *Möglichkeit* einer Ausnahme von der Hauptregel folgt lediglich im Umkehrschluss aus den Worten »in der Regel« in § 1606 Abs. 3 S. 2. § 140 ABGB hingegen legt scheinbar ganz genau fest, wann und wie der betreuende Elternteil einen finanziellen Beitrag leisten soll: Wenn der andere Elternteil nicht über genug Geld verfügt, um die Bedürfnisse des Kindes voll zu decken oder wenn die für diese vollständige Deckung erforderlichen Zahlungen außer Verhältnis zu seinen eigenen Lebensverhältnissen (d.h. zu seinen Möglichkeiten und zu seinen sonstigen finanziellen Verpflichtungen) stehen würden, muss auch der betreuende Elternteil leisten, aber *nur* insoweit es erforderlich ist, um die vom anderen Elternteil gelassene finanzielle Lücke zu schließen. Vom Gesetzeswortlaut her sollte die finanzielle Leistungsfähigkeit des betreuenden Elternteils – im Gegensatz zu dem, was im deutschen Recht gilt – bei der Berechnung der vom anderen Elternteil zu leistenden Unterhaltszahlung keine Rolle spielen. Sie tut es faktisch aber doch, denn die Rechtsprechung bezieht das Verhältnis zwischen den Leistungsmöglichkeiten beider Eltern in ihrer Berechnung des vom nicht betreuenden Elternteils zu zahlenden Geldes jedenfalls immer dann ein, wenn das Einkommen dieses Elternteils nur unwesentlich über dem eigenen Existenzminimum liegt und wenn der von diesem Elternteil potenziell zu leistende Beitrag angesichts der Möglichkeiten des betreuenden Elternteils den Lebensstandard des Kindes nur geringfügig beeinflussen könnte (vgl. Gitschthaler 2008: 15).

9 Oberster Gerichtshof, 31.08.1994, 7Ob577/94 (abrufbar unter www.ris.bka.gv.at).

2.3 Das englische Recht

Das englische Recht ist im Gegensatz zu den kontinental-europäischen Rechtssystemen nicht anhand der Frage ›Welche Rechte und Pflichten hat das Subjekt?‹, sondern anhand der Frage ›Welche Forderungen (*claims*) kann ich wo stellen?‹ aufgebaut (vgl. Ancel 1927). Nur vor diesem Hintergrund ist nachzuvollziehen, wie es im englischen Recht zum hier beschriebenen dualen System der Unterhaltsansprüche kommen konnte.

Bis zum Erlass des Child Support Act 1991¹⁰ wurden Kindesunterhaltszahlungen in England von den Gerichten angeordnet. Sie orientierten sich dabei an diversen Kriterien; entscheidend war aber die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Eltern. Es zeigte sich jedoch, dass viele Mütter lieber Sozialleistungen in Anspruch nahmen, als die Väter zu verklagen. Auch neigten die Gerichte dazu, die Güterverteilung und die Unterhaltsansprüche bei einer Scheidung so festzulegen, dass die früheren Ehegatten in der Lage waren, Sozialleistungen und Steuervorteile maximal in Anspruch zu nehmen.¹¹ Um die Staatskasse zu entlasten und die Väter stärker in die Verantwortung zu nehmen, wurde daher 1991 mit der Child Support Agency (CSA) eine Verwaltungsbehörde geschaffen, die seitdem für die Festsetzung der Höhe regelmäßiger, periodischer Unterhaltszahlungen für Kinder zuständig ist. Die CSA hat weitreichende Kompetenzen zur Durchsetzung der Unterhaltspflicht; so kann sie den Arbeitgeber des Unterhaltsschuldners *ohne gerichtliche Anordnung* dazu verpflichten, die geschuldeten Unterhaltsbeträge vom Gehalt seines Arbeitnehmers abzuziehen und an die CSA zu zahlen (s. 31 Child Support Act). Sozialleistungsempfänger wurden verpflichtet, den Kindesunterhaltsbeitrag des anderen Elternteils über die CSA einzuklagen.¹²

Jedoch wurden nicht sämtliche Entscheidungskompetenzen in Kindesunterhaltsfragen von der Gerichtsbarkeit auf die Verwaltung übertragen. Der CSA obliegt die Festlegung periodischer Unterhaltszahlungen der nicht mit *ihrem* Kind zusammenlebenden Eltern, nur für Kinder unter 16 Jahren (bzw. unter 20 Jahren, wenn sie noch in der Ausbildung sind) und nur für Unterhaltsschuldner mit Einkommen unterhalb einer bestimmten Höchstgrenze, die regelmäßig geändert worden ist und zuletzt bei 2000 Pfund netto in der Woche lag. Die Gerichte sind demgegenüber nach wie vor zuständig für periodische Zahlungen von Schuldner mit einem Einkommen oberhalb der Einkommensschwelle, Unterhalt für Kinder oberhalb der

10 Wenn keine besondere Quelle zitiert wird, beruht die folgende Beschreibung von Rechtsentwicklungen und -regelungen auf Bainham 2000; Child Poverty Action Group 2008; Cretney u.a. 2003; Cretney u.a. 2008; Fehlberg/Maclean 2009; Lowe/Douglas 1998; Maclean/Eekelaar 1997.

11 Nach englischem Recht kann das Gericht bei der Abwicklung der Scheidungsfolgen alle Vermögensrechte und -pflichten der Ehegatten ›in einen Topf werfen‹ und dann diesen Topf zwischen den Ehegatten umverteilen, unabhängig von der Frage, wem diese Rechte vor der Scheidung zustanden (vgl. Cretney u.a. 2008).

12 Diese Pflicht ist mittlerweile durch s. 15 Child Maintenance and Other Payments Act 2008 aufgehoben worden.

Altersgrenze des Child Support Act, periodische Zahlungen von Ausbildungskosten (z.B. Schulgelder für den Besuch einer der in England verbreiteten Privatschulen), Unterhaltsleistungen in anderen Formen als periodischen Zahlungen, Unterhaltsansprüche von *children of the family* (das sind Kinder, die nicht in einem Verwandtschaftsverhältnis zum Unterhaltsschuldner stehen, die aber von den Erwachsenen im Haushalt als Kinder der Familie behandelt worden sind, insbesondere Stiefkinder),¹³ sowie für Sonderleistungen für behinderte Kinder (s. 8 Child Support Act).

Die CSA und die Gerichte bestimmen die Art und Höhe des Unterhalts nach unterschiedlichen Maßstäben. Die CSA wendet den Child Support Act an, wonach der Unterhaltsschuldner – von Ausnahmefällen abgesehen – einen festgelegten Prozentsatz seines Nettoeinkommens bezahlt. Das Einkommen des mit dem Kind zusammenlebenden Elternteils spielt seit einer Gesetzesreform von 2000 für die Berechnung keine Rolle mehr. Es wird davon ausgegangen, dass der mit dem Kind zusammenlebende Elternteil seine Unterhaltsleistung in Naturalien erbringt. Gemeint ist hier aber nicht die Betreuungsarbeit im Sinne der Erziehung, sondern das Bereitstellen einer Wohnung und die Haushaltsführung. Für den Fall, dass die Eltern sich die Betreuung des Kindes weitgehend teilen, gibt es komplizierte Sonderregelungen, welche die Höhe der Unterhaltszahlung annähernd proportional zur Betreuungsleistung des Unterhaltspflichtigen verringern. Die Reform wurde damit begründet, dass die vorherige Regelung, nach der die Leistungsfähigkeiten beider Eltern gegeneinander abgewogen wurde, zu undurchschaubaren Berechnungen und daraus folgenden Streitigkeiten geführt habe, und dass die Neuregelung, obwohl viel einfacher gestrickt, in der Praxis kaum andere Ergebnisse als die frühere Gesetzgebung hervorbringen werde.

Die Gerichte dagegen gehen bei der Festlegung der Höhe von Zahlungen und bei allen sonstigen Anordnungen zur Sicherung der Existenz der Kinder von anderen gesetzlichen Grundlagen aus als die CSA, nämlich nicht vom Child Support Act, sondern vom Children Act 1989 und – bei Scheidungen – vom Matrimonial Causes Act 1973. Sie berechnen die Leistungen aufgrund der *finanziellen* Leistungsfähigkeit *beider* Eltern, was in Sonderfällen sogar dazu führen kann, dass der betreuende Elternteil dem anderen Elternteil Unterhaltszahlungen zur Deckung der ihm während seiner (geringeren) Betreuungszeit entstehenden Kosten zu leisten hat.

Um die Bedeutung der gerichtlichen Kompetenzen in Kindesunterhaltsfragen richtig einschätzen zu können, ist es wichtig sich zu vergegenwärtigen, dass im englischen Recht Unterhaltsleistungen eingeklagt werden können, die in den kontinentalen Rechtssystemen so nicht vorkommen. Erstens ist der Kreis der Unterhaltsberechtigten in England weiter. Wie bereits erwähnt, kann auch ein *child of the family* Unterhalt erhalten, obwohl es nicht mit dem Unterhaltsschuldner verwandt ist (s. 25 Matrimonial Causes Act 1973). Da die CSA nur für Kinder zuständig ist, die in einem Verwandtschaftsverhältnis zum Unterhaltsschuldner stehen, kann ein *child of the family* nur auf dem Gerichtsweg Unterhalt erhalten. Da die Gerichte aber auf-

13 Kinder, die in Absprache mit den kommunalen Autoritäten von Privatpersonen in Pflege genommen worden sind, sind hier jedoch ausdrücklich ausgeschlossen.

grund des Matrimonial Causes Acts bzw. des Children Acts bei der Beurteilung von Bedürfnissen und Leistungsfähigkeiten und bei der Wahl existenzsichernder Maßnahmen über ein sehr weitgehendes Ermessen (*discretion*) verfügen und nicht an die mechanischen Standards gebunden sind, welche die CSA anwenden muss, wird diesem ›sozialen‹ Kind unter Umständen ein Recht auf weitergehende Leistungen zugestanden als einem blutsverwandten Kind nach den Maßstäben des Child Support Act. Zweitens können die Gerichte aufgrund der genannten Gesetze andere unterhaltssichernde Maßnahmen als die Anordnung einer periodischen Zahlung treffen. Zu den wichtigsten alternativen Anordnungen, die zur Existenzsicherung der Kinder erlassen werden, gehören:

- die einmalige Zahlung eines Kapitalbetrags, aus dem der Unterhalt und/oder die Ausbildung des Kindes zu finanzieren ist;
- die Übertragung eines Mietrechts auf den Elternteil, mit dem das Kind lebt;
- die Errichtung eines (üblicherweise zeitlich beschränkten) Rechts zur Benutzung der Eigentumswohnung des einen Elternteils durch den Elternteil, mit dem das Kind zusammenlebt;
- die Errichtung eines *Trusts* zugunsten des Kindes. In diesem Fall wird das Kapital oder Vermögenselement, das dem Kind zur Existenzsicherung dienen soll, nicht dem anderen Elternteil überlassen, sondern für das Kind in *Trust* gehalten. Das Kind kann dann von dem Treuhandverwalter aus dem Kapital zu gegebener Zeit – z.B. für seine Ausbildung – die Zahlungen erhalten, auf die es nach den gerichtlich festgelegten Bedingungen des *Trusts* einen Anspruch hat, oder es kann zusammen mit dem betreuenden Elternteil in der in *Trust* gehaltene Wohnung leben.

Grundsätzlich wäre es den Gerichten auch möglich, aus Gründen des Kindeswohls den Eigentumsübergang von Vermögenselementen vom nicht betreuenden auf den betreuenden Elternteil anzuordnen (s. 1 von Schedule 1 zum Children Act 1989), d.h. etwa das Eigentumsrecht der Familienwohnung dem betreuenden Elternteil zu überlassen. Diese Möglichkeit wird von den Gerichten aber kaum wahrgenommen mit der Begründung, dass das Kind zu seiner Existenzsicherung normalerweise nur ein zeitlich begrenztes Wohnrecht benötigt (vgl. Bainham 2000).

Alle diese Anordnungen sind unabhängig davon möglich, ob die Eltern verheiratet waren. Daher können die Gerichte aus Gründen der Existenzsicherung des Kindes auch die Übertragung von Vermögens- oder Nutzungsrechten zwischen nicht miteinander verheirateten und sogar solchen Partnern vorsehen, die nie zusammengelebt haben (vgl. Douglas 2006).

Die Kompetenz der Gerichte, kindesunterhaltssichernde Maßnahmen zu treffen, ist damit aber nicht erschöpft. Solche Maßnahmen können auch als Teil der Scheidungsfolgenregelung getroffen werden. Mit dem Ziel der Kindeswohlförderung und der Existenzsicherung der Kinder können im Scheidungsverfahren Anordnungen jeder Art (die Zahlung einmaliger Geldbeträge, Vermögenstransfers, die Etablierung von *Trusts* oder persönlichen Wohn- oder Nutzungsrechten) zugunsten des wirtschaftlich schwächeren Ehegatten erlassen werden, wenn dieser Ehegatte weiterhin

die Kinder betreut (vgl. Cretney u.a. 2003; Hoggett/Pearl 1991). Obwohl in England seit dem Married Women's Property Act 1882 während der Ehe ein striktes System der Gütertrennung herrscht (vgl. Holcombe 1983), kann das Gericht bei der Abwicklung der Scheidung die Vermögensrechte der früheren Ehegatten nach Ermessen verteilen. Die während der Ehe erbrachten Kinderbetreuungsleistungen spielen bei der Entscheidung über diese Verteilung eine durchaus wichtige Rolle. Aus unserer Perspektive am bedeutungsvollsten ist jedoch, dass die Standards für die Auswahl der zu treffenden Maßnahmen in Scheidungsverfahren wiederum andere sind als diejenigen, welche für den Kindesunterhalt an sich gelten. Bei der Scheidungsfolgenabwicklung muss das Gericht unter Umständen auch das Verhalten der Parteien während der Ehe – das selbstverständlich mit den Bedürfnissen des Kindes gar nichts zu tun haben muss – in Rechnung stellen (s. 25 Matrimonial Causes Act 1973).

Grundsätzlich ist das Verhältnis zwischen dem Zuständigkeitsbereich der CSA und dem Zuständigkeitsbereich der Gerichtsbarkeit klar: Die Gerichte sind nur für Unterhaltsfragen zuständig, die außerhalb der Kompetenzen der CSA liegen. Ein Koordinationsproblem entsteht aber, wenn das Gericht etwa bei der Abwicklung einer Scheidung Vermögensverteilungsentscheidungen treffen muss, *bevor* die CSA eine Entscheidung über den Kindesunterhalt getroffen hat. Das Gericht hat es in diesem Fall, gelinde gesagt, schwer, den Überblick über die Gesamtlage zu bewahren, der erforderlich wäre für die umfassenden Entscheidungen, die es treffen muss.

In ihrer Gesamtheit wird die englische Regelung in England selbst für höchst unbefriedigend gehalten – und das, obwohl die Reform von 1991 zu einem deutlichen Anstieg der Unterhaltszahlungen geführt hat (vgl. Fehlberg/Maclean 2009). Trotz mehrerer Novellierungen, die dem Ziel einer Vereinfachung des Systems dienten, bleibt aber die Anwendung des Child Support Act schon für die Verwaltung, aber erst recht für die Betroffenen eine mühsame und undurchsichtige Angelegenheit. Unsicherheiten bezüglich der Abgrenzung der richterlichen von den Verwaltungszuständigkeiten sowie Abstimmungsschwierigkeiten in Fällen, in denen gleichzeitig eine Zuständigkeit der CSA für die periodischen Zahlungen und eine Zuständigkeit der Gerichte für Vermögenstransfers besteht, erhöhen die Intransparenz des Ganzen noch. Und selbst wenn die Regeln alle genau richtig angewendet werden, produziert das System Anomalien, für die keine rationale Begründung zu finden ist. Die Kinder der Vermögenden, *children of the family*, Kinder oberhalb der Altersgrenze des Child Support Act, sie alle können unter Umständen einen weiterreichenden und differenzierteren Schutz als andere Kinder genießen, ausschließlich weil im einen Fall die Verwaltung und im anderen Fall das Gericht für die Entscheidungen zuständig ist. *Als System* kann diese englische Regelung, die in ihrem Verwaltungszweig die Unterhaltsansprüche sehr ausführlich und bis ins Detail festlegt (und sich dadurch schon von den anderen europäischen Regelungen unterscheidet), kaum ein rechtspolitisches Vorbild sein. In bestimmten Hinsichten könnte sie trotzdem eine Inspiration für Reformen in anderen Ländern sein. Zu denken ist hier zum einen an die Stellung des *child of the family*. Die Einbeziehung von nicht rechtlich mit den Unterhaltspflichtigen verwandten, aber faktisch von ihnen versorgten Kindern in die Unterhaltsfrage ermöglicht es, die Lasten zwischen getrennten Eltern besser zu ver-

teilen; ohne eine solche Unterhaltspflicht bliebe für den Unterhalt eines solchen Kindes ausschließlich die betreuende Person verantwortlich, Bedenkenswert sind zum anderen auch die Methoden, Unterhalt auf andere Weise als durch periodische Zahlungen zu gewähren. Diese anderen Unterhaltsformen, wie etwa die Bereitstellung einer Wohnung, haben den Vorteil, nicht ständig wiederkehrende und neue Zwiste über die geschuldeten Beträge hervorzurufen und sie entlasten den betreuenden Elternteil im selben Ausmaß oder sogar stärker noch als periodische Zahlungen.

3 Rechtsvergleichende Synthese

In dem kurzen Überblick unter 2. haben wir festgestellt, dass es einige wenige Rechtssysteme gibt, in denen so etwas wie Betreuung ausdrücklich als Unterhalt angerechnet wird, während die Frage nach Betreuung als Unterhaltsbeitrag in vielen Rechtsordnungen erst gar nicht gestellt wird. Um die Ähnlichkeiten und Unterschiede zwischen den Rechtsordnungen richtig einzuschätzen, müssen die unterhaltsrechtlichen Regelungen aber in ihren jeweiligen historischen, sozialen und rechtsdogmatischen Kontexten betrachtet werden.

Sowohl in Deutschland und Österreich als auch in England wird ›Betreuung‹ als Unterhalt angerechnet. Die persönlichen Leistungen, die als ›Betreuung‹ gelten, sind in diesen unterschiedlichen Rechtssystemen aber nicht die gleichen. In England und Österreich kommen – im Gegensatz zur deutschen Auffassung – für die Anrechnung nur Leistungen in Betracht, die unmittelbar das materielle Wohl des Kindes betreffen (Essen kochen, Wäsche waschen, ein Zimmer zur Verfügung stellen), erzieherische Leistungen dagegen nicht. Auch hat die Regelung in England andere Wurzeln als in Österreich und Deutschland. In den beiden letztgenannten Ländern ist sie ein Korollarium der früheren Philosophie, wonach Männer und Frauen bzw. Mütter und Väter ›gleichwertig, aber unterschiedlich‹ sind. Die Anrechnung von Betreuung als Unterhalt war in beiden Ländern Teil der Gleichberechtigungsreformen (in Deutschland 1957, in Österreich 1977).¹⁴ Diese Reformen verschlechterten die Stellung der Mütter insofern, als sie jetzt gleichrangig mit dem Vater unterhaltspflichtig wurden; im früheren Recht, das von der Ungleichheit von Mann und Frau ausging, war der Vater vorrangig unterhaltspflichtig. In beiden Ländern strebte der Gesetzgeber einen Kompromiss zwischen dem Gleichheitsgebot und der Ideologie sowie der Wirklichkeit der Hausfrauenehe an. Die Regel, die Betreuung als Unterhalt anzurechnen, wurde – trotz der in Österreich von Anfang an geschlechtsneutralen Formulierung – nun genau eingeführt, weil es in der Realität überwiegend *Mütter* waren, welche die Kinder betreuten, und weil es nach den damals vorherrschenden Vorstellungen auch so sein sollte. Diese Entstehungsgeschichte wirft immer noch den Schatten geschlechtsasymmetrischer Rollenvorstellungen auf die Anrechnungsregel – in Öster-

14 Die historischen Daten, auf denen diese Analyse gründet, habe ich für Deutschland den Beiträgen von *Meder* und *Wersig* (in diesem Band) entnommen. Für Österreich vgl. Floßmann 1992; Lehner 1987.

reich noch viel stärker als in Deutschland, da die österreichische Auslegung des Betreuungsbegriffs von einem Familienmodell ausgeht, in dem der betreuende Elternteil (meistens die Mutter) quasi für die Rundumversorgung der Kinder zuständig ist, bis sie ihren eigenen Weg im Leben gefunden haben. In England dagegen ist die Anrechnung von Betreuung als Unterhalt, wie oben bereits beschrieben, eine neuere Entwicklung aus dem Jahre 2000, die – wenigstens an der Oberfläche – nichts mit stereotypen Geschlechterrollenvorstellungen zu tun hat, sondern mit praktischen Argumenten untermauert wird. Nach dem Child Support Act 1991 wurde auch das Einkommen des Elternteils, mit dem das Kind hauptsächlich zusammenlebt, nach einer komplizierten Formel in die Berechnung der Unterhaltszahlung einbezogen. Die Regelung wurde aber als so umständlich empfunden, dass sie von der zuständigen Verwaltung nicht reibungslos und mit befriedigenden Ergebnissen umgesetzt werden konnte. Ein Aspekt der 2000 durchgeführten Vereinfachung bestand darin, die finanziellen Ressourcen des Elternteils, bei dem das Kind lebt, in der Berechnung außer Betracht zu lassen. Für nicht von der CSA festgelegte, sondern vom Gericht angeordnete Unterhaltsleistungen gilt diese Anrechnung von Betreuung als Unterhalt nicht – obwohl die Betreuungsarbeit in den gerichtlichen Entscheidungen dann doch wieder dadurch berücksichtigt wird, dass dem betreuenden Elternteil aufgrund der vergangenen und zukünftigen Betreuung Vermögensrechte des nicht betreuenden Elternteils übertragen werden.

Weder in den nordischen noch in den romanischen Rechtsordnungen wird die Betreuung ausdrücklich als ein Unterhaltselement konzeptualisiert. Auch hier müssen wir aber feststellen, dass sich hinter der formalen Ähnlichkeit der Rechtsregelungen wesentliche Unterschiede verbergen. In den skandinavischen Ländern, besonders in Schweden und Dänemark, hat sich der Gedanke der Geschlechtergleichheit früher und auch stärker als in vielen anderen Ländern durchgesetzt. Es wurden auch weitgehend die institutionellen Voraussetzungen auf dem Arbeitsmarkt und bei den Sozialleistungen geschaffen, die für eine unabhängige wirtschaftliche Existenz von Frauen bzw. Müttern und für die Versöhnung von Erwerbsarbeit und Sorgearbeit erforderlich sind (vgl. Battail u.a. 1992; Folbre 1994; Leira 1992). Vor diesem Hintergrund erstaunt es nicht, dass in diesen Ländern grundsätzlich davon ausgegangen wird, dass sich *beide* Eltern – von der Gemeinschaft unterstützt – persönlich um die Kinder kümmern. Zwar stimmt die Wirklichkeit nicht ganz mit diesem elterlichen Rollenbild überein und die Väter beteiligen sich auch hier noch wesentlich weniger an der faktischen Sorge für Kinder als die Mütter – aber sie tun es in größerem Ausmaß als in anderen Ländern (vgl. Bergman/Hobson 2002). Eine rechtlich festgelegte Differenzierung zwischen einem betreuenden und einem zahlenden Elternteil würde in diesem Klima von Geschlechtergleichheit, in dem auch von Vätern ein elterliches Engagement erwartet wird, nicht passen. Außerdem ist die Nicht-Berücksichtigung des Betreuungsaufwands als Unterhalt unter den Bedingungen einer fast vollständigen und kontinuierlichen weiblichen Arbeitsmarktpartizipation und einer sozialrechtlichen Abfederung der negativen wirtschaftlichen Folgen von Kinderbetreuung wenig problematisch.

Die Nicht-Thematisierung von Betreuung als Unterhalt in den romanischen Rechtssystemen ist anders zu interpretieren. Obwohl auch in Frankreich und Belgien bestimmte infrastrukturelle Bedingungen für die Arbeitsmarktpartizipation von Frauen, insbesondere der Ausbau der öffentlichen Kinderbetreuung (vgl. Morgan 2002–2003; Willekens 2009), frühzeitig erfüllt waren, überlebten in diesen Ländern (und stärker noch in Italien) traditionelle ideologische Vorstellungen von der Mutterrolle und vom moralischen Wert der Familienbindung *länger* als in den meisten anderen westeuropäischen Ländern, wie man sowohl der Geschichte des Familienrechts (vgl. Pocar/Ronfani 2008; Willekens 1998) wie auch soziologischen Analysen von Institutionen und Diskursen entnehmen kann (vgl. Bahle u.a. 2002; Lenoir 2003; Melograni 1988; Saraceno 1988). Wenn die Frage ›Betreuung als Unterhalt‹ in der Gesetzgebung und im rechtlichen Diskurs dieser Länder nicht auftaucht, dann aus anderen Gründen. Der erste Grund ist, dass Unterhalt und Erziehung seit dem *Code Napoléon* als eine einzige elterliche Pflicht angesehen wurden, was offensichtlich dazu geführt hat, die Frage, so wie sie in Deutschland diskutiert wird, aus dem Blick der Rechtswissenschaft zu halten. Ein zweiter Grund liegt in einer Tradition von starkem Widerstand gegen die Monetarisierung moralischer Werte, besonders in den Bereichen von Familie und Sexualität (vgl. Lenoir 2003). Exemplarisch hierfür ist die Rechtslehre der ›indisponibilité de l'état de la personne‹. Diese Lehre wurde lange Zeit angewendet, um jede Kontraktualisierung der Abstammungsbeziehungen zu verhindern. Erst in den letzten Jahren ist eine gewisse Lockerung zu beobachten (vgl. Carbonnier 1962 mit Heyvaert 2001 und Malaurie/Fulchiron 2009). Ein dritter Grund betrifft nur Belgien: Im vergangenen Jahrzehnt hat sich in der belgischen Politik, die sich vorher meistens gesträubt hatte, die von den europäischen Instanzen vorgegebenen Gleichstellungsregeln in nationales Recht umzusetzen, eine plötzliche Wende zu einer politischen Korrektheit vollzogen, die alles tabuisiert, was auch nur einen Hauch einer Geschlechtsstereotypisierung enthält (vgl. Willekens 2003). In diesem neuen Kontext wäre die Einführung eines Konstrukts von Betreuung als Unterhalt genau so wenig vorstellbar wie in den skandinavischen Ländern. Der letzte Grund dagegen ist rein pragmatisch und wiegt wahrscheinlich am schwersten: Die Kindesunterhaltsregeln sind in diesen Rechtsordnungen gesetzlich so offen gestaltet, dass die Richterinnen und Richter ohnehin machen können, was sie wollen. In Belgien und Frankreich schreiben die gesetzlichen Normen nur Allgemeines vor; in Italien gibt es, wie oben erwähnt, nicht einmal eine explizite gesetzliche Formulierung der elterlichen Pflicht zum Kindesunterhalt, sondern diese Pflicht wird mittelbar aus der allgemeinen Pflicht, zu den Lasten der Ehe beizutragen, hergeleitet. Unter diesen Bedingungen können die Gerichte ohne Weiteres die Betreuungsarbeit beim Unterhaltskalkül in Rechnung stellen oder auch nicht, je nach ihren Billigkeitsvorstellungen. Diese Möglichkeit gibt es in den nordischen Rechtsordnungen kaum – ein Unterschied, der die oberflächlichen Gemeinsamkeiten der jeweiligen Rechtsregelungen relativiert.

4 Ein rechtspolitisches Schlusswort anlässlich des Rechtsvergleichs

Es bleibt noch die Frage, inwiefern die oben durchgeführten rechtsvergleichenden Analysen rechtspolitisch verwendbare Lehren enthalten. Die Debatte über die Anrechnung von Betreuung als Unterhalt sieht sich mit einem Dilemma konfrontiert. Einerseits ist diese Anrechnung in ihrer gegenwärtigen Form im deutschen geltenden Recht eine Erbschaft des Modells der Hausfrauenehe. Sie muss daher in einer Gesellschaft, in der – wenigstens an der sichtbaren Oberfläche der öffentlichen Meinung – quasi ein Konsens besteht, dass die Hausfrauenehe sich nicht mit Geschlechtergerechtigkeit verträgt, wohl verdächtig und veraltet erscheinen. Andererseits gibt es eine – in den einführenden Abschnitten dieses Aufsatzes beschriebene – objektive Asymmetrie zwischen den Lebenslagen und -chancen des Elternteils, der das Kind bei sich hat, und des Elternteils, der das Kind nur ab und zu sieht. Diese Asymmetrie ist an sich unabhängig vom System der Geschlechterrollen: Auch wenn die Population der ›betreuenden Eltern‹ zur Hälfte aus Männern bestünde, müssten die Eltern trotzdem die gleichen Leistungen erbringen und die gleiche Verringerung ihrer wirtschaftlichen Chancen im Kauf nehmen, wie sie in der traditionellen Vorstellung von den Müttern erwartet wurde. Wenn Kinder ein wichtiges gesellschaftliches Gut sind, müssten die Rechtsregeln dies konsequenterweise auch anerkennen, die betreuenden Eltern bei ihrer Sorgearbeit unterstützen und die für sie daraus entstehenden Nachteile kompensieren.¹⁵ Diskutiert werden müsste dann lediglich, welche Instrumente geeignet sind, um diese Ziele zu erreichen. Für unser Thema würde die Frage dann konkret lauten, ob die Anerkennung der Betreuung als Unterhaltsbeitrag ein gutes Mittel zu diesem Zweck ist. Diese Frage kann wieder in zwei Teilfragen zerlegt werden: Ist das Kindesunterhaltsrecht überhaupt der richtige Ort für Regeln, welche der Asymmetrie zwischen den elterlichen Investitionen Rechnung tragen sollten? Und: Wenn es nun einmal ein solches Unterhaltsrecht gibt, wie sollte man die asymmetrische Lage der Eltern dann am besten berücksichtigen?

Zur ersten Teilfrage lässt sich zunächst einmal sagen, dass es viele rechtliche Mittel gibt, um die Nachteile derjenigen auszugleichen, die sich vorrangig um Kinder kümmern. Im Privatrecht – womit ich mich hier ausschließlich befasst habe – bietet sich hierfür die Scheidungsfolgenregelung an (bzw. im Fall von unverheiratet Zusammenlebenden eine – im deutschen Recht nicht bestehende, aber denkbare – Trennungsfolgenregelung). Die negativen wirtschaftlichen Folgen von Asymmetrien in der Kinderbetreuung werden ja oft nur im Scheidungs- oder Trennungsfall sichtbar, und in diesem Fall besteht für das Gericht die Möglichkeit, eine umfassende Regelung der wirtschaftlichen Verhältnisse zwischen den früheren Lebenspartnern zu treffen. Die Regelung des Kindesunterhalts allein ist hierfür kaum geeignet, weil sie die Leistungen des betreuenden Elternteils zwar – wie im geltenden deutschen Recht – anerkennen kann, aber die mit der Betreuung zusammenhängenden gesell-

15 Für eine ausführliche Argumentation, welche aus der gesellschaftlichen Bedeutung der Sorge für Kinder bestimmte Anforderungen an Familienrecht und Sozialrecht herleitet, vgl. u.a. Scheiwe 1999 und Willekens 2007.

schaftlichen und wirtschaftlichen Nachteile nicht kompensieren kann. Der Kindesunterhalt ist ja nur dazu da, die Bedürfnisse des Kindes zu befriedigen, und diese funktionale Einschränkung lässt es einfach nicht zu, Kindesunterhaltszahlungen anzuordnen, um andere Ziele zu verwirklichen. Wenn nun Kompensationsmechanismen im Privatrecht fast nur im Zuge der Scheidungs- bzw. Trennungsfolgenregelung funktionieren können, wäre es meines Erachtens empfehlenswert zu überlegen, ob und wie die englische Auffassung, die bei einer Scheidung die Möglichkeit einer den konkreten Umständen, Bedürfnissen und Zukunftsperspektiven der früheren Lebenspartner und Kinder angepassten Umverteilung aller Vermögensrechte vorsieht, als Vorbild für eine Reform des deutschen Rechts dienen könnte – eine Reform, die selbstverständlich weit über die Frage hinausgehen würde, die Thema dieses Beitrags ist.

Auch wenn man der Meinung ist, dass Kindesunterhaltsregelungen nur sehr eingeschränkt dazu geeignet sind, den Asymmetrien in der Verteilung der Sorgearbeit gerecht zu werden, bleibt doch die Tatsache, dass es den Kindesunterhalt nun einmal gibt und dass er irgendwie gestaltet werden muss. Damit stellt sich jedoch unausweichlich die Frage, wie die Unterhaltsleistung des betreuenden mit der des nicht betreuenden Elternteils verglichen werden soll. Auf diese Frage sind vier Reaktionen möglich:

1. Die Frage wird nicht explizit thematisiert. Obwohl Betreuungsleistungen nicht ausdrücklich in das Unterhaltskalkül einbezogen werden, bleibt es aber – wie wir oben für die romanischen Rechtssysteme gesehen haben – möglich, dass Betreuung unter dem weiten Mantel des richterlichen Ermessens auf eine für Außenstehende unsichtbare Weise doch eine Rolle in der Unterhaltsberechnung spielt.
2. Die persönlichen Leistungen der Eltern werden – auch wenn sie einen wirtschaftlichen Wert haben – ausdrücklich vom Vergleich ausgeschlossen; die Unterhaltszahlungen werden nur anhand der finanziellen Leistungsfähigkeiten von beiden berechnet.
3. Betreuung wird, wie in Deutschland und Österreich, *pauschal* als Unterhalt anerkannt; die finanzielle Leistungsfähigkeit des betreuenden Elternteils tut nur in Ausnahmefällen zur Sache.
4. Man versucht sämtliche Leistungen – Geld, Sachleistungen, den persönlichen Einsatz – beider Elternteile genau gegeneinander abzuwägen und so in jedem Einzelfall genau zu bestimmen, wer wie viel Unterhalt schuldet.

Wenn man diese verschiedenen Möglichkeiten vergleicht, erscheint die deutsche Regelung durchaus attraktiver als es die interne deutsche Debatte erahnen lässt, die meistens ohne Verweis auf konkrete ausländische Regelungen geführt wird. Die erste oben skizzierte Lösung – ›Nichts ausdrücklich regeln‹ – hat offensichtlich den Vorteil eines großen Spielraums für die Gerichte, um die Unterhaltsanordnung den Umständen des Einzelfalls anzupassen, aber eben auch den Nachteil, dass die richterlichen Entscheidungen unvorhersehbar und die Lösungswege undurchsichtig sind. Die zweite Lösung – der explizite Ausschluss aller anderen Aspekte außer der finan-

ziellen Leistungsfähigkeit – macht nur Sinn unter sozialen Bedingungen, unter denen Kinder im Regelfall gleichmäßig von beiden Eltern betreut werden. Nur dann kann davon ausgegangen werden, dass die Betreuungsleistungen der Eltern einander im Großen und Ganzen ausgleichen, so dass es überflüssig wäre, die persönlichen Leistungen in das Unterhaltskalkül einzubeziehen. Solche Bedingungen sind jedenfalls zurzeit in Deutschland nicht gegeben. Sie würden unter anderem eine symmetrische geschlechtliche Arbeitsteilung und eine Ökonomie voraussetzen, die es sowohl Männern als auch Frauen ermöglicht, wirtschaftlich unabhängig zu sein und gleichzeitig nicht so viel arbeiten zu müssen, dass sie sich nicht um Kinder kümmern könnten. Gegenwärtig liefe die Einführung einer solchen Lösung auf eine Bestrafung derjenigen hinaus, welche die hauptsächliche Sorge für die Kinder auf sich nehmen. Die vierte Lösung – die genaue Abwägung der beiderseitigen Leistungen jeder Art – halte ich für unpraktikabel. Sie würde voraussetzen, dass Geld und der persönliche Einsatz auf einen gemeinsamen Nenner gebracht werden; zu welchen Schwierigkeiten ein solches Unternehmen führt, habe ich bereits oben unter 1. verdeutlicht. Außerdem wäre eine solche Lösung nicht umsetzbar, ohne dass die Gerichte oder die Verwaltung sich massiv in das Privatleben der Betroffenen einmischen würden, um mit der erforderlichen Genauigkeit die Qualität der persönlichen Leistungen feststellen zu können. Die Konflikte über die Unterhaltsberechnung würden sich als Folge der Multidimensionalität eines solchen Kalküls multiplizieren, die Prozesse würden (noch) länger dauern. Falls es überhaupt gelänge, die diversen Aspekte der Betreuungsleistung in gesetzlichen Kriterien zu erfassen, wäre das Ergebnis eine Unterhaltsformel von enormer Komplexität. Ein Verzicht auf solche Kriterien hätte andererseits allerdings die gleiche Undurchsichtigkeit und Unvorhersehbarkeit wie im ersten Lösungsmodell zur Folge. Es braucht dann auch nicht zu verwundern, dass man den vierten Lösungstyp in der Wirklichkeit nirgends findet. Zwar gab es in England in der ersten Phase der Wirkung des Child Support Acts (1991–2000) eine Unterhaltsformel, welche sich der hier vorausgesetzten Komplexität annäherte, aber auch in dieser Formel wurde die Betreuungs*qualität* nicht einbezogen – und sie war ohnehin so kompliziert, dass sie 2000 durch eine Regel ersetzt wurde, wonach Betreuung wieder pauschal als Unterhalt gilt.

So gesehen besteht nicht die Wahl zwischen der gegenwärtigen deutschen Kindesunterhaltsregelung und irgendeiner idealen Lösung, sondern nur die Wahl zwischen der deutschen Regelung und anderen Lösungstypen, die entweder undurchsichtig, unbillig oder unpraktikabel sind. Das ändert nichts daran, dass die deutsche Regelung unter der gegenwärtigen Bedingung einer geschlechterasymmetrischen Arbeitsteilung Geschlechterstereotype bestätigt. Änderungen im Kindesunterhaltsrecht sind aber kaum geeignet, um solche Stereotypen zu beseitigen; dafür gibt es im Steuerrecht, Sozialrecht, Arbeitsrecht und Trennungs- und Scheidungsfolgenrecht wesentlich brauchbarere Instrumente.

Literatur

- Ancel, Marc, 1927: *La common law d'Angleterre*, Paris 1927.
- Auletta, Tommaso, 1992: *Il diritto di famiglia*, Turin 1992.
- Bahle, Thomas/Fix, Birgit/Flora, Peter/Kraus, Franz/Rothbacher, Franz/Willekens, Harry, 2002: *Family Change and Family Policies: Belgium*, Mannheim 2002.
- Bainham, Andrew, 2000: *Children: The Modern Law*, Bristol 2000.
- Battail, Jean-François/Boyer, Régis/Fournier, Vincent, 1992: *Les sociétés scandinaves de la Réforme à nos jours*, Paris 1992.
- Bergman, Helena/Hobson, Barbara, 2002: »Compulsory Fatherhood: The Coding of Fatherhood in the Swedish Welfare State«, in: Hobson, Barbara (Hg.): *Making Men into Fathers. Men, Masculinities and the Social Politics of Fatherhood*, Cambridge 2002, S. 92–124.
- Bogdan, Michael, 1996: »Grundzüge des schwedischen Kindschaftsrechts«, in: Schwab, Dieter/Henrich, Dieter (Hg.): *Entwicklungen des europäischen Kindschaftsrechts*, Bielefeld 1996, S. 107–115.
- Brouwers, Steven/Govaerts, Marcel, 2004: *Alimentatievorderingen*, Mechelen 2004.
- Buchanan, James, 1987: »Opportunity Cost«, in: *A Dictionary of Economics. Band III*, London 1987, S. 718–721.
- Carbonnier, Jean, 1962 : *Droit civil. Band I*, Paris 1962.
- Child Poverty Action Group, 2008: *Child Support Handbook*, London 2008.
- Cretny, Stephen/Masson, Judith/Bailey-Harris, Rebecca, 2003: *Principles of Family Law*, London 2003.
- Cretny, Stephen/Masson, Judith/Bailey-Harris, Rebecca/Probert, Rebecca, 2008: *Principles of Family Law*, London 2008.
- Derleder, Annegret/Derleder, Peter, 1978: »Persönliche Betreuung und Barunterhaltspflicht«, *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) 1978, S. 1129–1134.
- Dopffel, Peter, 1994: »Dänemark, Norwegen und Schweden«, in: Dopffel, Peter (Hg.): *Kindschaftsrecht im Wandel. Zwölf Länderberichte mit einer vergleichenden Summe*. Tübingen 1994, S. 71–117.
- Douglas, Gillian, 2006: »Rights Over the Family Home on Cohabitation Breakdown«, in: *Liber Memorialis Petar Šarčević*, München 2006, S. 243–264.
- Estin, Ann, 1994–1995: »Love and Obligation: Family Law and the Romance of Economics«, *William and Mary Law Review* 1994–1995, S. 989–1087.
- Fehlberg, Belinda/Maclean, Mavis, 2009: »Child Support Policy in Australia and the United Kingdom«, *International Journal of Law, Policy and the Family* 2009, S. 1–24.
- Floßmann, Ursula, 1992: *Österreichische Privatrechtsgeschichte*, Wien 1992.
- Folbre, Nicole, 1994: *Who Pays for the Kids?* London 1994.
- Franeau, Jean-Louis, 1995: »Une méthode logique et transparente pour déterminer la part contributive équitable des parents dans les frais d'entretien et d'éducation de leurs enfants«, *Divorce* 1995, S. 131–140.
- Gabrielli, Giovanni, 1996: »Das italienische Kindschaftsrecht«, in: Schwab, Dieter/Henrich, Dieter (Hg.): *Entwicklungen des europäischen Kindschaftsrechts*, Bielefeld 1996, S. 59–76.
- Gestrich, Andreas/Krause, Jens-Uwe/Mitterauer, Michael, 2003: *Geschichte der Familie*, Stuttgart 2003.
- Gitschthaler, Edwin, 2008: *Unterhaltsrecht*, Wien 2008.

- Glorieux, Ignace/Koelet, Suzanna/Moens, Maarten, 2001: »Tijdsbesteding van de Vlamingen: een tijdsbudget-onderzoek bij een representatieve steekproef van Vlamingen«, in: Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap (Hg.): *Vlaanderen gepeild?* Brussel 2001, S. 157–184.
- Heyvaert, Alfons, 2001: *Het personen- en gezinsrecht ont(k)leed*, Gent 2001.
- Hoggett, Brenda/Pearl, David, 1991: *The Family, Law and Society*. London 1991.
- Holcombe, Lee, 1983: *Wives and Property*, Toronto 1983.
- Lefacheur, Nadine, 1995: »Qui doit nourrir l'enfant de parents non mariés ou »démariés«?, in: Lefacheur, Nadine/Martin, Claude (Hg.): *Qui doit nourrir l'enfant dont le père est »absent«?* Paris 1995, S. 9–44.
- Lehner, Oskar, 1987: *Familie – Recht – Politik. Die Entwicklung des österreichischen Familienrechts im 19. und 20. Jahrhundert*, Wien 1987.
- Leira, Arnlaug, 1992: *Welfare States and Working Mothers. The Scandinavian Experience*, Cambridge 1992.
- Lenoir, Remi, 2003: *Généalogie de la morale familiale*, Paris 2003.
- Lowe, Nigel/Douglas, Gillian, 1998: *Bromley's Family Law*, London 1998.
- Macleane, Mavis/Eekelaar, John, 1997: *The Parental Obligation*, Oxford 1997.
- Malaurie, Philippe/Fulchiron, Hugues, 2009: *Droit civil. La famille*, Paris 2009.
- Melograni, Piero (Hg.), 1988: *La famiglia italiana dall' Ottocento a oggi*, Bari 1988.
- Morgan, Kimberly, 2002–2003: »The Politics of Mothers' Employment. France in Comparative Perspective«, *World Politics* 2002–2003, S. 259–289.
- Pocar, Valerio/Ronfani, Paola, 2008: *La famiglia e il diritto*, Bari 2008.
- Pollock, Linda, 2001: »Parent-Child Relations«, in: Kertzer, David/Barbagli, Marzio (Hg.): *Family Life in Early Modern Times 1500–1789*, New Haven 2001, S. 191–220.
- Poster, Mark, 1978: *Critical Theory of the Family*, New York 1978.
- Radin, Margaret, 1987: »Market Inalienability«, *Harvard Law Review* 1987, S. 1849–1937.
- Renard, Roland, 1986: »Divorce, coût de l'enfant, pension alimentaire et fiscalité«, *Journal des Tribunaux* 1986, S. 101–110.
- Saldeen, Ake, 1983: »Schwedisches Unterhaltsrecht«, in: Dopffel, Peter/Buchhofer, Bernd (Hg.): *Unterhaltsrecht in Europa*, Tübingen 1983, S. 90–135.
- Saraceno, Chiara, 1988: *Sociologia della famiglia*, Bologna 1988.
- Scheiwe, Kirsten, 1999: *Kinderkosten und Sorgearbeit im Recht. Eine rechtsvergleichende Studie*, Frankfurt am Main 1999.
- Swennen, Frederik, 2008: *Familierecht in kort bestek*. Antwerpen 2008.
- Van Dongen, Walter/Malfait, Dirk/Pauwels, Koenraad, 1995: *De dagelijkse puzzel »gezin en arbeid«*, Brussel 1995.
- Willekens, Harry, 1998: »Long-Term Developments in Family Law in Western Europe«, in: Eekelaar, John/Nhlapo, T. (Hg.): *The Changing Family*, Oxford 1998, S. 47–71.
- Willekens, Harry, 2003: »Das belgische allgemeine Antidiskriminierungsgesetz und die Umsetzung der EU-Richtlinien 2000/43, 2000/78 und 2002/73: Zwischen politischer Korrektheit und dubioser Wirksamkeit«, in: Rust, Ursula/Däubler, Wolfgang/Falke, Josef/Lange, Joachim/Plett, Konstanze/Scheiwe, Kirsten/Siebeking, Klaus (Hg.): *Die Gleichbehandlungsrichtlinien der EU und ihre Umsetzung in Deutschland*, Loccum 2003, S. 155–176.

- Willekens, Harry, 2007: »Ein Plädoyer für eine neue Ehe als kindbezogene Institution der sozialen Sicherung«, in: Scheiwe, Kirsten (Hg.): *Soziale Sicherungsmodelle revisited. Existenzsicherung durch Sozial- und Familienrecht und ihre Geschlechterdimensionen*, Baden-Baden 2007, S. 143–156.
- Willekens, Harry, 2009: »How and Why Belgium Became a Pioneer of Preschool Development«, in: Scheiwe, Kirsten/Willekens, Harry (Hg.): *Child Care and Preschool Development in Europe. Institutional Perspectives*, Houndmills 2009, S. 43–56.

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.