

GLEICHWERTIGKEIT
VON BAR- UND BETREUUNGSUNTERHALT
IM KINDESUNTERHALTSRECHT –
RECHTSSYSTEMATIK, PROBLEME UND REFORMOPTIONEN

Gleichwertigkeit von Bar- und Betreuungsunterhalt im Kindesunterhaltsrecht – Reformoptionen und ihre Grenzen

Kirsten Scheiwe

1 Gleichheit und Verschiedenheit der Kindesunterhaltsbeiträge – Regelfall und Ausnahmen oder die Ausnahmen als die Regel

Zum Leben benötigen Kinder nicht nur Geld, sondern auch Zuwendung, Pflege, Erziehung und Versorgung. Die Verschiedenheit der benötigten Unterhaltsbeiträge spiegelt sich im Kindesunterhaltsrecht wider, und die zentrale Frage aus gleichstellungspolitischer Perspektive ist, *wie* die Verschiedenheit dieser Unterhaltsbeiträge berücksichtigt wird.

Die Kindesunterhaltungspflicht beider Eltern beruht auf ihrer Personensorgepflicht für das minderjährige Kind (§ 1631 BGB) und umfasst sowohl die Barunterhaltungspflicht als auch die Pflege und Erziehung des Kindes. Auf diese Personensorge als Teil der elterlichen Sorge hat das Kind einen verfassungsrechtlichen Anspruch aus Art. 6 Abs. 2 GG.¹ Damit korrespondiert die Bewertung der Erziehung und Pflege als eigenständiger Unterhaltsbeitrag, die durch das Gleichberechtigungsgesetz 1957² eingeführt wurde. Unterhalt wird nicht nur in Geld gewährt, sondern auch als Naturalunterhalt durch Sach- oder Dienstleistungen. Die Erziehung der Kinder wurde jedoch im Eherecht des BGB von 1900 nicht als eigener Unterhaltsbeitrag gesehen. Die Versorgung der Kinder und die Haushaltsführung der Ehefrau galten nicht wie die Barunterhaltsbeiträge des Ehemannes als vermögenswerte Zuwendung, sondern als unentgeltliche Dienste (vgl. Scheiwe 1999: 85f.). Dies änderte sich erst durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts seit 1953³ und das Gleichberechtigungsgesetz 1957: Im Eherecht wurden Haushaltsführung und Kindererziehung als Unterhaltsbeitrag der Frau durch Arbeit und als Beitrag zum (ehelichen) Familienunterhalt definiert (§ 1360 BGB) und dem Unterhaltsbeitrag des Ehemannes durch Erwerbstätigkeit gleichgestellt. Damit wurde eine langjährige Forderung von Vertreterinnen der bürgerlichen Frauenbewegung verwirklicht, die eine Anerkennung der häuslichen Tätigkeit der Frau und des Wertes der ›Hausmut-

1 Vgl. BVerfG v. 01.04.2008, FamRZ 2008, 845–853.

2 Gesetz über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiet des Bürgerlichen Rechts vom 18.06.1957, BGBl. I S. 609.

3 Vgl. BVerfG v. 24.07.1963, BVerfGE 17, 1, 12ff.; BVerfG v. 07.06.1967, BVerfGE 22, 93, 96f.

terleistungen« im Rahmen des Eherechts, insbesondere im Güterrecht, gefordert hatten (vgl. *Meder* und der historische Beitrag von *Wersig* in diesem Band). Die rechtliche Umsetzung folgte allerdings der damals vorherrschenden Interpretation des Gleichberechtigungsprinzips als »verschieden, aber gleichwertig« und erhob das Rollenmodell der »Versorgerehe« bzw. der »Hausfrauenehe« unterhaltsrechtlich zur Norm. Zudem war die Anerkennung auf verheiratete Frauen beschränkt. Bei den Diskussionen um das Gleichberechtigungsgesetz spielte der Beitrag der unverheirateten Mutter zum Unterhalt des nichtehelichen Kindes kaum eine Rolle (vgl. *Wersig* in diesem Band). Eine Änderung mit Wirkung ab 1. Juli 1970 brachte das Nichtehe-lichengesetz 1969.⁴ Darin wurde geregelt, dass die Mutter ihre Verpflichtung, zum Unterhalt eines minderjährigen unverheirateten Kindes beizutragen, in der Regel durch die Pflege und Erziehung des Kindes erfüllt; der Barunterhaltsanspruch des Kindes richtete sich danach nur gegen den Vater des nichtehelichen Kindes. Der Regelunterhalt für ein nichteheliches Kind, das sich in der Pflege der Mutter befand, wurde definiert als der bei einfacher Lebenshaltung erforderliche Unterhalt (§§ 1615f–h BGB a.F.). Er wurde durch Rechtsverordnung der Bundesregierung jedoch so niedrig angesetzt, dass von einer Gleichwertigkeit nicht die Rede sein konnte; vielmehr war der Wert der Betreuungsleistung und des Naturalunterhalts der Mutter höher als der Regelunterhalt.

Inzwischen gilt die Regelung des § 1606 Abs. 3 S. 2 BGB, wonach ein Elternteil, der ein minderjähriges unverheiratetes Kind betreut, dadurch in der Regel seine Kindesunterhaltsverpflichtung erfüllt, für alle minderjährigen Kinder, ob ehelich oder nichtehelich. War ursprünglich noch ausschließlich von der Mutter die Rede, die ihrer Unterhaltspflicht durch Betreuung nachkommt, erhielt die Norm durch das Gesetz zur Vereinheitlichung des Unterhaltsrechts minderjähriger Kinder⁵ mit Wirkung ab 1. Juli 1998 ihre heutige geschlechtsneutrale Fassung. Die Rechtsprechung hatte den auch als »Mütterprivileg« bezeichneten § 1606 Abs. 3 S. 2 BGB ohnehin schon vorher auch auf betreuende Väter angewendet (Engler 2000: § 1606 Rn. 1).

Es bleibt festzuhalten, dass die Regelung des § 1606 Abs. 3 S. 2 BGB auf das in den 1950er Jahren in der Bundesrepublik dominante Leitbild der funktionalen Unterschiede zwischen Frau und Mann bzw. Mutter und Vater zurückgeht. Mit der geschlechtsneutralen Formulierung wurde 1998 zwar die geschlechtsspezifische Zuweisung der Rolle als Erziehende und Betreuende an Frauen aufgegeben, die in den 1950er Jahren noch den meisten als selbstverständlich galt; das zugrunde liegende Rollenmodell einer asymmetrischen Verteilung der Unterhaltsbeiträge wurde damit allerdings nicht beseitigt. So vertrat auch das Bundesverfassungsgericht noch bis 1992 die Auffassung von objektiven biologischen oder funktionalen (arbeitsteiligen) Unterschieden zwischen den Geschlechtern, welche nach der Natur des jeweiligen Lebenssachverhaltes eine geschlechtsspezifische Regelung erlaube oder sogar gebiete.⁶

4 Gesetz über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder vom 19.08.1969, BGBl. I S. 1243.

5 BGBl. I S. 666.

6 Vgl. BVerfGE 74, 179 m.w.N.

Die Annahme in § 1606 Abs. 3 S. 2 BGB, wonach der betreuende Elternteil in der Regel seine Unterhaltspflicht durch Pflege und Erziehung des Kindes erfüllt, setzt also eine asymmetrische Verteilung der Unterhaltsbeiträge voraus und beruht insofern weiterhin auf dem (formal geschlechtsneutralen) Modell einer ›Versorgerfunktion‹ des Barunterhaltspflichtigen. Ist dies eine angemessene Regelung angesichts der Tatsache, dass Geschlechtsrollenstereotype abgebaut und partnerschaftliche Elternschaft als Leitbild gefördert werden sollen?

Einerseits wird Gleichberechtigung in einigen Rechtsbereichen als egalitäre Partnerschaft bzw. Elternschaft von zwei erwerbstätigen Eltern interpretiert; dieses normative Ziel wird z.T. sogar rechtlich eingefordert.⁷ Andererseits ist die Entscheidung für ein asymmetrisches Rollenmodell und die Einschränkung der Erwerbstätigkeit wegen Kindererziehung Teil des Elternrechts und der privaten Lebensführung von Eltern; eine traditionelle Rollenteilung sowie die ›Versorgerehe‹ wurden lange Zeit sozialpolitisch gefördert (dies ist in Teilbereichen immer noch der Fall) und durch äußere Rahmenbedingungen wie fehlende Kinderbetreuungseinrichtungen oder die Zeitstrukturen des öffentlichen Lebens erforderlich. Der Gleichberechtigungsgrundsatz verlangt auch den Abbau faktisch bestehender Nachteile in Art. 3 Abs. 2 GG. Die Berücksichtigung der elterlichen Erziehung, Sorge und Pflegearbeit als Anerkennung der ›Gleichheit in der Verschiedenheit‹ gebietet es daher, der Realität Rechnung zu tragen, dass durch die überwiegende Übernahme der Erziehung und Versorgung des Kindes Nachteile entstehen, welche kompensiert werden sollen. Dadurch, dass beide Ziele – egalitäre Gleichheit und ›Gleichheit in der Verschiedenheit‹ als erstrebenswert gelten, jedes Ziel einzeln jedoch zu einem unerwünschten Resultat führen würde, entsteht ein Dilemma, eine Art ›Zwickmühle‹. Es fragt sich, ob es Lösungen des Dilemmas und sinnvolle Kombinationen beider Ziele gibt; die Dilemma-Analyse umfasst die Analyse von Widersprüchen, Interessengegensätzen und Spannungsverhältnissen und sucht nach Möglichkeiten der Bearbeitung des Dilemmas.

Eine Lösung für dieses Dilemma könnte darin bestehen, normativ dem egalitären Ziel Priorität einzuräumen und die Betreuung und Versorgung des Kindes bei beiden Eltern zu berücksichtigen, wie es etwa in Schweden und Belgien geschehen ist (vgl. *Willekens* in diesem Band). Wird von einer zwischen beiden Eltern geteilten Erziehung und Pflege ausgegangen, ist es unnötig, die elterliche Sorgearbeit unterhaltsrechtlich besonders zu berücksichtigen. Dies führt jedoch zu Problemen, wenn das normative Ziel nicht mit der gelebten Wirklichkeit übereinstimmt. Wie sich bereits anlässlich der durch das Unterhaltsrechtsänderungsgesetz⁸ veränderten Rangfolge der Unterhaltsberechtigten feststellen ließ, kann dies zu Benachteiligungen derjenigen führen, die sich faktisch überwiegend um die Kinder kümmern. Bei der Reform handelt es sich nicht um eine ›win-win-Situation‹ ohne Verliererinnen, sondern eher

7 Zur Zumutbarkeit von Erwerbsarbeit im SGB II für Alleinerziehende mit Kindern über drei Jahren vgl. *Wapler* in diesem Band.

8 Gesetz zur Änderung des Unterhaltsrechts v. 21.12.2007 (BGBl. I S. 3189) m.W.v. 01.01.2008.

um ein Nullsummenspiel zugunsten von Kindern und auf Kosten von betreuungsunterhaltsberechtigten Elternteilen oder sogar zu Lasten der Alleinerziehendenhaushalte insgesamt, wenn die sozial- und steuerrechtlichen Auswirkungen der Rangänderungen mit in den Blick genommen werden. Wird an die geschiedene Frau weniger oder gar kein nachehelicher Unterhalt gezahlt, entfallen die steuerrechtlichen Vorteile des Realsplittings weitgehend; dadurch kommt es zu einer Absenkung des Einkommens des Unterhaltsverpflichteten und letztlich zu einem niedrigeren Einkommen von Kind und Alleinerziehender im gemeinsamen Haushalt (vgl. *Haller* in diesem Band), während der Staat dadurch höhere Steuereinnahmen erzielt.

Lässt sich das Dilemma der Wahl zwischen zwei Leitbildern – dem der egalitären Elternschaft mit geteilter Betreuung und beiderseitiger Barunterhaltspflicht einerseits und dem der asymmetrischen Kindesunterhaltsbeiträge andererseits – auflösen? Wie kann das asymmetrische Modell den sich verändernden Realitäten angepasst werden, dass einige Väter in mehr als nur geringem Umfang Zeit mit ihren Kindern verbringen und Sorgearbeit übernehmen, und dass eine (wenn auch sehr kleine) Zahl getrenntlebender Eltern sich die Versorgung der Kinder tatsächlich teilt (vgl. den Beitrag von *Marten* zur Empirie der Väterbeteiligung im internationalen Vergleich)? Soll das Leitbild den traditionellen Arrangements der überwiegenden Mehrheit folgen oder die egalitäre Praxis einer Minderheit zum Standard erheben? Wie lassen sich Benachteiligungen der hauptsächlich betreuenden und sorgenden Elternteile, sprich der Mütter, vermeiden, und welchen Beitrag kann das Kindesunterhaltsrecht dazu leisten? Vor allem aber ist die Frage, wie das Recht im Interesse des Kindeswohls die Unterhaltsbeiträge so regeln kann, dass ein angemessener Barunterhalt oder wenigstens der Mindestunterhalt zur Sicherung des Existenzminimums für das Kind (vgl. dazu *Breithaupt* in diesem Band) und auch die Sorge und Erziehung gewährleistet sind. Dies ist auch eine Frage der Absicherung des betreuenden Elternteils, wozu die Anerkennung der Pflege und Erziehung als Unterhaltsbeitrag gehören. Aus dieser Perspektive lässt sich der Betreuungsunterhalt für einen getrenntlebenden Elternteil, der für das Kind sorgt, dogmatisch als Schadensersatzanspruch des Kindes konzipieren,⁹ auch wenn das deutsche Recht dieser Konzeption nicht gefolgt ist. Das Dilemma wird so zu einem Trilemma, denn neben den bereits genannten Zielkonflikt zwischen egalitärer, partnerschaftlich geteilter Elternschaft und der Anerkennung der Verschiedenheit der Unterhaltsbeiträge tritt das dem Kindesunterhaltsrecht übergeordnete Ziel des Kindeswohls und der Absicherung eines angemessenen Unterhalts. Das Dilemma der Differenz (vgl. Minow 1990) durchzieht die Diskussion unterschiedlicher Leitmodelle und verlangt differenzierte sozialpolitische Antworten, die einerseits dem Vertrauensschutz gelebter Arbeitsteilung und Lebensarrangements Rechnung tragen, aber auch eine Aufhebung der geschlechtsspezifischen Arbeitsteilung in Erwerbsarbeit und in privaten Haushalten anstreben. Mehr noch, ein derartiges Modell sollte möglichst andere Lebensentwürfe nicht benachteiligen und Gestaltungsmöglichkeiten und Übergänge erlauben.

9 Vgl. die grundlegende Arbeit zur Bedeutung von Schuld und Risiko für die Konstruktion unterhaltsrechtlicher Zurechnung im historischen Wandel von Meder (1993).

Und schließlich ist auf ein weiteres Kriterium hinzuweisen, das bei der Ausgestaltung von Recht durch den Gesetzgeber durchaus ein wesentliches Effizienzkriterium darstellt: Normative Regeln sollten der Mehrzahl der Fälle entsprechen und durch Typisierung und Vereinfachung Komplexität reduzieren und die Rechtsdurchsetzung erleichtern. Darin liegt eine wichtige Bedeutung der Annahme des Regelfalls des § 1606 Abs. 3 S. 2 BGB (Erfüllung des Kindesunterhalts durch Pflege und Erziehung), denn dadurch wird das Verfahren der Festsetzung der Höhe des Kindesunterhalts durch Gerichte und Verwaltung stark vereinfacht, weil lediglich *ein* Einkommen zur Berechnung herangezogen wird, was für Massenverfahren durchaus von erheblicher Bedeutung ist (vgl. *Peschel-Gutzeit* in diesem Band).

Diese gesamte Diskussion könnte sich allerdings als viel Lärm um Nichts entpuppen. Das wäre dann der Fall, wenn bei Getrenntleben der Eltern der Regelfall ohnehin seltener zur Anwendung kommt als die Ausnahmen. Das sogenannte ›Mütterprivileg‹, das den betreuenden Elternteil vom Barunterhalt freistellt, wäre dann lediglich ›law in the books‹, während die Ausnahmen und die Heranziehung des betreuenden Elternteils sowohl zum Bar- als auch zum Naturalunterhalt sich als ›living law‹ herausstellen würden. Um dieser Frage nachzugehen, folgt deshalb hier zunächst ein Blick auf das Verhältnis von Regel und Ausnahme(n) in § 1603 Abs. 3 S. 2 BGB.

2 Das Verhältnis von Regel und Ausnahme(n) in § 1603 Abs. 3 S. 2 BGB

Zunächst gilt im Kindesunterhaltsrecht der allgemeine Grundsatz des § 1606 Abs. 3 S. 1 BGB, wonach beide Eltern als gleich nahe Verwandte anteilig nach ihren Erwerbs- und Vermögensverhältnissen für den Kindesunterhalt haften. Dieser Grundsatz findet zum Beispiel Anwendung für den Unterhalt gegenüber volljährigen Kindern, die sich noch in der Ausbildung befinden. Gemäß § 1606 Abs. 3 S. 2 BGB genügt bei unverheirateten minderjährigen Kindern der betreuende Elternteil seiner Unterhaltungspflicht in der Regel jedoch durch die Pflege und Erziehung des Kindes (vgl. dazu *Schürmann* in diesem Band). Wer das Kind betreut, ist unterhaltsrechtlich zudem bis zur Volljährigkeit des Kindes nicht zur Arbeitsaufnahme verpflichtet, um durch Erwerbseinkommen zum Kindesunterhalt beizutragen (allerdings sind getrenntlebende oder geschiedene alleinerziehende Elternteile de facto häufiger erwerbstätig als verheiratete Mütter). Ein freiwillig erzieltetes Einkommen des betreuenden Elternteils ist nicht auf den Unterhaltsanspruch des Kindes gegen den barunterhaltspflichtigen Elternteil anzurechnen; der Kindesunterhalt wird deshalb ausschließlich auf der Grundlage des Einkommens des Barunterhaltspflichtigen ermittelt, was die Berechnung für Familiengerichte, Jugendämter und Unterhaltsvorzuschusskassen durch Typisierung erheblich erleichtert.

Allerdings gibt es einige Ausnahmen vom dem Regelfall des § 1603 Abs. 3 S. 2 BGB,¹⁰ die dazu führen, dass auch der betreuende Elternteil dem Kind gegenüber barunterhaltspflichtig ist, und zwar

1. die mangelnde Leistungsfähigkeit des Barunterhaltspflichtigen (sogenannte ›Mangelfälle‹);
2. ein wirtschaftliches Ungleichgewicht zwischen beiden Eltern, welches zu einer Begrenzung der Haftung in Höhe des angemessenen Selbstbehalts und zu einer anteiligen Barunterhaltspflicht des betreuenden Elternteils führen kann;
3. ein wesentlich höheres Einkommen des Betreuenden und das dadurch hervorgerufene erhebliche wirtschaftliche Ungleichgewicht zwischen den Elternteilen sowie
4. eine zwischen beiden Elternteilen hälftig geteilte Betreuung (das sogenannte ›Wechselmodell‹ des Bundesgerichtshofs).

Im Folgenden werden diese Ausnahmen näher erläutert.

2.1 Mangelnde Leistungsfähigkeit des Barunterhaltspflichtigen

Wenn der Barunterhaltspflichtige nicht leistungsfähig ist (§ 1603 Abs. 2 BGB), entfällt die Unterhaltspflicht. Dann muss der betreuende Elternteil neben der Pflege und Erziehung auch für den Barunterhalt sorgen. Dies gilt auch, wenn der barunterhaltspflichtige Elternteil zwar leistungsfähig ist, der geleistete Barunterhalt jedoch nicht den gesamten, sondern nur einen Teil des Lebensbedarfs des Kindes nach § 1610 Abs. 2 BGB deckt. Dann ist der betreuende Elternteil ebenfalls barunterhaltspflichtig, sofern er bzw. sie leistungsfähig ist. Ist der betreuende Elternteil nicht leistungsfähig, kann das Kind bedürftigkeitsgeprüfte Sozialleistungen beantragen, in der Regel Leistungen der Grundsicherung nach dem SGB II zur Sicherung des Existenzminimums. Dabei ist Einkommen und Vermögen des betreuenden Elternteils zu berücksichtigen, der eine Bedarfsgemeinschaft mit dem Kind bildet. Bei den steuerfinanzierten Grundsicherungsleistungen nach dem SGB II ist das zugrunde liegende Modell der elterlichen Arbeitsteilung ein anderes als im Unterhaltsrecht: Hier zahlt die Mutter für das Kind mit, sobald ihr Einkommen ihren eigenen Grundsicherungsbedarf, also das Existenzminimum übersteigt, denn dann wird ihr übersteigendes Einkommen im Grundsicherungsrecht des SGB II und des SGB XII im Rahmen der Bedarfsgemeinschaft dem Kind zugerechnet (vgl. *Haller* in diesem Band). Es bestehen auch Erwerbsobliegenheiten des betreuenden Elternteils, wenn das Kind mindestens drei Jahre alt ist; dann gilt jede Arbeit als zumutbar, wenn dadurch die Erziehung des Kindes nicht gefährdet wird (§ 10 Abs. 1 Nr. 3 SGB II; vgl. *Wapler* in diesem Band).

10 Vgl. dazu die ausführliche Diskussion im Forschungsbericht von Scheiwe/Wersig 2009.

Ein Blick auf die einschlägigen empirischen Untersuchungen¹¹ zeigt, dass die Höhe der Kindesunterhaltszahlungen bei getrenntlebenden Eltern in höchstens einem Drittel der Fälle das Existenzminimum des Kindes abdeckt. Demnach gilt für die übrigen zwei Drittel nicht der Regelfall des § 1606 Abs. 3 S. 2 BGB, sondern der allgemeine Grundsatz der anteiligen Haftung beider Eltern für den Barunterhalt gemäß § 1606 Abs. 3 S. 1 BGB. Der Grundsatz der Gleichwertigkeit der Unterhaltsbeiträge und die Freistellung des erziehenden Elternteils von der Barunterhaltspflicht gegenüber minderjährigen Kindern laufen also weitgehend leer.

2.2 Wirtschaftliches Ungleichgewicht zwischen den Elternteilen

Die Unterhaltsverpflichtung des barunterhaltspflichtigen Elternteils kann entfallen oder herabgesetzt werden, wenn durch die Zahlung von Unterhalt sein eigener angemessener Unterhalt gefährdet wäre, während gleichzeitig der betreuende Elternteil den Barunterhalt auch ohne Gefährdung des eigenen angemessenen Selbstbehalts leisten könnte.¹² Zusätzlich verlangt der Bundesgerichtshof in diesen Fällen, dass die Inanspruchnahme des barunterhaltspflichtigen Elternteils zu einem erheblichen wirtschaftlichen Ungleichgewicht führen würde.¹³ Liegen diese Voraussetzungen vor, entfällt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die gesteigerte Unterhaltspflicht des § 1603 Abs. 2 S. 1, 2 BGB, weil der andere Elternteil als leistungsfähiger Verwandter im Sinne des § 1603 Abs. 2 S. 3 BGB in die Pflicht genommen werden kann. Als angemessener Selbstbehalt gilt nach der aktuellen Düsseldorfer Tabelle¹⁴ ein Betrag von 1.100 Euro. Die Haftungsgrenze für den Barunterhaltspflichtigen kann sich in diesen Fällen also von dem notwendigen Selbstbehalt als absoluter Obergrenze, der nach der Düsseldorfer Tabelle bei 900 Euro bzw. 770 Euro bei nicht erwerbstätigen Unterhaltspflichtigen liegt, auf den angemessenen Selbstbehalt nach oben verschieben. Über den angemessenen Selbstbehalt hinausgehendes Einkommen wäre von der Haftung jedoch nicht ausgenommen.

2.3 Wesentlich höheres Einkommen des betreuenden Elternteils

Wenn der betreuende Elternteil ein wesentlich höheres Einkommen hat als der andere Elternteil, kann es zu Abweichungen vom Regelfall des § 1606 Abs. 3 S. 2 BGB kommen. In solchen Ausnahmefällen wird argumentiert, dass eine Beibehaltung der vollen Barunterhaltspflicht des anderen Elternteils zu einem erheblichen Ungleichgewicht der Verteilung der finanziellen Lasten führen würde. Dies kann auch dann

11 Vgl. die Erhebung von Forsa (2002) und die Zusammenfassung der empirischen Erkenntnisse zu Kindesunterhaltszahlungen, zu Sozialleistungen und zur Einkommenssituation in Alleinerziehendenhaushalten von Scheiwe (2009).

12 Vgl. BGH v. 31.10.2007, FamRZ 2008, 137–140.

13 Vgl. ebd. sowie Klinkhammer 2008: Rn. 274a.

14 FamRZ 2010, II, IX–XI.

der Fall sein, wenn der Selbstbehalt des barunterhaltspflichtigen Elternteils durch die Unterhaltszahlungen nicht gefährdet ist.¹⁵ Voraussetzung ist allerdings, dass das Einkommen des Betreuenden deutlich höher ist als des barunterhaltspflichtigen Elternteils (vgl. Klinkhammer 2008: § 2 Rn. 303); nach der Rechtsprechung ist dies der Fall, wenn der betreuende Elternteil mindestens doppelt so viel wie der Barunterhaltspflichtige verdient.¹⁶ Ein wesentlich höheres Einkommen des betreuenden Elternteils führt jedoch nicht grundsätzlich dazu, dass die Barunterhaltspflicht des Elternteils mit dem geringeren Einkommen herabgesetzt wird oder ganz entfällt. Die Höhe des geschuldeten Unterhalts ist vielmehr unter Zugrundelegung der allgemeinen Grundsätze nach der Bedürftigkeit des Kindes (§ 1602 BGB) und der Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners (§ 1603 BGB) festzusetzen.

2.4 Häufige Aufteilung der Betreuung zwischen beiden Elternteilen (›Wechselmodell‹)

Kindesunterhaltsrechtlich unterscheidet der Bundesgerichtshof zwischen Fällen, in denen die Betreuungsarbeit zu jeweils etwa 50 Prozent von jedem Elternteil geleistet wird (sogenanntes ›Wechselmodell‹) und Fällen, in denen das Schwergewicht der Pflege und Erziehung weiterhin bei einem Elternteil liegt. Lässt sich ein Schwerpunkt der Betreuung bei einem Elternteil ausmachen, hat es beispielsweise keine Auswirkungen auf die Barunterhaltspflicht, wenn das Kind zu einem Drittel auch vom barunterhaltspflichtigen Elternteil betreut wird. Demgegenüber wird bei gleicher Verteilung der Betreuung zwischen den Eltern von einer Barunterhaltspflicht beider Eltern (nach dem Vorbild der Barunterhaltspflicht für volljährige Kinder) ausgegangen werden.¹⁷ Der Bundesgerichtshof hat eine Berücksichtigung atypischer elterlicher Betreuungsarrangements bei der Berechnung des Kindesunterhalts allerdings sehr rigide begrenzt auf eine genau hälftige Betreuung beider Elternteile (vgl. Schürmann in diesem Band sowie Scheiwe/Wersig 2009).

3 Die Annahme der Gleichwertigkeit als Abwertung der Unterhaltsbeiträge Alleinerziehender?

Obwohl die Regelung in § 1606 Abs. 3 S. 2 BGB auch als ›Mutterprivileg‹ bezeichnet wird, gibt es eine ganze Reihe von Gründen, die bei asymmetrischen Unterhaltsbeiträgen entgegen der postulierten Gleichwertigkeit faktisch zu einer *Benachteiligung* des überwiegend betreuenden Elternteils führen können. Dies kann einmal

15 Vgl. BGH v. 07.10.1990, FamRZ 1991, 182–185; BGH v. 20.03.2002, XII ZR 216/00, juris-Rn. 14–15.

16 Vgl. BGH v. 02.07.1980, NJW 1980, 2306. Diese Entscheidung des BGH betraf einen Fall, in dem der barunterhaltspflichtige, nicht sorgeberechtigte Vater leistungsfähig war und ein ebenso hohes Einkommen hatte wie die Mutter.

17 Vgl. BGH v. 28.02.2007, NJW 2007, 1882–1884.

darauf beruhen, dass die Pflege, Erziehung und Versorgung des Kindes tatsächlich ›mehr wert‹ ist als der geleistete Barunterhalt. Dafür sprechen durchaus gute Argumente, soweit für diese Tätigkeiten ein Marktpreis ermittelt werden kann, auch wenn die Berechnungsweise im Einzelnen strittig ist (vgl. *Willekens* und *Breithaupt* in diesem Band). Ein zweiter Grund kann darin liegen, dass der Bedarf des Kindes, der durch den Barunterhalt gedeckt werden soll, zu niedrig berechnet und festgesetzt wird (vgl. *Breithaupt* in diesem Band).

3.1 Unzureichende Bestimmung des Barunterhaltsbedarfes des Kindes

Wenn der Mindestbedarf oder der angemessene Bedarf eines Kindes in der Familiengerichtspraxis des Tabellenunterhalts oder im Rahmen der sozialrechtlichen Grundsicherung zu gering bemessen werden (vgl. *Breithaupt* in diesem Band), leisten alleinerziehende Elternteile ›überobligatorisch‹ ergänzenden Bar- und Naturalunterhalt, wenn sie erwerbstätig sind, oder sie werden im Rahmen der Bedarfsgemeinschaft des SGB II (Hartz IV) nach strengeren Maßstäben mit Einkommen und Vermögen zur Sicherung des Bedarfs des Kindes herangezogen als im Familienrecht (vgl. *Haller* in diesem Band).

Die in § 1606 Abs. 3 S. 2 BGB enthaltene Grundregel fördert demgegenüber die falsche Vorstellung, dass der Barunterhaltspflichtige ›alles‹ bezahlt, während der betreuende Elternteil sein Einkommen ›ganz für sich‹ behalten kann. Dies wird dadurch begünstigt, dass in § 1606 Abs. 3 S. 2 BGB nur von Pflege und Erziehung die Rede ist, nicht aber von anderen Leistungen der Versorgung oder von der Gewährung von Naturalunterhalt insgesamt. Dadurch geraten trotz der vordergründigen Anerkennung der Gleichwertigkeit die Leistungen des überwiegend betreuenden Elternteils, an dessen Lebensstellung das Kind teilhat, und ihr Wert aus dem Blick. Eine präzisere Begriffsdefinition erscheint deshalb nötig.

3.2 Unschärfen der rechtlichen Begriffsdefinitionen – Barunterhalt, Naturalunterhalt und Pflege und Erziehung als Unterhalt

Im deutschen Unterhaltsrecht werden Barunterhalt (in Geld), Naturalunterhalt und Betreuungsunterhalt unterschieden. Die Begriffsdefinitionen und -verwendungen weisen jedoch Unschärfen und Probleme auf.

Der Unterhaltsbedarf eines Kindes umfasst gemäß § 1610 Abs. 2 BGB seinen gesamten Lebensbedarf. Dazu gehören im Wesentlichen Wohnung, Verpflegung, Kleidung, Versorgung, Betreuung, Erziehung, Bildung, Ausbildung, Erholung sowie Gesundheits- und Krankheitsfürsorge (vgl. Scholz 2008: § 2 Rn. 8 sowie *Schürmann* in diesem Band). Naturalunterhalt wird in der Regel dann geleistet, wenn Eltern und Kinder in einem Haushalt leben und die erbrachten Unterhaltsleistungen nicht in Geld erfolgen, sondern durch die Bereitstellung von Gütern und Dienstleistungen. Dabei wird unter Naturalunterhalt die tatsächliche Befriedigung der Lebensbedürf-

nisse des Kindes in Form von Wohnraum, Kleidung, Essen, sonstigen Sachaufwendungen und Leistungen verstanden (vgl. Scholz 2008: § 2 Rn. 8; Born 2008a: § 1606 Rn. 22). Eltern sind gegenüber ihrem minderjährigen Kind zur Versorgung, Betreuung, Erziehung und Haushaltsführung für das Kind verpflichtet. Diese Dienstleistungen werden Betreuungsunterhalt genannt. Dazu gehören körperliche Pflege, An- und Ausziehen, Waschen, Pflege der Kleidung, Einkaufen, Zubereitung des Essens, Vorlesen, Erzählen, Spielen, Betreuung der Hausaufgaben und vieles mehr (vgl. Engler 2000: § 1606 Rn. 15).

Nun sind Pflege und Erziehung Dienstleistungen, die sowohl unter den Begriff des Naturalunterhalts wie auch des Betreuungsunterhalts subsumiert werden können. In welchem Verhältnis stehen Betreuungsunterhalt und Naturalunterhalt? Einige Autoren definieren Betreuung als Unterfall des Naturalunterhaltes (Born 2008a: § 1606 Rn. 22, 39; Berger 2007: Rn. 7). Dafür spricht, dass Pflege, Erziehung und Versorgung als Dienstleistungen in der Praxis auch meist mit der Benutzung, Verwendung und Verarbeitung von Naturalien verbunden sind (wie etwa beim Kochen oder Waschen und der Körperpflege). Demgegenüber wird Pflege und Erziehung von einigen auch als ›reiner Leistungsaufwand‹ (so etwa Schumacher 2004: Rn. 3089) bezeichnet. Es ist zwar möglich, sich einige Erziehungsleistungen ohne Verwendung oder Verarbeitung von Naturalien und andere Versorgungsanteile vorzustellen; wollte man den Unterhalt durch Betreuung jedoch darauf reduzieren, ließe er sich kaum mehr von der bloßen Ausübung des elterlichen Sorgerechts unterscheiden (so *Willekens* in diesem Band). Die Unterhaltsbeiträge des überwiegend betreuenden Elternteils beinhalten sowohl Zuwendung, Aufmerksamkeit und Erziehung als auch Versorgung. Statt davon zu abstrahieren oder den Betreuungsunterhalt gar zu romantisieren, scheint es angemessener, ihn als Teil des Naturalunterhalts zu verstehen. Das Verhältnis zwischen Naturalunterhalt und Unterhalt durch Betreuung bleibt aber schwierig und ist in Gesetzgebung und Literatur noch ungenügend geklärt.

4 *Änderungsbedarf beim Grundsatz der Gleichwertigkeit von Bar- und Betreuungsunterhalt?*

Da die Annahme, dass der überwiegend betreuende Elternteil seine Kindesunterhaltspflicht in der Regel durch Pflege und Erziehung erfüllt, im Rahmen des Modells der geschlechtshierarchischen ›Versorger-‹ bzw. ›Hausfrauenehe‹ entstanden ist (vgl. *Meder* und *Wersig* in diesem Band), erscheint sie manchmal per se als verdächtig und reformbedürftig in Zeiten, in denen Gleichberechtigung als Ziel auch die Aufhebung und Überwindung von Geschlechtsrollenstereotypen verfolgt. Nun ist es aber so, dass auch bei geschlechtsneutraler Gestaltung der Rechtspositionen (Elternteile mit gleichen Rechten und Pflichten) eine nicht genau symmetrische und egalitäre Verteilung der Kinderversorgung zu Benachteiligungen des überwiegend betreuenden Elternteils führen wird, auch wenn diese Aufgabe von genauso viel Männern wie Frauen wahrgenommen würde (vgl. *Willekens* in diesem Band). Eine Gleichverteilung jeglicher Erwerbs- sowie Kindererziehungs- und Versorgungsar-

beit ist eine alte Utopie der Frauenbewegung; ihre Realisierung stößt aber insbesondere bei Getrenntleben der Eltern auf Schwierigkeiten, weil eine egalitäre Verteilung der Versorgung eines Kindes nicht nur voraussetzt, dass die Eltern nahe beieinander wohnen und beide fähig sind, das Kind zu betreuen, sondern vor allem auch, dass sie in der Lage sind, sich zu verständigen und zu einigen, was nur wenige getrenntlebende Eltern können und wollen (vgl. *Flügge* in diesem Band). Zwar lässt sich der Barunterhalt im Wege der Zwangsvollstreckung rechtlich durchsetzen, aber die höchstpersönliche Pflicht zur Betreuung und Erziehung kann ebenso wenig zwangsweise durchgesetzt werden wie die Pflicht zum Umgang mit dem Kind oder gar die Bereitschaft der Eltern zur Kooperation. Eine asymmetrische Verteilung von Barunterhalt und Betreuungsunterhalt ist also nicht nur derzeit eine empirische Realität; sie wird sich bei Getrenntleben der Eltern vielmehr nicht grundsätzlich vermeiden lassen.

Die unterhaltsrechtlichen oder faktischen Ausgleichsmechanismen, die zwischen zusammenlebenden Eltern bestehen, können nicht ohne Weiteres auf Trennungsfamilien übertragen werden, denn hier fließen nicht mehr alle Ressourcen zusammen, es wird nicht mehr ›aus einem Topf‹ gewirtschaftet, die Vorteile des gemeinsamen Wirtschaftens entfallen, zwei Haushalte sind teurer als einer, und Unterstützungs- und Versorgungsleistungen kommen nicht mehr allen gleichermaßen zugute. Deshalb bleibt der Grundgedanke des § 1606 Abs. 3 S. 2 BGB wichtig, nämlich die Anerkennung der Erziehung und Versorgung von Kindern als Unterhaltsbeitrag. Es stellt sich allerdings die Frage, ob die pauschale und typisierende Lösung des § 1606 Abs. 3 S. 2 BGB weiterhin eine sinnvolle Lösung ist, obwohl sich die Betreuungsarrangements von Eltern ausdifferenzieren – auch wenn sie immerhin den Vorteil aufweist, dass nur ein Einkommen in die Berechnung des Kindesunterhalts eingeht, was zu erheblichen Vereinfachungen führt.

4.1 Bisherige Lösungen der Rechtsprechung

Das bereits dargestellte ›Wechselmodell‹ einer annähernd hälftigen Teilung der Betreuung des Kindes ist vom Bundesgerichtshof als Ausnahme anerkannt worden, so dass hier die Barunterhaltspflicht der Eltern unter Berücksichtigung von Einkommen und Vermögen jedes Elternteils anteilig verteilt wird.¹⁸ Auf dieses Modell wendet die Rechtsprechung die Grundsätze der Barunterhaltsberechnung an, wie sie auch für volljährige Kinder in der Ausbildung gelten, die nicht zu Hause leben. Das bedeutet, dass der angemessene Unterhalt sich nach dem addierten Gesamteinkommen beider Eltern richtet (§ 1610 Abs. 1 BGB) und jeder Elternteil anteilig nach seinen Einkommens- und Vermögensverhältnissen haftet; die Barunterhaltspflicht wird dann gequotelt. Bei Einkommensunterschieden zwischen den Eltern führt dies dazu, dass das Kind einen Barunterhaltsanspruch gegen den Elternteil mit dem höheren Einkommen hat, den dieser trotz des praktizierten Wechselmodells und einer

18 Vgl. BGH v. 28.02.2007, NJW 2007, 1882–1884.

annähernd gleichen Beteiligung an der Betreuung an das Kind zu zahlen hat, wenn sich dieses im Haushalt des anderen Elternteils aufhält. Diese Lösung erscheint angemessen und richtig; ein Verzicht auf Kindesunterhalt ist zum Schutz der Kindesinteressen rechtlich unmöglich. Eltern behelfen sich in der Praxis manchmal mit einer Freistellungserklärung, durch die sie sich gegenseitig von der Geltendmachung der Unterhaltsansprüche freistellen, doch im Streitfall wäre eine solche Erklärung als ein teilweiser Verzicht auf Unterhalt nach § 1614 Abs. 1 BGB unwirksam.¹⁹

Andere Betreuungsarrangements unterhalb der Schwelle einer hälftigen Teilung bleiben nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ohne Auswirkungen auf die Barunterhaltspflicht. Anzumerken ist allerdings, dass selbst die meist üblichen Besuchskontakte (zwei Übernachtungen an jedem zweiten Wochenende, etwa drei Wochen während der Ferien und an bestimmten Feiertagen) bereits etwa 20 Prozent der Übernachtungstage pro Jahr ausmachen. Bestimmte Kosten des Umgangs vermindern auch bisher bereits den Barunterhalt: Unterhaltsrechtlich können Umgangs-kosten entweder durch einen angemessenen Abzug vom Einkommen des Barunterhaltspflichtigen oder durch die Erhöhung seines Selbstbehalts berücksichtigt werden.²⁰ Die Umgangskosten können allein durch Reisekosten bei größeren Entfernungen sehr hoch sein. Dadurch verringert sich die Leistungsfähigkeit des Barunterhaltspflichtigen und im Ergebnis die Höhe des Kindesunterhalts. Verfassungsrechtlich ist die Ausübung des Umgangsrechts im Interesse des Kindeswohls und als Teil des Elternrechts geschützt; dem darf – so das Bundesverfassungsgericht 2003²¹ – das Unterhaltsrecht nicht die Möglichkeit entziehen. Auch im Sozialrecht werden die Umgangskosten berücksichtigt: Wenn der Elternteil nicht leistungsfähig und Bezieher von Grundsicherungsleistungen des SGB II ist, so werden die Kosten des Umgangs nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts durch eine Erhöhung des sozialrechtlichen Bedarfs berücksichtigt.²² Mit anderen Worten: Die Umgangskosten des Barunterhaltspflichtigen finden unterhaltsrechtlich und sozialrechtlich auch bisher eine gewisse Berücksichtigung. Dies gilt also auch für die Fallkonstellationen, in denen der Kontakt des Barunterhaltspflichtigen zum Kind zwar weniger als die hälftige Betreuung ausmacht, jedoch über die üblichen Besuche hinausgeht. Auch wenn hier nicht beide Eltern für den Barunterhalt anteilig haften, so wird doch auf diese Weise die Barunterhaltspflicht entsprechend reduziert. Im Ergebnis kommt dies einer anteiligen Haftung beider Eltern für den Barunterhalt nahe, denn der Abzug der Umgangskosten reduziert das verfügbare Einkommen des Barunterhaltspflichtigen und damit auch die Höhe des Barunterhalts für das Kind.

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum sogenannten ›Wechselmodell‹ hat auch auf ein anderes Problem aufmerksam gemacht: Geteilte Betreuung und Erziehung wird für beide Eltern nicht billiger, sondern eher teurer. Der Bundesge-

19 Vgl. BGH v. 04.03.2009, FamRZ 2009, 768 zu den Grenzen derartiger Vereinbarungen sowie *Schürmann* in diesem Band.

20 Vgl. BGH v. 29.01.2003, FamRZ 2003, 445; BGH v. 27.05.2009, FamRZ 2009, 1300, 1306 sowie (vgl. *Schürmann* in diesem Band).

21 Vgl. BVerfG v. 09.04.2003, FamRZ 2003, 1370, 1377.

22 Vgl. BSG v. 02.07.2009, FamRZ 2009, 1997–2000.

richtshof hat hierfür den Begriff der ›Wechselmehrkosten‹ geprägt. Denn ein großer Teil der Unterhaltskosten entsteht dann in beiden Haushalten und läuft weiter, auch wenn das Kind sich gerade beim anderen Elternteil aufhält (Mietkosten, Heizung, Möbel etc.), und die Einsparungen der Lebenshaltungskosten bei vorübergehender Abwesenheit des Kindes sind relativ gering. Mit einer ähnlichen Begründung hat das Bundessozialgericht auch den Anspruch auf den im SGB II vorgesehenen Zuschlag zur Grundsicherungsleistung, den Mehrbedarf für Alleinerziehende gemäß § 21 Abs. 3 SGB II, bejaht,²³ wenn das Kind abwechselnd bei beiden Elternteilen lebt (vgl. Wersig in diesem Band). Denn der Mehrbedarf für Alleinerziehende trage besonderen Lebensumständen Rechnung, in denen typischerweise ein höherer Bedarf bestehe, und diese Lebensumstände liegen laut Bundessozialgericht »grundsätzlich auch vor, wenn sich geschiedene und getrennt wohnende Eltern bei der Pflege und Erziehung des gemeinsamen Kindes in größeren, mindestens eine Woche umfassenden Intervallen abwechseln und sich die anfallenden Kosten in etwa hälftig teilen.«²⁴ Der Mehrbedarf soll dann zwischen den Eltern aufgeteilt werden.²⁵

Gegen die vom Bundesgerichtshof entwickelte Rechtsprechung zur Berücksichtigung von geteilter Betreuung wurden verschiedene Bedenken vorgebracht und alternative Lösungen formuliert (vgl. die Übersicht bei Scheiwe/Wersig 2009). Unter anderem wurde vorgeschlagen, die Höhe des Barunterhalts aufgrund der von Barunterhaltspflichtigen erbrachten Betreuungsleistungen zu mindern oder eine gemeinsame Barunterhaltspflicht beider Eltern vorzusehen (vgl. Viefhues 2006: 288; Born 2007: 1859; Born 2008b: 88). Denn es sei den barunterhaltspflichtigen Elternteilen (in der Regel den Vätern) nicht vermittelbar, ihre Kinder über das Maß des »normalen Umgangs« hinaus zu betreuen, wenn dies ohne erkennbare Auswirkungen auf die Barunterhaltspflicht bleibe (vgl. Born 2008b: 88). Die Verärgerung des barunterhaltspflichtigen Elternteils, der die Kinder überdurchschnittlich oft bei sich habe, trotzdem voll zahlen müsse und die Kosten des Umgangs ebenfalls zu tragen habe, sei nachvollziehbar (vgl. Born 2007: 1861). Das Ziel der Vertreter dieses Ansatzes ist es, die finanzielle Belastung des barunterhaltspflichtigen Elternteils zu reduzieren. Da einige Reformen in ausländischen Rechtsordnungen ebenfalls in diese Richtung gehen, werden diese Änderungsvorschläge im Folgenden im Zusammenhang der rechtsvergleichenden Erkenntnisse diskutiert.

23 Für Personen, die mit einem oder mehreren Kindern zusammenleben und allein für deren Pflege und Erziehung sorgen, ist gemäß § 21 Abs. 3 SGB II ein Mehrbedarf in Höhe von 36 Prozent der nach § 20 Abs. 2 SGB II maßgebenden Regelleistung anzuerkennen, wenn sie mit einem Kind unter sieben Jahren oder mit zwei oder drei Kindern unter sechzehn Jahren zusammenleben (Nr. 1), oder in Höhe von 12 Prozent der nach § 20 Abs. 2 SGB II maßgebenden Regelleistung für jedes Kind, wenn sich dadurch ein höherer Vomhundertsatz als nach der Nr. 1 ergibt, höchstens jedoch in Höhe von 60 Prozent der nach § 20 Abs. 2 SGB II maßgebenden Regelleistung.

24 BSG, Urteil vom 03.03.2009, FamRZ 2009, 1214.

25 Vgl. ebd., 1215.

4.2 Unterschiedliche Regelungsansätze im internationalen Vergleich

Bezüglich der Bewertung von Betreuung als Unterhaltsbeitrag lassen sich vereinfachend vier Typen von Rechtsordnungen unterscheiden:²⁶

- das deutsche und das österreichische Recht: Betreuung gilt als Unterhaltsbeitrag und durch Betreuung genügt ein Elternteil seiner Unterhaltspflicht. Für die Berechnung des Barunterhalts wird nur die Leistungsfähigkeit des nicht mit dem Kind zusammenlebenden Elternteils in Betracht gezogen;
- die romanischen und nordischen Rechtssysteme: Unterhalt durch Betreuung wird nicht konzeptualisiert;
- das englische Recht: Ein kompliziertes duales System, das den deutschen und österreichischen Regelungen hinsichtlich der Berechnung periodischer Unterhaltszahlungen unterhalb einer gewissen Einkommensschwelle ähnlich ist, in dem aber für die Unterhaltspflicht wohlhabender Unterhaltspflichtiger und für andere Unterhaltsformen als die Zahlung einer monatlichen Geldrente andere und originelle Regelungen gelten;
- das Recht einiger US-amerikanischer Bundesstaaten und Australiens: Die finanzielle Leistungsfähigkeit sowie die Betreuungsanteile und -zeiten beider Elternteile werden bei der Berechnung der Höhe des Kindesunterhalts einbezogen.

Um die differenzierten Analysen und Abwägungen der beiden rechtsvergleichenden Beiträge von *Willekens* und *Martiny* (in diesem Band) nicht zu wiederholen, werden hier lediglich diejenigen Aspekte herausgegriffen, die auch in der deutschen Diskussion angesprochen wurden und von Interesse für die hier unterbreiteten Reformvorschläge sind.

4.2.1 Streitfördernde Komplexität: Unterhaltsformeln und die Einbeziehung von Einkommen und Zeit beider Eltern

Sollten – wie in US-amerikanischen Bundesstaaten und Australien – die finanzielle Leistungsfähigkeit wie auch die jeweiligen Betreuungsanteile beider Eltern umfassend abgewogen und auf dieser Grundlage die Höhe des Kindesunterhalts berechnet werden? *Martiny* weist auf eine Tendenz zur stärkeren Mathematisierung des Kindesunterhalts durch Unterhaltsformeln hin, wie sie im britischen Child Support Act²⁷ und in einzelstaatlichen Rechten der USA oder auch in den dort über das Internet angebotenen automatischen Unterhaltsrechnern (›child support calculators‹) zum Ausdruck kommt. Was hier auf den ersten Blick als besonders ›objektiv‹ erscheint,

26 Vgl. die drei Typen, die *Willekens* (in diesem Band) herausarbeitet, sowie als vierten Typ die von *Martiny* (in diesem Band) dargestellten Grundsätze der Kalkulation von Unterhalt und Betreuungsanteilen in verschiedenen US-amerikanischen Bundesstaaten; grundlegend zum internationalen Vergleich vgl. zudem Martiny 2000.

27 Siehe s. 11 Child Support Act 1991 (c. 48). – Das Gesetz und die Formel wurden mehrfach geändert.

erweist sich jedoch als ständige Quelle von Auseinandersetzungen, weil sich vor Gericht dann nicht nur – wie aus der bisherigen Praxis hinlänglich bekannt – trefflich über die Höhe eines Einkommens streiten lässt, sondern gleich vier Elemente der Berechnung Angriffsflächen bieten, nämlich zwei Einkommen und zwei Zeitkonten. Deshalb hält *Willekens* (in diesem Band) eine genaue Abwägung der Leistungen beider Eltern für unpraktikabel; sie setze außerdem eine massive Einmischung der Gerichte oder der Verwaltung in das Privatleben der Betroffenen voraus, um die erforderlichen Informationen zu überprüfen, und vervielfache die Konflikte über die Unterhaltsberechnung, wodurch die Prozesse in die Länge gezogen würden. Deshalb sei in England die Berechnungsformel des Child Support Act im Jahr 2000 wieder vereinfacht und durch eine Formel ersetzt worden, in der Betreuung erneut pauschal als Unterhalt gilt. Diese Rücknahme der Einkommensanrechnung des betreuenden Elternteils sei damit begründet worden, dass der mit dem Kind zusammenlebende Elternteil seine Unterhaltsleistung in Naturalien erbringe (Bereitstellung der Wohnung, Lebensmittel, Kleidung, Urlaub etc.; Betreuung im engeren Sinne werde nicht erwähnt). Die frühere Regelung, in der die Leistungsfähigkeit beider Eltern gegeneinander abgewogen wurde, habe zu unübersehbaren Berechnungsschwierigkeiten und anschließenden Streitigkeiten geführt. Außerdem sei argumentiert worden, dass die Neuregelung mit ihrer Vereinfachung in der Praxis auch kaum andere Ergebnisse hervorbringe als die frühere komplizierte Berechnungsweise. Denn die frühere Regelung, wonach das Einkommen des ›parent with care‹ berücksichtigt wurde, habe geringe Auswirkungen auf die Höhe der festgesetzten Kindesunterhalts gehabt (vgl. auch Eekelaar 2000: 154). Die seit 2000 wieder geltende pauschalisierende Betrachtungsweise, bei der davon ausgegangen werde, dass der Elternteil, bei dem das Kind überwiegend lebt, seine Unterhaltspflicht bereits durch Naturalunterhaltgewährung erfülle, ermögliche so auch eine implizite Berücksichtigung der Erziehungs- und Versorgungsleistungen dieses Elternteils.

Eine Verminderung des zu zahlenden Kindesunterhalts in Abhängigkeit von der Zahl der Übernachtungen im Haushalt blieb jedoch auch nach der Reform des Child Support Act Bestandteil der Kindesunterhaltsformel in England. Es wird berücksichtigt, wie häufig sich das Kind bei dem ›non-resident parent‹ aufhält, so dass die Unterhaltsleistung dann reduziert werden kann. Sobald das Kind sich mindestens eine Nacht pro Woche im Haushalt des anderen Elternteils aufhält, wird der Unterhalt auf Tagessätze umgerechnet und entsprechend reduziert (um ein Siebtel bei einer Übernachtung pro Woche usw.). Bereits ab einer Übernachtung pro Woche bezeichnet dies die Child Support Agency (CSA) als ›shared care‹ – eine verkürzte Begriffsinterpretation von ›care‹, die dicht am Begriff der sogenannten Hotelkosten (wie in der Pflegeversicherung) liegt und den Fürsorgeaspekt der Betreuung ignoriert.

Bevor die Vor- und Nachteile einer derartigen Lösung weiter diskutiert werden ist zudem darauf hinzuweisen, dass die Übertragbarkeit eines derartigen Modells fraglich ist: Die englische Unterhaltsformel und deren Anwendung durch eine Verwaltungsagentur wie die CSA gilt nur für Unterhaltsschuldner mit Einkommen unterhalb einer gewissen Grenze; bei übersteigenden Einkommen sind die Gerichte für die Unterhaltsfestsetzung zuständig, die nach anderen und komplexeren Kriterien

urteilen. Dieses duale System der Kindesunterhaltsfestsetzung in England bedeutet, dass jenseits der Zuständigkeit der CSA und der Anwendung der Kindesunterhaltsformel die Gerichte über große Spielräume verfügen, im Rahmen von Scheidungsverfahren weitgehende Umverteilungsmaßnahmen anzuordnen, welche auch für den Unterhalt von Kindern sehr wesentlich sein können (etwa hinsichtlich der Familienwohnung). Auch wenn seit dem Child Support Act 1991 im Rahmen von Scheidungsfolgenanordnungen oder -vereinbarungen nicht mehr auf Kindesunterhalt verzichtet werden kann, sind diese ›package deals‹ und das Prinzip des ›melting all in a pot‹ bei Scheidungsfolgenregelungen durch das Gericht möglicherweise für die Lebenssituation und den Unterhalt von Kindern relevanter als die isolierte Kindesunterhaltsforderung (jedoch begrenzt auf eheliche Kinder im Scheidungsfall der Eltern). Im Rahmen des gerichtlichen Scheidungsurteils können auch die frühere Arbeitsteilung der Partner und die Leistungen bei der Erziehung und Versorgung der Kinder berücksichtigt werden. Vergleichbare richterliche Entscheidungsfreiheiten bei der Regelung der Scheidungsfolgen kennt das deutsche Recht nicht. Wenn zur Begründung von Reformüberlegungen deshalb auf das Beispiel des englischen Rechts verwiesen wird, so ist die Kindesunterhaltsformel nur ein Teil des Puzzles und auch nur verständlich als ein Bestandteil des dualen englischen Systems, das weitere Bestandteile kennt – auch die weitgehende richterliche Entscheidungsfreiheit der Umverteilung von Vermögensgegenständen im Scheidungsfall gehört dazu, die ein Reformvorbild für Deutschland sein könnte (ausführlich dazu *Willekens* in diesem Band). Die Betrachtung eines isolierten Bestandteils eines so komplexen Systems wie des englischen gibt allein keine hinreichende Antwort darauf, wie verschiedene Unterhaltsbeiträge insgesamt gewertet und wie auch Sorgearbeit anerkannt werden kann; dazu müssen verschiedene Aspekte in ihrem Zusammenwirken bei der Problemlösung betrachtet werden.

Hier sollen nur einige Aspekte erwähnt werden, die bei der umfassenden Berücksichtigung von Betreuungszeiten problematisch sein können. So stellt sich die Frage, um welche Zeiten es gehen soll: Geht es um die Zahl der Übernachtungen bei dem nicht überwiegend betreuenden Elternteil (wie im englischen ›child support‹-Recht oder bei der ›physical custody‹ in der Berechnungsformel der ›child support calculators‹ in einigen US-Bundesstaaten) oder um die mit dem Kind verbrachte Zeit? Welche Zeitanteile zählen, und wie sollen die Zeitanteile beider Eltern bewertet werden? Wie wirkt es sich aus, dass der überwiegend betreuende Elternteil seine Erwerbsarbeitszeiten wegen der Versorgung und Betreuung stärker einschränken muss als dies für einen Elternteil gilt, der ein Kind weniger und/oder zu anderen Zeiten betreut (etwa an Wochenenden oder abends), die mit der Erwerbstätigkeit leichter zu vereinbaren sind und deshalb geringere Einkommensverluste mit sich bringen? Und wenn beide gleichermaßen barunterhaltspflichtig sind und die notwendigen Ausgaben und Anschaffungen für das Kind im Rahmen der beidseitigen gequotelten Barunterhaltspflicht verteilt werden müssen, wer kauft dann die teuren Gegenstände wie neue Schuhe, einen Wintermantel oder einen Computer für die Schule? Komplexe Berechnungsmodi, die auch Zeitanteile einkalkulieren, werfen zahlreiche neue Probleme auf, die keineswegs gelöst oder diskutiert sind. So wirken die ›child

support calculators« einiger US-Bundesstaaten nur auf den ersten Blick einfach und objektiv, doch die zugrunde liegende Berechnungsformel und die Bewertungen der Zeitanteile sind nicht transparent oder verständlich, und sie stellen sich vor Gericht zudem als kompliziertes und durch häufige Veränderungen immer wieder neues Streitthema heraus (vgl. Melli/Brown 2008). Auch in Deutschland wäre (wie in England) zu erwarten, dass eine Einbeziehung des mütterlichen Einkommens in die Barunterhaltsberechnung wegen der häufig niedrigen Einkommen unterhalb der Grenze des Selbstbehalts und der daraus folgenden fehlenden Leistungsfähigkeit selten zu anderen Ergebnissen führen würde als die derzeitige Regel der Nichtberücksichtigung des Einkommens des überwiegend betreuenden Elternteils.

Aufgrund dieser Komplexität kommt *Martiny* nach seiner detailreichen rechtsvergleichenden Darstellung unterschiedlicher Unterhaltssysteme und ihrer Bewertungs- und Bemessungsmethoden zu dem Fazit, dass veränderte elterliche Gestaltungsformen wie vermehrter Umgang und das sogenannte ›Wechselmodell‹ zu einer genaueren Betrachtung der Kosten- und Zeitanteile zwingen und ein intensiver Vergleich mit den Lösungsansätzen ausländischer Rechtsordnungen hier aufschlussreich sein könnte, ohne aber isoliert einzelne Elemente ausländischer Berechnungssysteme importieren zu wollen.

4.2.2 Ignoranz gegenüber der Betreuungsleistung: Eine beidseitige Barunterhaltspflicht ohne Berücksichtigung der elterlichen Erziehungs- und Versorgung als Reformmodell?

Die romanischen und nordischen Rechtssysteme konzeptualisieren Betreuung nicht als Beitrag zum Kindesunterhalt – allerdings aus sehr unterschiedlichen Gründen. In den romanischen Ländern werden Unterhalt und Betreuung für Kinder als Einheit verstanden, so dass keine weitere begriffliche Unterscheidung einzelner Bestandteile des einheitlichen Unterhaltsanspruchs erfolgt. In den nordischen Ländern steht hingegen aufgrund des gesellschaftlichen Ziels der Gleichstellung der Geschlechter die Erwerbsintegration im Vordergrund; partnerschaftliche Elternschaft erwerbstätiger Väter und Mütter wird als selbstverständlich vorausgesetzt, so dass beide für Kindesunterhalt und Versorgung zuständig sind, auch wenn sie getrenntleben. Deshalb wurde es beispielsweise in Schweden für nicht erforderlich gehalten, Betreuung als eigenen Unterhaltsbeitrag im Kindesunterhaltsrecht ausdrücklich zu erwähnen. Diese Entwicklung hin zu einem Modell gemeinsamer und geteilter Elternschaft von erwerbstätigen Eltern zeichnete sich schon seit den 1970er Jahren ab und wurde arbeitsmarktpolitisch, arbeits- und sozialrechtlich, im Steuerrecht sowie durch den Ausbau von Betreuungsinfrastrukturen und einer veränderten Zeitorganisation von Schulen und öffentlichen Einrichtungen flankiert.

Dieser Kontext unterscheidet sich wesentlich von der Situation in der Bundesrepublik, so dass eine Übertragung dieses Modells bereits daran scheitert, dass weder die Arbeitsmarktchancen und Höhe der Erwerbseinkommen für betreuende Elternteile noch die Sozialisierung der Erziehung und Pflege von Kindern in Deutschland mit

skandinavischen Verhältnissen vergleichbar sind. Zwar bestehen auch in Schweden oder anderen skandinavischen Ländern trotz der deutlich höheren Erwerbsintegration von Müttern weiterhin Segregation und Geschlechterungleichheiten hinsichtlich der Einkommen und Berufsperspektiven fort, wenn auch auf einem deutlich niedrigeren Niveau als in Deutschland. Das Kindesunterhaltsrecht wird jedoch nicht als Ort der Kompensation für derartige Nachteile betrachtet; Diskussionen konzentrieren sich dort eher auf das Rentenrecht oder die Einkommenssicherung im Alter oder auch darauf, wie die väterliche Beteiligung an der Kinderziehung und -versorgung erhöht werden kann.²⁸ Die Lösung, Betreuung überhaupt nicht als Kindesunterhaltsbeitrag zu berücksichtigen, ist daher nicht auf Deutschland übertragbar; angesichts faktisch anders gelagerter Verhältnisse und Praktiken getrenntlebender Eltern ergibt die Fiktion einer Gleichverteilung der Betreuung und die strikte Individualisierung keinen Sinn.

4.3 Skeptische Anmerkungen zur Verteilung von Gewinn und Verlusten bei Reformen

Einige der jüngeren Reformen in Deutschland weisen Tendenzen zu einer Benachteiligung der überwiegend betreuenden Elternteile, faktisch also insbesondere der Mütter, auf. Die Reform der Rangordnung durch das Unterhaltsrechtsänderungsgesetz ist ein Beispiel dafür (vgl. *Haller* in diesem Band); die Verweisung betreuender Elternteile auf bedürftigkeitsgeprüfte Sozialleistungen nach dem SGB II (»Hartz IV«) im Mangel Fall ist mit erheblichen Nachteilen verbunden, die im Reformprozess weitgehend ausgeblendet wurden.²⁹ Als weiteres Beispiel sei hier die Neuregelung des Unterhaltsvorschlusses 2008³⁰ genannt, die in systemwidriger Weise dazu ge-

28 So wird beispielsweise seit 2000 in Island die Elternzeit zwischen Vater und Mutter gesetzlich weitgehend aufgeteilt. Die Mutter und der Vater haben ein Recht auf je drei Monate bezahlte Elternzeit sowie zusätzlich drei bezahlte Monate, die sie aufteilen können (zusammen also neun Monate); jeder Elternteil kann weitere drei Monate unbezahlte Elternzeit beanspruchen, die Mutter und der Vater also jeweils maximal zwölf Monate (sechs bezahlte und sechs unbezahlte Monate Elternzeit) (vgl. Gíslason 2007).

29 Dazu gehört etwa der Zwang zur Verwertung von Vermögen oberhalb des geringen »Schonvermögens«, wenn beispielsweise eine Eigentumswohnung verkauft werden muss, weil sie die nach dem SGB II als angemessen geltende Größe überschreitet, oder eine Lebensversicherung werden muss, die möglicherweise als Alterssicherung gedacht war.

30 Zum Unterhaltsvorschuss insgesamt vgl. *Schirrmacher* in diesem Band. Bei der Reform 2008 wurde, damit die Umstellung auf den Mindestunterhalt als Bezugsgröße für den Unterhaltsvorschuss für Bund und Länder nicht zu teuer kam, die Anrechnung des Kindergeldes verändert. Vor 2008 wurde Unterhaltsvorschuss in Höhe des Regelbetrags abzüglich des hälftigen Kindergeldes gezahlt, doch nunmehr wird das gesamte Kindergeld in Abzug gebracht (§ 2 Abs. 2 UVG). Das UVG steht mit der Anrechnung des vollen Kindergeldes im Gegensatz zur Regelung des § 1612 a Abs. 2 BGB, welche nur das hälftige Kindergeld auf den Mindestbedarf des Kindes anrechnet. Das Kind erhält also weniger Unterhaltsvorschuss als den Betrag, den der Unterhaltspflichtige als Mindestunterhalt zahlen müsste. Das Kind muss dann diesen überschüssigen, durch den Unterhaltsvorschuss nicht gedeckten Mindestunterhalt selbst vom Unterhaltsverpflichteten einklagen (vgl. Hußmann 2008: 93f. und Scheiwe 2009: 67f.).

führt hat, dass vom Unterhaltsvorschuss auch der hälftige Kindergeldanteil des betreuenden Elternteils abgezogen wird, obwohl dieser nicht barunterhaltspflichtig ist und einen eigenen Anspruch auf das hälftige Kindergeld hat (vgl. Scheiwe 2009: 67f.). Mit anderen Worten: Einsparungen beim Unterhaltsvorschuss erfolgten auf Kosten des betreuenden Elternteils, dessen hälftiger Kindergeldanteil auf den Unterhaltsvorschuss angerechnet wird, obwohl dieser dazu kindesunterhaltsrechtlich nicht verpflichtet ist. Das Unterhaltsvorschussgesetz steht mit der Anrechnung des vollen Kindergeldes im Gegensatz zur Regelung des § 1612 a Abs. 2 BGB, welche nur das hälftige Kindergeld auf den Mindestbedarf des Kindes anrechnet. Das Kind erhält also weniger Unterhaltsvorschuss als den Betrag, den der Unterhaltspflichtige als Mindestunterhalt zahlen müsste. Das Kind muss dann diesen überschießenden, durch den Unterhaltsvorschuss nicht gedeckten Mindestunterhalt selbst vom Unterhaltsverpflichteten einklagen (vgl. Hußmann 2008: 93f.). Das Beispiel verdeutlicht die Gefahr, dass Reformen einseitig zu Lasten des überwiegend betreuenden Elternteils gehen und zeigt zugleich, wie die Annahme der Gleichwertigkeit der Erziehung und Pflege des Kindes in § 1606 Abs. 3 S. 2 BGB durch Reformen in anderen Rechtsbereichen bereits konterkariert wird.

4.4 Alles bleibt beim Alten? Ein Formulierungsvorschlag zur Klarstellung

Insgesamt erscheint nach Abwägung aller Argumente eine Beibehaltung der ›Gleichwertigkeitsannahme‹ des § 1606 Abs. 3 S. 2 BGB als rechtssystematisch und rechtspolitisch sinnvoll. Die Annahme der rigiden Asymmetrie könnte durch eine klarstellende Formulierung verändert werden, die den Kern der Regelung – die Anerkennung der Betreuungsleistung – erhält, gleichzeitig aber den Unterhaltsbeitrag des überwiegend betreuenden Elternteils umfassender benennt und nicht nur Pflege und Erziehung erwähnt. Eine Neufassung des § 1606 Abs. 3 S. 2 BGB könnte etwa folgendermaßen lauten:

»Der Elternteil, der ein minderjähriges Kind überwiegend betreut, erfüllt seine Verpflichtung, zum Unterhalt des Kindes beizutragen, in der Regel durch die Gewährung von Naturalunterhalt, insbesondere die Pflege, Erziehung und Versorgung des Kindes.«

Durch die vorgeschlagene Formulierung der ›überwiegenden Betreuung‹ wird deutlich, dass es nicht um eine völlige Asymmetrie geht (›eine betreut, und einer bezahlt‹), sondern dass diese Regel für den Fall einer Ungleichverteilung gilt, bei dem sich das Kind seltener beim anderen Elternteil aufhält und dessen Anteil an Pflege und Erziehung des Kindes insgesamt geringer ist. Die notwendige nähere Auslegung des Rechtsbegriffs der ›überwiegenden Betreuung‹ wäre der Gerichtspraxis überlassen, die im Einzelfall auch andere Betreuungsarrangements berücksichtigen könnte als nur bei hälftiger Aufteilung der Betreuung. So würde auch den Verhandlungen und Vereinbarungen der getrenntlebenden Eltern Rechnung getragen, die angemessene Lösungen finden und diese Unterhaltsregelungen auch beim Jugendamt urkundlich vereinbaren können.

Die Diskussion über die Bedarfsberechnung in Fällen getrenntlebender Eltern, die beide an der Erziehung und Versorgung in nicht unerheblichem Umfang beteiligt sind, hat in einigen Rechtsbereichen begonnen, im Kindesunterhaltsrecht vor allem hinsichtlich des ›Wechselmodells‹ und den ›Wechselmehrkosten‹ und im Sozialrecht vor allem im Wohngeldrecht mit der Möglichkeit der Berücksichtigung des Kindes in zwei elterlichen Wohnungen (vgl. *Wersigs* Beitrag zum Wechselmodell in diesem Band). Hier besteht noch vielfältiger Diskussionsbedarf; eine weitere Vertiefung und intensivere Erforschung wären auch im Bereich des Rechtsvergleichs (vgl. *Martiny* und *Willekens* in diesem Band) sowie hinsichtlich der empirischen Erforschung der Praxis elterlicher Betreuungsarrangements (vgl. *Marten* in diesem Band) wünschenswert. Zurückgewiesen werden muss jedoch die Vorstellung, die Höhe des Barunterhalts ließe sich einfach dadurch verringern, dass eine höhere väterliche Beteiligung an der Betreuung und Versorgung des Kindes in ›Abzug‹ gebracht oder ein von der Mutter erzielter Erwerbseinkommen angerechnet wird. Denn bereits jetzt lässt sich feststellen, dass sich die Kindesunterhaltshöhe nicht reduziert, wenn der Bedarf des Kindes und der Mindestunterhalt angemessen festgesetzt und auch die Mehrkosten geteilter Betreuung getrenntlebender Eltern berücksichtigt werden. Bei der Idee, dass sich die Höhe des Kindesunterhalts durch Übernahme von mehr Betreuung und die Anrechnung des Einkommens des betreuenden Elternteils vermindern möge, handelt es sich deshalb in vielen Fällen um unrealistisches Wunschdenken; sie ist zudem rechtlich fehlerhaft, wird dem Kindeswohl nicht gerecht und birgt die Gefahr, einseitig zu Lasten des überwiegend betreuenden Elternteils und auf Kosten des Kindes zu wirken.

Die Möglichkeiten, im Rahmen des Kindesunterhaltsrechts Benachteiligungen des überwiegend betreuenden Elternteils oder die (auch bei geteilter Betreuung) mit der Erziehung und Versorgung verbundenen Einschränkungen angemessen auszugleichen, sind zwar nicht ohne Bedeutung, aber relativ beschränkt. Andere Rechtsbereiche können eine größere Relevanz für Umverteilungen haben – im Bereich des Familienrechts wären dies die Scheidungsfolgenregelungen oder die Zuweisung der Familienwohnung im Trennungsfall. Wenn es in der rechtspolitischen Debatte um Verteilungsfragen geht, die mit der Sorge für Kinder zu tun haben, und dabei Fragen der Ungleichheit zwischen den Geschlechtern, der Kindesinteressen und des Kindeswohls sowie der Armutsbekämpfung einbezogen werden, dann geraten unweigerlich andere rechts- und sozialpolitische Themen in den Blick, wie Arbeitsmarkt- und Infrastrukturmaßnahmen, Steuerpolitik sowie Sozialleistungen, die hier nicht Gegenstand der vertieften Analyse sind. Die Bedeutung und der Wert von Pflege, Erziehung und Betreuung sowie des Naturalunterhalts, den der überwiegend betreuende Elternteil erbringt, werden oft unterschätzt – und dies ist paradoxerweise trotz des Gleichwertigkeitsgrundsatzes des § 1606 Abs. 3 S. 2 BGB auch im Kindesunterhaltsrecht der Fall.

Literatur

- Andreß, Hans-Jürgen/Borgloh, Barbara/Güllner, Miriam/Wilking, Katja, 2003: *Wenn aus Liebe rote Zahlen werden. Über die wirtschaftlichen Folgen von Trennung und Scheidung*, Wiesbaden 2003.
- Berger, Christian, 2007: Kommentierung §§ 1606–1608 BGB, in: Jauernig, Othmar (Hg.): *Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch mit Allgemeinem Gleichbehandlungsgesetz* (Auszug) Kommentar, 12. Auflage, München 2007.
- Born, Winfried, 2007: »Umfangreicher Aufenthalt beim anderen Elternteil – keine Auswirkungen auf den Barunterhalt?«, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 2007, S. 1859–1861.
- Born, Winfried, 2008a: Vor § 1601 – § 1610 BGB, in: Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland (Hg.): *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 8 Familienrecht II, 5. Auflage, München 2008.
- Born, Winfried, 2008b: »Wie lässt sich die Barunterhaltspflicht bei wechselnder Betreuung durch die Eltern gerecht unter den Eltern verteilen?«, *Familie, Partnerschaft, Recht (FPR)* 2008, S. 88–90.
- Eekelaar, John, 2000: »Child Support as Distributive and Commutative Justice«, in: Oldham, Thomas/Melli, Marygold Shire (Hrsg.): *Child Support: The Next Frontier*, Ann Arbor 2000, S. 151–164.
- Engler, Helmut, 2000: Kommentierung § 1606 BGB, in: *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Viertes Buch Familienrecht §§ 1601–1615o*, Neubearbeitung von Helmut Engler und Dagmar Kaiser, Berlin 2000.
- Forsa, Gesellschaft für Sozialforschung und statistische Analysen, 2002: *Unterhaltszahlungen für minderjährige Kinder in Deutschland*, Projektbearbeitung Henning Lohmann, hg. v. Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Stuttgart 2002.
- Gíslason, Ingólfur, 2007: *Parental Leave in Iceland – Bringing the Fathers in*. Reykjavik: Ministry of Social Affairs and Centre for Gender Equality 2007.
- Hußmann, Wolfram, 2008: »Die Änderung des Unterhaltsvorschussgesetzes«, *Familie und Recht* 2008, S. 93–94.
- Klinkhammer, Frank, 2008: § 2, in: Wendl, Philipp/Staudigl, Siegfried: *Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis. Die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und die Leitlinien der Oberlandesgerichte zum Unterhaltsrecht und zum Verfahren in Unterhaltsprozessen*, 7. Auflage, München 2008.
- Martiny, Dieter, 2000: *Unterhaltsrang und -rückgriff. Mehrpersonenverhältnisse und Rückgriffsansprüche im Unterhaltsrecht Deutschlands, Österreichs, der Schweiz, Frankreichs, Englands und der Vereinigten Staaten von Amerika*, 2 Bde., Tübingen 2000.
- Meder, Stephan, 1993: *Schuld, Zufall, Risiko. Untersuchungen struktureller Probleme privatrechtlicher Zurechnung*. Frankfurt a.M. 1993.
- Melli, Marygold/Brown, Patricia, 2008: »Exploring A New Family Form – The Shared Time Family«, *International Journal of Law, Policy and the Family* 2008, S. 231–269.
- Minow, Martha, 1990: *Making all the Difference. Inclusion, Exclusion and American Law*, New York 1990.
- Scheiwe, Kirsten, 1999: *Kinderkosten und Sorgearbeit im Recht. Eine rechtsvergleichende Studie*, Frankfurt am Main 1999.
- Scheiwe, Kirsten, 2009: »Kindesunterhalt und Sozialleistungen«, in: *Kinder und Jugendliche im Sozialleistungssystem*. Bundestagung des Deutschen Sozialrechtsverbandes e.V., 9.–10. Oktober 2008 in Münster, Berlin 2009, S. 51–77.

- Scheiwe, Kirsten/Wersig, Maria, 2009: *Einer zahlt und eine betreut? Rollenbilder im Kindesunterhaltsrecht und ihre Geschlechterdimensionen*. Forschungsbericht für das BMFSFJ, Abteilung Gleichstellung (Referat 406). Hildesheim 2009.
- Scholz, Harald, 2008: § 2, in: Wendl, Philipp/Staudigl, Siegfried: *Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis. Die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und die Leitlinien der Oberlandesgerichte zum Unterhaltsrecht und zum Verfahren in Unterhaltsprozessen*, 7. Auflage, München 2008.
- Schumacher, Klaus, 2004: 3. Kapitel: Kindesunterhalt, in: Luthin, Horst (Hg.): *Handbuch des Unterhaltsrechts*, 10. Auflage, München 2004.
- Viefhues, Wolfram, 2006: »Kindesunterhalt und Wechselmodell«, *Familie, Partnerschaft, Recht (FPR)* 2006, S. 287–291.

Eine(r) betreut und eine(r) bezahlt – Rechtssystematik und Probleme bei der Bewertung von Kinderbetreuung und Barunterhalt

Heinrich Schürmann

Wer für den Barbedarf eines Kindes aufkommen und wer für die Erziehungsleistung sorgen musste, war im BGB über Jahrzehnte eindeutig verteilt: Der Vater war für das Einkommen zuständig, die Mutter für Haushalt und Kindererziehung. Das traditionelle Rollenmuster hat sich im Gesetz lange gehalten und das Unterhaltsrecht bildet seine Grundstruktur unverändert nach. Diese ist – das muss man zur Kenntnis nehmen – in der Bevölkerung noch immer weit verbreitet und wird auch von der Rechtsprechung nicht in Frage gestellt. In der Realität des Familienlebens verschwimmen jedoch die einmal so klaren Grenzen immer mehr. Dieser Beitrag will die Problematik aus verschiedenen Perspektiven beleuchten.

1 Umfang der Unterhaltspflicht

1.1 Barunterhalt

Der Unterhaltsbedarf eines Kindes ist umfassend – es ist der ganze Lebensbedarf. Dieser besteht zum einen aus dem sächlichen Bedarf, also aus der Versorgung mit Dingen, die sich in Geld messen lassen und für die regelmäßig Geld ausgegeben wird, wie Kleidung, Nahrung, Wohnung und Schulbücher. Zum anderen beinhaltet der Bedarf des minderjährigen Kindes auch »die Kosten der Erziehung«. So steht es bereits in der ursprünglichen Fassung des § 1610 Abs. 2 BGB und gilt mit geringfügigen redaktionellen Änderungen bis heute. Der Erziehungsbedarf des § 1610 BGB hat ebenfalls eine monetäre Bedeutung, wie ein Blick in die Kommentarliteratur lehrt.¹ Der Gesetzgeber hatte u.a. erwogen, die Kosten der Taufe im Gesetz besonders zu erwähnen. Dieses unterblieb jedoch, weil der Aufwand ganz selbstverständlich als Teil der Kosten der Erziehung galt. Heute rechnen wir Kindergartenbeiträge, Klavierunterricht oder Theaterbesuche, kurz gefasst: jeden finanziellen Aufwand für Bildung und die Teilnahme am sozialen Leben zum sächlichen Bedarf.² Andererseits

1 Planck (1901) § 1610 Anm. 1.

2 Diese Sichtweise liegt auch dem Sozialrecht zugrunde. Neben dem laufenden Lebensbedarf sieht dieses ab dem Schuljahr 2009/2010 für Schulkinder Leistungen von jährlich 100 Euro