

## Arbeitshilfen

### Unterhaltsrechtliche Fragen im Zusammenhang mit Patchworkfamilien

Dr. Christian Seiler, Direktor des Amtsgerichts Freising

*Im Familienrecht stellen sich zumeist nicht nur die klassischen Fragen des Kindes- oder nachehelichen Unterhalts, wenn eine Ehe gescheitert ist. Auch nichteheliche Eltern und das Zusammenleben von Kindern unterschiedlicher Eltern bestimmen den Alltag in der familienrechtlichen Praxis. Gerade sog. Patchworkfamilien oder Fälle einer Geschwistertrennung sind unterhaltsrechtlich zu lösen. Der folgende Beitrag möchte ein paar Denkanstöße dazu beitragen.*

Zu beachten ist, dass der Unterhaltsanspruch von minderjährigen Kindern oder privilegiert volljährigen Kindern (§ 1603 Abs. 3 S. 1 BGB) vorrangig zu befriedigen ist und insoweit eine gesteigerte Unterhaltsverpflichtung besteht. Dies gilt auch dann, wenn der Unterhaltspflichtige nunmehr in einer (neuen) Familienkonstellation lebt und dort ein weiterer Unterhaltspflichtiger hinzukommt (I.). Insbesondere soll auch die Frage der Wahl von Elterngeld (oder verlängertem Elterngeld) betrachtet werden.

Im Anschluss (II. und III.) soll die Konstellation betrachtet werden, dass aus der früheren Ehe eine nacheheliche Unterhaltsverpflichtung besteht und in der aktuellen Partnerschaft/neuen Ehe wiederum ein neues Kind hinzukommt. Hier besteht die Möglichkeit, dass der betreuende Elternteil der neuen Beziehung mit dem früheren Ehegatten im selben Rang ist, wenn beide einen Anspruch auf Betreuungsunterhalt haben (II.), oder dass der frühere Ehegatte nachrangig ist, wenn er einen Anspruch auf

Aufstockungsunterhalt (III.) hat. Dies soll anhand eines größeren Falles (III. 3.) dargestellt werden. Zuletzt sind noch die Fälle zu betrachten, in denen zwei volljährige Kinder von unterschiedlichen Müttern Unterhalt auch vom gemeinsamen Vater begehren (IV.).

#### I. Wechselwirkungen mit §§ 1601 ff. BGB

Der Bedarf bestimmt sich nach dem Einkommen des nicht betreuenden Elternteils und wird gemäß den Tabellensätzen der Düsseldorfer Tabelle bestimmt. Betreut der nicht betreuende Elternteil selbst ein weiteres minderjähriges Kind oder versorgt er den Haushalt des neuen Partners, stellt sich die Frage, ob er sich auf Leistungsunfähigkeit berufen kann.

Der Unterhaltsanspruch des minderjährigen Kindes (und des privilegiert volljährigen Kindes) richtet sich nach §§ 1601 ff. BGB und ist stets vorrangig (§ 1609 Nr. 1 BGB). Wird Unterhalt gegen den nicht betreuenden Elternteil geltend gemacht, besteht hinsichtlich des Mindestunterhalts eine erhöhte Leistungsverpflichtung. Das Kind, welches bei einem Elternteil wohnt, hat Anspruch auf Kindesunterhalt, da es sich nicht selbst unterhalten kann. Der Unterhaltspflichtige trägt die Darlegungs- und Beweislast sowohl für die mangelnde oder eingeschränkte Leistungsfähigkeit als auch für die Unzumutbarkeit einer Nebentätigkeit.<sup>1</sup> Insoweit kann sich der unterhaltspflichtige Elternteil im Regelfall nicht auf Leistungsunfähigkeit berufen, selbst wenn er selbst ein minderjähriges Kind zu betreuen hat und daher nicht/nicht vollständig erwerbstätig sein kann. § 1570 (§ 1615I) BGB regelt zunächst nur den Unterhaltsanspruch desjenigen Elternteils, der die Kinder betreut.

Gegenüber dem minderjährigen Kind besteht daher immer eine Leistungsverpflichtung, wenn<sup>2</sup>

- aus der neuen Ehe keine Kinder hervorgegangen sind und nur die Haushaltsführung in der neuen Ehe übernommen wird;<sup>3</sup>

1 BGH FamRZ 2014, 1993 Rn 22 u. 23!

2 Handbuch des FA-FamR/Seiler, 10. Aufl. 2015, Kap. 6 Rn 400.

3 BGH FamRZ 2001, 1065.

- die Haushaltstätigkeit trotz Kindern in der neuen Ehe nicht akzeptiert werden kann, weil gegenüber der früheren Ehe ein **Rollenwechsel** stattfand und die Rollenwahl den Familienunterhalt der neuen Familie nicht wesentlich günstiger gestaltet, d.h. der neue Ehegatte kein erheblich höheres Einkommen erzielt als der Unterhaltsschuldner erzielen könnte<sup>4</sup> oder sonstige erkennbare Vorteile für einen Rollenwechsel sprachen;<sup>5</sup>
- der Hausmann/die Hausfrau durch eine Nebentätigkeit nicht unverhältnismäßig belastet wird, wobei der neue Ehegatte verpflichtet ist, soweit möglich den Unterhaltsschuldner in der Haushaltsführung und Kinderbetreuung entsprechend zu entlasten,<sup>6</sup> oder wenn der gesundheitlich in der Lage ist, zumindest einem Nebenberuf nachzugehen.

Der Ehegatte, der mit dem unterhaltsbedürftigen Kind **nicht** verwandt ist, haftet grundsätzlich **nicht** für dessen Unterhalt. Ihm muss zumindest die Hälfte des gemeinsamen bereinigten Nettoeinkommens, mindestens der Ehegattenmindestselbstbehalt von derzeit 1.200 EUR, verbleiben.<sup>7</sup> Für die Ermittlung des Familienbedarfs ist auch das vom Unterhaltspflichtigen bezogene Erziehungsgeld bzw. Elterngeld mit einzurechnen. Hat der das Kind betreuende Elternteil ein so gutes Einkommen, dass er unter Berücksichtigung des angemessenen Selbstbehalts und eines Betreuungsbonus ohne Weiteres auch den Barunterhalt des Kindes bezahlen könnte, ist im Rahmen der Subsidiaritätsklausel zu prüfen, ob der neue Ehepartner auch den angemessenen Selbstbehalt des den Haushalt führenden Pflichtigen abdeckt.<sup>8</sup> Dieser ist aufgrund der Ersparnis durch das Zusammenleben mit 80 % des angemessenen Selbstbehalts, d.h. derzeit mit 960 EUR anzusetzen.<sup>9</sup>

Für die Barunterhaltungspflicht des unterhaltspflichtigen Elternteils (Hausmannes/Hausfrau) kann aber nur dessen/deren Einkommen herangezogen werden, z.B. aus Nebentätigkeit und Taschengeld, Erziehungsgeld. Die Probleme lassen sich nach den folgenden Zeitabschnitten gliedern:

### 1. Im Bezugszeitraum von Elterngeld

Fraglich ist, ob der Ehegatte/Partner, der für ein minderjähriges Kind unterhaltspflichtig ist, die im Gesetz vorgesehene Möglichkeit, den Bezug von Elterngeld zu wählen, wahrnehmen kann. Elterngeld kann seit 1.1.2015 auch für eine längere Bezugsdauer gewählt werden (Elterngeld plus).<sup>10</sup> Der Bundesgerichtshof hat zu der Frage der Wahl von Elterngeld wie folgt ausgeführt:

*„Einem zum Minderjährigenunterhalt verpflichteten Elternteil, der sich nach der Geburt eines weiteren Kindes*

*dessen Betreuung widmet, kann im Falle seiner zu respektierenden Rollenwahl jedenfalls für die ersten beiden Lebensjahre des von ihm betreuten Kindes unterhaltsrechtlich nicht vorgeworfen werden, dass er von der Möglichkeit Gebrauch macht, die Bezugsdauer des Elterngelds zu verdoppeln, und deswegen keine für den gesamten Kindesunterhalt ausreichenden Einkünfte hat.“<sup>11</sup>*

Zum besseren Verständnis ein kurzes **Beispiel**:

Ausgangslage: Die Mutter hat nunmehr in der neuen Partnerschaft ein Kind geboren und ist gegenüber den beiden früheren minderjährigen Kindern zum Unterhalt verpflichtet. Sie hat sich für den Bezug von Elterngeld entschieden und bleibt für den verlängerten Elterngeldbezug zu Hause bei dem neugeborenen Kind.

Nach der Rechtsprechung des BGH liegt eine zu respektierende Rollenwahl dann vor, wenn die Mutter deutlich weniger verdient als der Vater des neuen Kindes und sich deshalb dafür entscheidet, bei dem Kind zu Hause zu bleiben. Dies gilt sogar dann, wenn es dazu führt, dass die eigenen Kinder aus der früheren Ehe aufgrund dieser Entscheidung nicht einmal den Mindestunterhalt erhalten. Auch besteht nach BGH in den **ersten beiden** Jahren keine Nebenerwerbsobliegenheit.<sup>12</sup> Der verlängerte Bezug von Elterngeld ist nicht als Obliegenheitsverletzung anzusehen.<sup>13</sup> Das Landeserziehungsgeld hat dagegen keine Lohnersatzfunktion, sodass während seines Bezugs eine bestehende Erwerbsobliegenheit nicht entfällt.

Ob daneben noch ein Anspruch auf Taschengeld besteht, dürfte m.E. abzulehnen sein. Solange der Taschengeldanspruch nicht höher ist als das zu gewährende Elterngeld, ist Letzteres wegen seiner Lohnersatzfunktion vorrangig.

Ein Taschengeldanspruch bestünde daher lediglich dann, wenn dieses über die Leistungen des Elterngeldes hinausginge.

4 BGH FamRZ 1996, 769; 2001, 614.

5 BGH FamRZ 2006, 1827; 2015, 738.

6 BGH FamRZ 1980, 43 ff.; 2006, 1827.

7 BGH FamRZ 2006, 1827.

8 BGH FamRZ 2002, 742.

9 BGH FamRZ 2002, 742; Düsseldorfer Tabelle (1.1.2017) Anm. B VI Nr. 1a; Südl. 22.1.

10 Borth, FamRZ 2015, 1079.

11 BGH, Beschl. v. 11.2.2015 – XII ZB 181/14, FamRZ 2015, 738 m. Anm. Schlecht S. 740.

12 BGH FamRZ 2015, 738 m. Anm. Schlecht S. 740; ebenso OLG Nürnberg FamRZ 2015, 933.

13 OLG Frankfurt/M. FamRZ 2014, 848.

Bei normalem Bezug (1 Jahr zumindest 300 EUR) würde dies ein einzusetzendes Einkommen des neuen Ehegatten von mindestens 6.000 EUR bedeuten (6.000 EUR x 0,05 = 300 EUR), beim verlängerten Bezug (2 Jahre 150 EUR) zumindest ein Einkommen von 3.000 EUR (3.000 EUR x 0,05 = 150 EUR).

## 2. Nach dem Bezugszeitraum von Elterngeld

Für die Zeit danach ist auf die obigen Ausführungen zur sog. Hausmann/Hausfrauen-Rechtsprechung hinzuweisen.<sup>14</sup>

Ein Elternteil, der sich wiederverheiratet, kann nach § 1356 Abs. 1 BGB im Einvernehmen mit seinem Ehegatten in der neuen Ehe die Haushaltsführung übernehmen. Diese Haushaltsführung entlastet aber nur den neuen Ehegatten und Kinder aus der neuen Ehe, nicht dagegen die Kinder und den Ehegatten aus der früheren Ehe. Soweit die Kinder rangmäßig gleichstehen (§ 1609 Nr. 1 BGB), darf sich der unterhaltspflichtige Ehegatte nicht ohne Weiteres auf die Sorge für die Mitglieder seiner neuen Familie beschränken.<sup>15</sup> Er muss seine Arbeitskraft zum Unterhalt aller Kinder einsetzen.<sup>16</sup> Der neue Ehepartner muss nach § 1356 Abs. 2 BGB auf bestehende Unterhaltsverpflichtungen Rücksicht nehmen. Die Haushaltstätigkeit des unterhaltspflichtigen Elternteils in der neuen Ehe ist daher nur hinzunehmen, wenn der neue Ehepartner ein wesentlich höheres Familieneinkommen erzielen kann<sup>17</sup> und/oder die Übernahme der Haushaltsführung und Kinderbetreuung im Vergleich zur früheren Ehe mit keinem Rollenwechsel verbunden war.<sup>18</sup>

Auch dann muss der Unterhaltsschuldner die Betreuung des Kindes aus der neuen Ehe und die Haushaltsführung auf das unbedingt notwendige Maß beschränken und im Übrigen eine Nebentätigkeit aufnehmen, um zum Unterhalt seines Kindes aus der früheren Ehe beizutragen, soweit er dadurch **nicht unverhältnismäßig belastet** wird.<sup>19</sup> Sein Selbstbehalt ist i.d.R. durch seinen das Haushaltsgeld verdienenden neuen Ehegatten gedeckt,<sup>20</sup> wobei aber im Einzelfall die Subsidiaritätshaftung zu beachten ist.<sup>21</sup> Ist der neue Ehepartner beruflich so stark belastet, dass er den Unterhaltspflichtigen nicht entlasten kann, ist zu prüfen, ob die finanziellen Mittel ausreichen, um in dieser Zeit eine Hilfe für die Kinderbetreuung zu beschäftigen.<sup>22</sup> Bei der Leistungsfähigkeit ist in diesen Fällen der Selbstbehalt nicht zu beachten, weil der notwendige Eigenbedarf nach der Rollenwahl in der neuen Ehe vom berufstätigen Ehepartner gedeckt wird, der das Haushaltsgeld verdient.<sup>23</sup>

## 3. Nach Vollendung des dritten Lebensjahres

Anders als bei §§ 1570, 1615l BGB kommt es auf die Frage des **dritten Lebensjahres** des jüngsten minderjährigen

Kindes hier unterhaltsrechtlich **nicht** an. Auch soweit eine Mutter ihr Kind, das das dritte Lebensjahr noch nicht erreicht hat, betreut und erzieht, obliegt es ihr, jedenfalls eine **halbtätige Erwerbstätigkeit auszuüben!** (Zeitraum nach Elterngeld – vor dem dritten Lebensjahr des zu betreuenden Kindes).<sup>24</sup>

## 4. Beispiele

### a) Beispiel 1

*Sachverhalt:*

Nach der Scheidung bleiben K 1 (5 J) und K 2 (3 J) bei M, der 1.200 EUR netto verdient und das Kindergeld erhält. F, die in der Ehe Hausfrau war, heiratet erneut. F ist in der zweiten Ehe Hausfrau. Ihr zweiter Ehemann Z verdient 2.700 EUR netto. M verlangt ab 1.1.2017 von F Kindesunterhalt, den F im Hinblick auf ihr fehlendes Einkommen verweigert.

- Aus ihrer zweiten Ehe entstammt ein am 1.12.2016 geborenes Kind K 3, das F betreut. F erhält 300 EUR Elterngeld.
- Wie wäre es im Fall a), wenn M 2.500 EUR netto verdient, der zweite Ehemann von F dagegen nur 1.500 EUR?
- Wie wäre es, wenn bei M drei Kinder (13 J), (8 J) und (5 J) leben und auch F vor der Entbindung 1.500 EUR verdient hat, ihr zweiter Ehemann Z 1.300 EUR? Nach der Entbindung will F zu Hause bleiben und erklärt, sie könne den Kindesunterhalt für drei Kinder nicht vollständig bezahlen.

*Lösung:*

*Zu a)*

Wegen Gleichrangigkeit von K 1, K 2 und K 3 muss F auch zum Unterhalt von K 1 und K 2 beitragen. Nach § 11 BEEG ist auch der ansonsten anrechnungsfreie Teil des Elterngeldes hier als Einkommen anzusetzen. Einer Berufstätigkeit muss

14 Siehe insoweit Handbuch des FA/FamR/Seiler, Kap. 6 Rn 399 ff.

15 BGH FamRZ 2006, 1827.

16 BGH FamRZ 2006, 1827.

17 BGH FamRZ 2006, 1827.

18 BGH FamRZ 1996, 769 ff.; 2004, 364.

19 BGH FamRZ 1996, 796 ff.; 2006, 1827 zum Hausmann; BGH FamRZ 1982, 25 ff.; 2004, 364 zur Hausfrau; Palandt/Brudermüller, § 1603 Rn 44; Klinkhammer, in: Wendl/Dose, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, 9. Aufl. 2015, § 2 Rn 275 ff.; Schwab/Borth, Handbuch des Scheidungsrechts, S. 1482 Rn 131 ff.; FAKomm-FamR/Klein, § 1603 Rn 83 ff.

20 BGH FamRZ 2001, 1065.

21 BGH FamRZ 2002, 742.

22 BGH FamRZ 2006, 1827.

23 BGH FamRZ 1986, 668, 669; 2001, 1065; 2006, 1827.

24 OLG Nürnberg FamRZ 2015, 933.

F dagegen derzeit aufgrund des Alters von K 3 nicht nachgehen. Ein Selbstbehalt ist bei ihr nicht anzusetzen, da ihr eigener Unterhalt nach der Rollenwahl in der neuen Ehe durch ihren zweiten Ehemann gedeckt ist. Das Elterngeld ist für die Ermittlung des Familienbedarfs zu berücksichtigen, da es F als Unterhaltspflichtige bezieht.

Familienbedarf: Z muss die Hälfte des gemeinsamen Einkommens verbleiben, d.h. 1.500 EUR (2.700 EUR + 300 EUR) : 2, der Eigenbedarf der F kann wegen der Ersparnis durch das Zusammenleben von 960 EUR nicht weiter herabgesetzt werden, vgl. z.B. SüdL Nr. 21.2: 1.500 EUR + 960 EUR = 2.460 EUR.

Kindesunterhalt für K 3 nach Einkommen des Ehegatten gemäß DT Gr. 4 St. 1: (394 ./ 96) 298 EUR.

Für Kindesunterhalt für K 3 haftet im Innenverhältnis der neue Ehegatte Z; dadurch reduziert sich der Familienbedarf: 2.700 EUR + 300 EUR – 298 EUR = 2.702 EUR. Z muss zumindest die Hälfte verbleiben, somit 1.351 EUR.

Der Selbstbehalt der F kann wegen der Ersparnis durch das Zusammenleben von 960 EUR nicht weiter herabgesetzt werden, vgl. z.B. SüdL Nr. 21.2: 1.351 EUR + 960 EUR = 2.311 EUR. Da das Kind K 3 von Z bedient wird, kann F das gesamte Elterngeld für den Mindestunterhalt von K 1 und K 2 einsetzen, da ihr notwendiger Selbstbehalt von 880 EUR durch Z gedeckt wird und auch nicht unterschritten wird. Damit ist F für den Mindestbetrag von  $2 \times 246$  EUR (Gr. 1 St. 1 der DT: 342 EUR – 96 EUR) allerdings nur teilweise leistungsfähig. Nach BGH XII ZB 181/14<sup>25</sup> muss sie nur ihr Elterngeld einsetzen – hier die 300 EUR. Im Übrigen ist sie nicht leistungsfähig. Da sie auch in der ersten Ehe als Hausfrau zu Hause war und der neue Ehegatte eine berufliche Stelle innehat, ist die Rollenwahl auch zu respektieren.

Insoweit stehen je Kind (K 1 und K 2) 150 EUR zur Verfügung.

#### Zu b)

Subsidiaritätshaftung von M für Unterhalt K 1 und K 2, da sein angemessener Selbstbehalt (1.200 EUR) auch bei Leistung des Barunterhalts für K 1 und K 2 ( $2 \times 246$  EUR = 492 EUR) gesichert bleibt: 2.500 EUR – 492 EUR = 2.008 EUR.

Bei F wäre dagegen auch bei Berücksichtigung des Elterngeldes der angemessene Selbstbehalt (1.200 EUR) nicht gewahrt (Familienbedarf: 1.200 EUR – da mehr als die Hälfte = 1.200 EUR + 960 EUR (vgl. SüdL Nr. 22.1, DT (1.1.2017) Anm. B VI Nr. 1a) + 246 EUR = 2.406 EUR; 1.500 EUR + 300 EUR = 1.800 EUR, d.h. weniger).

#### Zu c)

Der Anspruch auf Elterngeld besteht für F i.H.v. 1.005 EUR (1.500 EUR  $\times$  0,67) gemäß § 2 BEEG.

Der Mindestunterhalt für drei Kinder beträgt 246 EUR + 297 EUR + 361 EUR (Gr. 1 St. 1 der DT: 342 EUR – 96 EUR + Gr. 1 St. 2 der DT: 393 EUR – 96 EUR + Gr. 1 St. 3 der DT: 460 EUR – 99 EUR) = 904 EUR. Insoweit ist die F nicht leistungsfähig.

Nach BGH XII ZB 181/14<sup>26</sup> müsste sie ihr Elterngeld einsetzen – hier die 1.005 EUR. Im Übrigen wäre sie nicht leistungsfähig. Allerdings ist im Hinblick auf das geringe Einkommen des Z (1.300 EUR), von dem ihm zumindest 1.200 EUR bleiben müssen, ihr Selbstbehalt nur um maximal 100 EUR zu kürzen. Der geringere Selbstbehalt von 960 EUR darf aber nicht unter 880 EUR gekürzt werden, so dass ihr für den Unterhalt nur 1.005 EUR – 880 EUR, d.h. 125 EUR verbleiben. Da sie aber eine bessere berufliche Stelle innehat als der neue Ehegatte, ist die Rollenwahl nicht zu respektieren. Die F kann sich nicht auf ihre Rollenwahl berufen.

Allerdings wäre sie auch für den Fall, dass sie arbeiten würde, nur i.H.v. 420 EUR leistungsfähig, wobei noch zu berücksichtigen ist, dass sie für den Barunterhalt des neu geborenen Kindes i.H.v. 246 EUR (Gr. 1 St. 1 der DT: 342 EUR – 96 EUR) haften müsste. Insoweit wäre auch danach eine Mangelfallberechnung notwendig.

#### b) Beispiel 2

##### Sachverhalt:

M und F haben zusammen ein nichteheliches Kind NK, welches bei M lebt. F hat aus einer früheren Ehe zwei Kinder KF 1 und KF 2, die keinen Unterhalt (auch keine UVG-Leistungen) mehr erhalten. M ist inzwischen mit Ehefrau E verheiratet, die die gemeinsamen Kinder KM 1 und KM 2 betreut und nicht erwerbstätig ist. F ist nunmehr in zweiter Ehe mit Ehemann W verheiratet, der selbst verwitwet war und aus der vorherigen Ehe zwei Kinder, KW 1 und KW 2, hat.

NK ist geboren am 7.7.2009 (7 J); KF 1 ist geboren am 10.10.2002 (14 J); KF 2 ist geboren am 9.9.2003 (13 J), KM 1 ist geboren am 4.9.2013 (3 J); KM 2 ist geboren am 1.2.2015 (2 J); KW 1 ist geboren am 6.6.2009 (7 J); KW 2 ist geboren am 8.8.2013 (3 J).

M hat ein monatliches Nettoeinkommen von 1.600 EUR, die E ist nicht berufstätig und kümmert sich um die Kinder KM 1 und KM 2. F arbeitet 75 %, verdient 1.200 EUR – im Falle der vollen Berufstätigkeit könnte sie 1.600 EUR verdienen – und kümmert sich um die Kinder KF 1 und KF 2 sowie die Kinder KW 1 und KW 2 des neuen Ehemannes W, der selbst voll berufstätig ist und 1.600 EUR verdient.

<sup>25</sup> BGH FamRZ 2015, 738 m. Anm. *Schlecht* S. 740.

<sup>26</sup> BGH FamRZ 2015, 738 m. Anm. *Schlecht* S. 740.

M ist der Auffassung, die F könne Vollzeit arbeiten und 1.600 EUR verdienen. Dann sei sie auch in der Lage, den Mindestunterhalt für NK zu bezahlen.

**Lösung:**

Der Mindestunterhalt 100 % für die einzelnen Kinder beträgt wie folgt:

NK, geb. 7.7.2009 (7 J)	393 EUR – 96 EUR = 297 EUR
KF 1, geb. 10.10.2002 (14 J)	460 EUR – 96 EUR = 364 EUR
KF 2, geb. 9.9.2003 (13 J)	460 EUR – 96 EUR = 364 EUR
KM 1, geb. 4.9.2013 (3 J)	342 EUR – 96 EUR = 246 EUR
KM 2, geb. 1.2.2015 (2 J)	342 EUR – 96 EUR = 246 EUR
KW 1, geb. 6.6.2009 (7 J)	393 EUR – 96 EUR = 297 EUR
KW 2, geb. 8.8.2013 (3 J)	342 EUR – 96 EUR = 246 EUR

**1. Schritt:**

Fraglich ist, ob F in der Lage ist, den Mindestunterhalt für NK zu leisten und ob sie verpflichtet ist, über die 75 % hinaus vollschichtig zu arbeiten.

Zunächst hat F für den Unterhalt von KF 1, KF 2 und NK aufzukommen, insgesamt also für NK (297 EUR), für KF 1 (364 EUR) und für KF 2 (364 EUR), somit i.H.v. 1.025 EUR.

**2. Schritt:**

Einkommen F: 1.200 EUR – wegen des Zusammenlebens mit dem neuen Ehemann W ist der Ehegattenunterhalt auf 960 EUR herabzusetzen. Da es um den Mindestunterhalt für ein minderjähriges Kind geht, ist vom Mindestselbstbehalt auszugehen (1.080 EUR). Dieser kann aber auch im Falle des Zusammenlebens mit einem neuen Ehemann nicht unter 880 EUR gekürzt werden, sodass F 1.200 EUR – 880 EUR = 320 EUR für den Unterhalt zur Verfügung stehen. Es liegt ein absoluter Mangelfall vor.

Fraglich ist, ob ihr Selbstbehalt weiter gekürzt werden kann, weil W den Ehegattenbedarf durch sein Einkommen mit decken kann.

Hierzu müssen die Verpflichtungen auch des W betrachtet werden:

W verdient in Vollzeit 1.600 EUR. Hiervon ist der Unterhalt für seine beiden Kinder KW 1 und KW 2 abzuziehen.

Der Unterhalt für KW 1 beträgt 297 EUR, der für KW 2 246 EUR, mithin insgesamt 643 EUR, sodass W lediglich noch 957 EUR verbleiben. Er kann somit nichts zum Ehegattenbedarf der F beisteuern.

**3. Schritt:**

Fraglich bleibt, ob die F nicht verpflichtet ist, Vollzeit zu arbeiten. Dann könnte sie zumindest 1.600 EUR verdienen, sodass F wenigstens 720 EUR für den Kindesunterhalt zur Verfügung stünden.

Hier muss eine Gesamtabwägung vorgenommen werden: Für eine Vollerwerbspflicht spricht: Es liegt kein Fall einer zu respektierenden Rollenwahl vor, da der W nicht mehr verdient, als die F in Vollzeit verdienen würde. Es geht um den Mindestunterhalt für minderjährige Kinder.

Dagegen spricht: Zwei von den minderjährigen Kindern der F leben bei F, die diese auch noch betreut. Insgesamt leben im Haushalt der F (zusammen mit W) vier Kinder, welche von F versorgt werden; W arbeitet in Vollzeit (anderes könnte evtl. dann gelten, wenn W weniger als F in Vollzeit verdienen würde – ggf. müsste sich dieser dann um die Kinder kümmern).

Insoweit ist m.E. auch unter Berücksichtigung der Versorgung aller Kinder die Erwerbstätigkeit mit 75 % noch angemessen (a.A. ist aber vertretbar).

Verteilung des Unterhalts: 320 EUR von 1.025 EUR = 31 % **NK erhält daher: 92 EUR.**

**II. Wechselwirkungen mit §§ 1570, 1615I BGB**

In welchem Verhältnis stehen die Verpflichtungen innerhalb der neuen Ehe/Partnerschaft (ggf. auch mit einem Anspruch auf Elterngeld) zum Unterhaltsanspruch der früheren Ehefrau gemäß § 1570 Abs. 1 BGB?

**1. Im Bezugszeitraum von Elterngeld**

Zunächst stellt sich die Frage, ob sich der unterhaltspflichtige Ehegatte gegenüber seinem früheren Ehegatten auf eine eingeschränkte oder fehlende Leistungsfähigkeit berufen kann, wenn er nunmehr im Rahmen einer neuen Beziehung ein weiteres Kind hat und insoweit Unterhaltspflichten gegenüber dem neuen Kind und der neuen Ehefrau/nichtehelichen Mutter bestehen. Fraglich ist weiter, ob er selbst den Bezug von Elterngeld in der neuen Beziehung wählen kann und ob der Ansatz des reduzierten Einkommens vom früheren unterhaltsberechtigten Ehegatten hinzunehmen ist.

Grundsätzlich sind zunächst die vorrangigen Unterhaltspflichten gegenüber minderjährigen Kindern zu erfüllen.

Ausgangspunkt ist hier sicherlich die Wertung aus der Entscheidung des BGH zum Kindesunterhalt (Mindestunterhalt, BGH – XII ZB 181/14 – s.o.).<sup>27</sup>

Nach dieser Entscheidung hat der unterhaltsberechtigte Ehegatte in den Fällen, in denen die Rollenwahl des Elterngeld beziehenden, unterhaltspflichtigen Elternteils zu akzeptieren ist, keinen Anspruch mehr auf naheheiligen Unterhalt, sofern das dann noch vorhandene Ein-

<sup>27</sup> BGH FamRZ 2015, 738 m. Anm. *Schlecht* S. 740.

kommen nicht genügt, um den Unterhaltsanspruch zu befriedigen. Maßgeblich ist damit nur das durch Elterngeld bezogene Einkommen.<sup>28</sup>

Interessant sind die Fälle, in denen die Rollenwahl nicht zu akzeptieren ist, weil derjenige Elternteil, der Elterngeld bezieht, entweder gleich viel oder sogar ein höheres Einkommen erzielt als der andere, neue Ehegatte und Elternteil.

Im Gegensatz zum Kindesunterhalt für einen Minderjährigen (Rang: § 1609 Nr. 1 BGB) steht der Unterhaltsanspruch des unterhaltsberechtigten Ehegatten gemäß § 1570 BGB im Rang des § 1609 Nr. 2 BGB.

Dies muss sich auf die Frage der zu treffenden Rollenwahl und auf den Bezug von Elterngeld auswirken.

Fraglich ist, ob die getroffene Entscheidung, Elterngeld zu beziehen, vom unterhaltsberechtigten früheren Ehegatten hingenommen werden muss oder ob eine zusätzliche Erwerbsverpflichtung des betreuenden Elternteils angenommen werden kann – alternativ, dass fiktiv das frühere Einkommen weiter angesetzt wird.

Dafür, dass der frühere Ehegatte die getroffene Entscheidung des Unterhaltspflichtigen hinnehmen muss, spricht, dass der Gesetzgeber mit der Bezugsmöglichkeit von Elterngeld den Eltern dieses Wahlrecht an die Hand gegeben hat. Ziel war es auch, einerseits den erwerbstätigen (vor allem) Vätern (aber auch den Müttern) die Möglichkeit zu geben, an der Kindererziehung teilzuhaben und sich insoweit in die Familie einzubringen, andererseits den (vor allem) Müttern einen schnelleren Wiedereinstieg in den Beruf zu ermöglichen, indem der andere Ehegatte durch den Bezug von Elterngeld die dafür notwendige Entlastung im Rahmen der Haushaltsführung mit dem Kind erbringt.

Eine weitergehende Erwerbstätigkeit kann von dem Elterngeld beziehenden Elternteil während des Bezugszeitraums von Elterngeld nicht verlangt werden. Gilt dies nach Ansicht des Bundesgerichtshofs schon beim Mindestunterhalt für ein minderjähriges Kind, muss es erst recht beim Ehegattenunterhalt gelten. Somit kann der Bezug von Elterngeld nicht mit einer zusätzlichen Erwerbsverpflichtung verknüpft werden.

Für den Ansatz eines fiktiven Einkommens spricht, dass andernfalls dem Missbrauch Tür und Tor geöffnet werden, indem während des Bezugszeitraums von Elterngeld der besserverdienende Ehegatte sich auf den Bezug von Elterngeld beschränkt und damit für den Unterhaltsanspruch des früheren Ehegatten nicht mehr leistungsfähig ist.

*Klinkhammer*<sup>29</sup> sieht in diesen Fällen eine konkrete Einzelfallbetrachtung vor, in der die Interessen des Unterhaltsberechtigten und des Unterhaltsverpflichteten ab-

gewogen werden müssen. Hilfreich ist es, wenn die Unterhaltsansprüche, die sich unter Bezug von Elterngeld ergeben (zu berücksichtigende Rollenwahl), mit dem Unterhaltsanspruch bei einer weiteren Vollerwerbstätigkeit des Unterhaltspflichtigen verglichen werden.

Da die bisherige Ehefrau und die neue Ehefrau im selben Rang sind (§ 1609 Nr. 2 BGB), kann von der neuen Ehefrau F mehr Rücksicht verlangt werden.

## 2. Nach dem Bezugszeitraum von Elterngeld

Mit Ablauf des Bezugszeitraums von Elterngeld ist zumindest eine teilweise Erwerbstätigkeit zuzumuten. Insoweit kann zumindest eine teilweise Erwerbstätigkeit des betreuenden Elternteils erwartet werden, so dass dieser – selbst bei berechtigtem Bezug von Elterngeld – teilweise eine Erwerbstätigkeit aufnehmen muss. Auch hier ist zu beachten, dass die neue Ehefrau und die bisherige Ehefrau im selben Rang sind.

Insoweit kann auf die Rechtsprechung des OLG Nürnberg Bezug genommen werden, wengleich diese Entscheidung den Mindestunterhalt für ein minderjähriges Kind betraf.<sup>30</sup>

Auch soweit eine Mutter ihr Kind, das das dritte Lebensjahr noch nicht erreicht hat, betreut und erzieht, obliegt es ihr, jedenfalls eine halbtägige Erwerbstätigkeit auszuüben! (Zeitraum nach Elterngeld – vor dem dritten Lebensjahr des zu betreuenden Kindes)

## 3. Nach Vollendung des dritten Lebensjahres

Hat das letzte Kind aus der neuen Beziehung auch schon das dritte Lebensjahr vollendet, so besteht entsprechend der Wertung der §§ 1570, 1615I BGB eine Vollerwerbspflicht, sofern nicht kind- oder elternbezogene Gründe ausnahmsweise entgegenstehen.

## III. Wechselwirkungen mit §§ 1571 ff. BGB

### 1. Im Bezugszeitraum von Elterngeld

In den Fällen, in denen der unterhaltsberechtigte Ehegatte seinen Unterhaltsanspruch auf §§ 1571 ff. BGB stützt, hat er die Rollenwahl des Elterngeld beziehenden,

<sup>28</sup> In diese Richtung *Klinkhammer*, in: Wendl/Dose, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, 9. Aufl. 2015, § 2 Rn 276 m.w.N., insbesondere unter Bezugnahme auf BGH FamRZ 1996, 796. Zu beachten ist allerdings, dass § 1609 BGB a.F. noch von einer Gleichwertigkeit des Anspruchs auf Kindesunterhalt und von Betreuungsunterhalt ausging!

<sup>29</sup> *Klinkhammer*, in: Wendl/Dose, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, 9. Aufl. 2015, § 2 Rn 294.

<sup>30</sup> OLG Nürnberg FamRZ 2015, 933.