



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

XII ZB 599/13

in der Familiensache

Verkündet am:
5. November 2014
Küpferle
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB §§ 1603 Abs. 2, 1606 Abs. 3

- a) Die im Rahmen eines Wechselmodells von einem Elternteil geleistete Kinderbetreuung kann nicht zur Befreiung von seiner Barunterhaltspflicht führen.
- b) Im Fall des Wechselmodells haben beide Elternteile für den Barunterhalt einzustehen. Der Unterhaltsbedarf bemisst sich nach dem beiderseitigen Einkommen der Eltern und umfasst außerdem die infolge des Wechselmodells entstehenden Mehrkosten (vor allem Wohn- und Fahrtkosten).
- c) Ob ein Elternteil die Hauptverantwortung für ein Kind trägt und damit seine Unterhaltspflicht im Sinne des § 1606 Abs. 3 Satz 2 BGB bereits durch Erziehung und Pflege erfüllt, ist eine Frage tatrichterlicher Würdigung. Dabei kommt der zeitlichen Komponente der von ihm übernommenen Betreuung zwar eine Indizwirkung zu, ohne dass sich allerdings die Beurteilung allein hierauf zu beschränken braucht (im Anschluss an Senatsbeschluss vom 12. März 2014 - XII ZB 234/13 - FamRZ 2014, 917).

BGH, Beschluss vom 5. November 2014 - XII ZB 599/13 - OLG Bremen
AG Bremen-Blumenthal

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. November 2014 durch den Vorsitzenden Richter Dose und die Richter Dr. Klinkhammer, Schilling, Dr. Nedden-Boeger und Guhling

für Recht erkannt:

Die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluss des 4. Zivilsenats - Senat für Familiensachen - des Hanseatischen Oberlandesgerichts Bremen vom 17. Mai 2013 wird auf Kosten des Antragsgegners zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Gründe:

I.

- 1 Die Antragstellerin macht als Trägerin der Unterhaltsvorschusskasse Kindesunterhalt aus übergegangenem Recht gegen den Antragsgegner geltend.
- 2 Der Antragsgegner ist der Vater der minderjährigen Kinder F. (geb. im November 2004) und J. (geb. im November 2006). Seine Ehe mit der Mutter ist inzwischen geschieden. Die Antragstellerin erbringt für die Kinder seit Januar 2011 Unterhaltsvorschussleistungen.

3 Der 1968 geborene Antragsgegner ist Diplom-Ökonom und war in der Vergangenheit mit verschiedenen Unternehmen, unter anderem als Wirtschaftsberater und Versicherungsmakler, selbständig. Über das Vermögen mehrerer Unternehmen wurden von 2009 bis 2011 wie auch anschließend über das Privatvermögen des Antragsgegners Insolvenzverfahren eröffnet. Der Antragsgegner übte zuletzt eine Erwerbstätigkeit in einem Call-Center im Umfang von 30 Wochenstunden und mit einem monatlichen Bruttogehalt von 1.150 € aus. Zur Zeit ist er arbeitslos. Nach einer von den Eltern getroffenen Vereinbarung betreut der Antragsgegner die Kinder an sechs von 14 Tagen. Zwischen den Beteiligten ist streitig, ob die Voraussetzungen eines Wechselmodells erfüllt sind.

4 Die Antragstellerin hat für die Kinder beginnend ab Juli 2011 den Mindestunterhalt geltend gemacht, jeweils abzüglich des vollen Kindergelds, das die Mutter bezieht. Das Amtsgericht hat den Antragsgegner antragsgemäß zum Unterhalt verpflichtet. Auf die Beschwerde des Antragsgegners hat das Oberlandesgericht den monatlichen Unterhalt für die Zeit von Juli 2011 bis Oktober 2012 auf 97 € für F. und 72 € für J. festgesetzt, für November und Dezember 2012 auf je 85 € und für die Zeit ab Januar 2013 auf je 60 €.

5 Dagegen wendet sich der Antragsgegner mit seiner - zugelassenen - Rechtsbeschwerde, mit welcher er die Abweisung der Unterhaltsanträge erstrebt.

II.

6 Die Rechtsbeschwerde hat keinen Erfolg.

- 7 1. Nach Auffassung des Oberlandesgerichts ist der Antragsgegner allerdings für den Mindestunterhalt der Kinder nicht hinreichend leistungsfähig. Die vom Antragsgegner erhobenen Einwände, er sei wegen des nach seinem Vortrag praktizierten Wechselmodells überhaupt nicht barunterhaltspflichtig und im Übrigen jedenfalls vollständig leistungsunfähig, seien aber nicht begründet.
- 8 Ein Wechselmodell liege nur bei einer (fast) hälftigen Teilung der Kindesbetreuung vor, während der zeitlichen Komponente nur indizielle Bedeutung dafür zukomme, ob ein Elternteil die Hauptverantwortung für ein Kind trage. Für die restriktive Annahme eines Wechselmodells sprächen auch verfahrensökonomische Erwägungen. Die Annahme eines Wechselmodells habe nämlich zur Folge, dass kein Elternteil das Kind mehr im Sinn von § 1629 Abs. 2 Satz 2 BGB in Obhut habe und zur Geltendmachung des Kindesunterhalts ein Pfleger bestellt werden müsste. Auch der Bezug von Unterhaltsvorschussleistungen sei dann nicht möglich, außerdem seien Schwierigkeiten bei der Bezugsberechtigung für das Kindergeld zu erwarten. Hinzu kämen Ungewissheiten und Unklarheiten bei der Berechnung des Kindesunterhalts, weil nun beide Eltern barunterhaltspflichtig seien, ein Mehrbedarf wegen des mit dem Wechselmodell verbundenen erhöhten Aufwands hinzugerechnet werden müsse und der Barunterhalt sich wegen der als Naturalleistung erbrachten Betreuung mindere. Die großzügige Annahme eines Wechselmodells könne zu einem Rückgang der Bereitschaft zur Einräumung weitreichender Umgangskontakte führen. Dagegen könne ein Mehraufwand, der dem Kindesvater aufgrund des erhöhten Betreuungsaufwands anfalle, auch bei enger Auslegung des Wechselmodellbegriffs berücksichtigt werden. Das ermögliche eine großzügigere unterhaltsrechtliche Berücksichtigung von Mehrkosten, welche allerdings konkret geltend zu machen seien.

9 Im vorliegenden Fall sei ein Wechselmodell nicht gegeben. Dabei sei nicht auf die vom Antragsgegner aufgestellte stunden- bzw. minutengenaue Berechnung der Betreuungsanteile abzustellen. Dadurch werde eine Exaktheit suggeriert, die mit der Lebenswirklichkeit wenig zu tun haben dürfte. Es sei auch nicht zu berücksichtigen, ob die Betreuung an Werktagen oder Feiertagen erfolge, weil anderenfalls eine Unterhaltsberechnung für die Zukunft nicht möglich sei. Die seit der Trennung praktizierte Kinderbetreuung an sechs von 14 Tagen bedeute einen Betreuungsanteil des Antragsgegners von 43%. Da somit der Anteil der Mutter 57% betrage, liege der Schwerpunkt der Betreuung weiterhin bei dieser.

10 Dem Antragsgegner sei ein fiktives Einkommen zuzurechnen, weil er seine erhöhte Erwerbsobliegenheit nicht erfüllt habe. Allerdings sei er auch aufgrund dessen nur zur Zahlung eines Teils des Mindestunterhalts in der Lage. In Anbetracht der zu berücksichtigenden Betreuungszeiten sei dem Antragsgegner neben der Tätigkeit im Umfang von 30 Wochenstunden entsprechend seiner früheren Tätigkeit im Call-Center eine zusätzliche Tätigkeit an Montag- und Dienstagvormittagen zumutbar, aus der er weitere 295 € und insgesamt mithin ein monatliches Nettoeinkommen von 1.173 € erzielen könne. Abzüglich der Kosten einer Monatskarte für öffentliche Verkehrsmittel belaufe sich das erzielbare bereinigte Einkommen auf 1.119 €. Mehrkosten des Antragsgegners wegen der von ihm übernommenen Kindesbetreuung seien davon nicht abzuziehen. Denn der Antragsgegner habe zu solchen Kosten trotz mehrerer Hinweise nichts vorgetragen und damit auch eine großzügige Schätzung eventueller Mehrkosten nicht ermöglicht.

11 2. Das hält rechtlicher Nachprüfung stand.

12 Der Antragsgegner ist seinen Kindern zumindest im zugesprochenen Umfang nach § 1601 BGB zum Barunterhalt verpflichtet. Die Ansprüche der Kinder sind nach § 7 Abs. 1 Satz 1 UVG kraft Gesetzes auf die Antragstellerin übergegangen.

13 a) Die Antragstellerin verfolgt lediglich den Mindestunterhalt nach § 1612 a Abs. 1 BGB, so dass der Unterhaltsbedarf der Kinder nach § 1610 BGB keine besondere Darlegung erfordert (vgl. Wendl/Klinkhammer Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis 8. Aufl. § 2 Rn. 224). Die Unterhaltsbedürftigkeit der Kinder nach § 1602 BGB steht außer Streit.

14 Nach den insoweit nicht angegriffenen Feststellungen des Oberlandesgerichts ist der Antragsgegner im Rahmen der gesteigerten Unterhaltspflicht nach § 1603 Abs. 2 BGB unter Wahrung des hierfür von der Düsseldorfer Tabelle und den Leitlinien der Oberlandesgerichte ausgewiesenen notwendigen Selbstbehalts (bis Dezember 2012: 950 €, ab Januar 2013: 1.000 €) im Umfang der zugesprochenen Beträge leistungsfähig. Dass das Oberlandesgericht trotz gesteigerter Unterhaltspflicht keine zusätzliche, über den Umfang einer vollschichtigen Tätigkeit hinausgehende Nebentätigkeit des Antragsgegners für erforderlich gehalten hat (vgl. Senatsbeschlüsse vom 22. Januar 2014 - XII ZB 185/12 - FamRZ 2014, 637 Rn. 18 und vom 24. September 2014 - XII ZB 111/13 - juris Rn. 19, 23), nimmt auf die vom Antragsgegner geleistete Kinderbetreuung Rücksicht und ist - abgesehen davon, dass dies für den Antragsgegner günstig ist - aus Rechtsgründen daher nicht zu beanstanden.

15 b) Der Antragsgegner wird nach § 1606 Abs. 3 BGB jedenfalls von einem Unterhalt in der zugesprochenen Höhe nicht befreit.

16

aa) Eine Befreiung vom Barunterhalt nach § 1606 Abs. 3 Satz 2 BGB ist nicht eingetreten. Das gilt unabhängig davon, ob die Eltern ein Wechselmodell praktizieren. Denn bei einem Wechselmodell wird kein Elternteil vom Barunterhalt für das Kind befreit.

17 Nach § 1606 Abs. 3 Satz 2 BGB erfüllt der Elternteil, der ein minderjähriges unverheiratetes Kind betreut, seine Verpflichtung, zum Unterhalt des Kindes beizutragen, in der Regel durch die Pflege und die Erziehung des Kindes. Die gesetzliche Regelung betrifft den Fall des sogenannten Residenzmodells und der damit verbundenen herkömmlichen Aufteilung von Erwerbstätigkeit und Kinderbetreuung. Sie stellt den kinderbetreuenden Elternteil in diesem Fall vom Barunterhalt frei. Entgegen der vom Antragsgegner in den Vorinstanzen vertretenen Auffassung kann hingegen die im Rahmen eines Wechselmodells geleistete Kinderbetreuung nicht zur Befreiung von seiner Barunterhaltspflicht führen. Dies muss schon deshalb gelten, weil anderenfalls beide Elternteile vom Barunterhalt befreit wären, obwohl nur der Betreuungsbedarf des Kindes gedeckt wäre. Demgegenüber bliebe der in § 1612 a Abs. 1 BGB und den Sätzen der Düsseldorfener Tabelle ausgewiesene sächliche (Regel-)Bedarf offen.

18 Das Oberlandesgericht hat daher zu Recht hervorgehoben, dass im Fall des Wechselmodells beide Elternteile für den Barunterhalt einzustehen haben. Der Unterhaltsbedarf bemisst sich in diesem Fall nach dem beiderseitigen Einkommen der Eltern und umfasst neben dem sich daraus ergebenden - erhöhten - Bedarf insbesondere die Mehrkosten des Wechselmodells (vor allem Wohn- und Fahrtkosten), so dass der von den Eltern zu tragende Bedarf regelmäßig deutlich höher liegt als beim herkömmlichen Residenzmodell.

19 bb) Das Oberlandesgericht hat ein Wechselmodell zu Recht verneint und demzufolge auch eine Reduzierung der Unterhaltspflicht des Antragsgegners wegen anteiliger Haftung der Mutter nach § 1606 Abs. 3 Satz 1 BGB abgelehnt.

20 (1) Nach der Rechtsprechung des Senats ist die auf dem Residenzmodell beruhende und § 1606 Abs. 3 BGB tragende gesetzliche Beurteilung solange nicht in Frage zu stellen, wie das deutliche Schwergewicht der Betreuung bei einem Elternteil liegt. Denn dann ist die Annahme gerechtfertigt, dass dieser Elternteil die Hauptverantwortung für das Kind trägt und dadurch den Betreuungsunterhalt leistet, während der andere Elternteil - auf der Grundlage nur seiner eigenen wirtschaftlichen Verhältnisse - zum Barunterhalt verpflichtet ist. Deshalb ändert sich an der aus dem Schwergewicht der Betreuung durch einen Elternteil folgenden Aufteilung zwischen Bar- und Betreuungsunterhalt nichts, wenn der barunterhaltspflichtige Elternteil seinerseits Betreuungs- und Versorgungsleistungen erbringt, selbst wenn dies im Rahmen eines über das übliche Maß hinaus wahrgenommenen Umgangsrechts erfolgt, dessen Ausgestaltung sich bereits einer Mitbetreuung annähert. Wenn und soweit der andere Elternteil gleichwohl die Hauptverantwortung für ein Kind trägt, muss es dabei bleiben, dass dieser Elternteil seine Unterhaltspflicht im Sinne des § 1606 Abs. 3 Satz 2 BGB durch die Pflege und Erziehung des Kindes erfüllt (Senatsbeschluss vom 12. März 2014 - XII ZB 234/13 - FamRZ 2014, 917 Rn. 28; Senatsurteile vom 21. Dezember 2005 - XII ZR 126/03 - FamRZ 2006, 1015, 1017 und vom 28. Februar 2007 - XII ZR 161/04 - FamRZ 2007, 707 Rn. 16; aA Schürmann FamRZ 2014, 921; Sünderhauf NZFam 2014, 585).

21 Anders ist es nur zu beurteilen, wenn die Eltern sich in der Betreuung eines Kindes abwechseln, so dass jeder von ihnen etwa die Hälfte der Versorgungs- und Erziehungsaufgaben wahrnimmt (Senatsbeschluss vom 12. März

2014 - XII ZB 234/13 - FamRZ 2014, 917 Rn. 29). Ob ein Elternteil die Hauptverantwortung für ein Kind trägt und damit seine Unterhaltspflicht im Sinne des § 1606 Abs. 3 Satz 2 BGB bereits durch Erziehung und Pflege erfüllt, ist eine Frage tatrichterlicher Würdigung. Dabei kommt der zeitlichen Komponente der von ihm übernommenen Betreuung zwar eine Indizwirkung zu, ohne dass sich allerdings die Beurteilung allein hierauf zu beschränken braucht (Senatsbeschluss vom 12. März 2014 - XII ZB 234/13 - FamRZ 2014, 917 Rn. 30 mwN).

22 Ergibt sich hingegen auch bei annähernd hälftiger Mitbetreuung ein deutliches Schwergewicht der Betreuungsverantwortung bei einem Elternteil, so ist von der regelmäßigen gesetzlichen Verteilung der Unterhaltsanteile nach § 1606 Abs. 3 Satz 2 BGB auszugehen. Der den anderen Elternteil infolge des erweiterten Umgangsrechts treffenden finanziellen Mehrbelastung kann dadurch Rechnung getragen werden, dass im Hinblick auf die von ihm getätigten Aufwendungen eine Herabstufung um eine oder mehrere Einkommensgruppen der Düsseldorfer Tabelle erfolgt. Der Unterhalt kann zudem weitergehend gemindert sein, wenn der barunterhaltspflichtige Elternteil dem Kind im Zuge seines erweiterten Umgangsrechts Leistungen erbringt, mit denen er den Unterhaltsbedarf des Kindes auf andere Weise als durch Zahlung einer Geldrente teilweise deckt (Senatsbeschluss vom 12. März 2014 - XII ZB 234/13 - FamRZ 2014, 917 Rn. 37 f.).

23 (2) Dass das Oberlandesgericht im vorliegenden Fall ein Wechselmodell verneint hat, steht mit den aufgeführten Grundsätzen im Einklang.

24 Aufgrund der Betreuung der unterhaltsberechtigten Kinder durch den Antragsgegner an sechs von 14 Tagen hat das Oberlandesgericht übereinstimmend mit dem Amtsgericht den Schwerpunkt noch auf Seiten der Mutter gese-

hen. Es hat dabei maßgeblich auf die entsprechende Vereinbarung der Eltern abgestellt. Dies entspricht der Rechtsprechung des Senats und ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

25 Die von der Rechtsbeschwerde erhobene Rüge, der Antragsgegner habe durch detaillierte Berechnung dargelegt, dass sein Betreuungsanteil nicht bei 43%, sondern bei 46,67% liege, vermag einen Verfahrensfehler nicht aufzuzeigen. Denn das Oberlandesgericht ist insoweit übereinstimmend mit dem Amtsgericht davon ausgegangen, dass die vom Antragsgegner vorgetragenen Zeiten auf vorübergehenden Abweichungen beruhten, die sich etwa aus beruflich stärkerer Belastung eines Elternteils ergaben, und eine Orientierung an der von den Eltern getroffenen Vereinbarung, die bewusst nicht auf genau hälftige Anteile ausgerichtet gewesen sei, nicht in Frage stellen. Das hält sich im Rahmen zulässiger tatrichterlicher Würdigung und ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

26 (3) Im Übrigen dürfte auch ein unterstelltes Wechselmodell den Antragsgegner nicht weiter entlasten, als ihm infolge der Unterhaltskürzung wegen eingeschränkter Leistungsfähigkeit bereits zugutegekommen ist. Zwar hat das Oberlandesgericht keine Feststellungen zu den Einkommens- und Vermögensverhältnissen der Mutter getroffen. Es ist aber davon ausgegangen, dass auf Seiten des Antragsgegners die gesteigerte Unterhaltspflicht nach § 1603 Abs. 2 BGB eingreift, was wiederum voraussetzt, dass die Mutter kein anderer unterhaltspflichtiger Verwandter im Sinne von § 1603 Abs. 2 Satz 3 Halbsatz 1 BGB ist (vgl. Senatsbeschluss vom 10. Juli 2013 - XII ZB 297/12 - FamRZ 2013, 1558 Rn. 26 mwN). Da der Antragsgegner aufgrund der angefochtenen Entscheidung für die Zeit bis Dezember 2012 nur rund ein Drittel und für die Folgezeit sogar unter einem Viertel des gesetzlichen Mindestunterhalts zu tragen hat,

dürfte sich demnach aus einem - unterstellten - Wechselmodell kein geringerer Unterhaltsanteil des Antragsgegners ergeben.

27 c) Eine teilweise Erfüllung des Barunterhaltsanspruchs hat das Oberlandesgericht zu Recht mangels konkreten Vorbringens des Antragsgegners verneint.

28 Durch die von ihm übernommene Kinderbetreuung konnte eine Teilerfüllung abweichend von der vom Oberlandesgericht insoweit zum Wechselmodell angestellten Überlegung von vornherein nicht eintreten, weil mit dem Mindestunterhalt nach § 1612 a Abs. 1 BGB lediglich der sächliche Bedarf geltend gemacht wird, der vom Betreuungsbedarf zu unterscheiden ist (vgl. § 32 Abs. 6 Satz 1 EStG sowie Wendl/Scholz, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis 8. Aufl. § 2 Rn. 19).

29 d) Das Oberlandesgericht ist schließlich zutreffend von einem gesetzlichen Übergang des Anspruchs auf die Antragstellerin nach § 7 Abs. 1 UVG ausgegangen. Dass der Unterhaltsanspruch wegen Verletzung der Erwerbsobliegenheit aufgrund fiktiven Einkommens bemessen worden ist, hindert den Anspruchsübergang nach der Rechtsprechung des Senats nicht (Senatsurteile

vom 27. September 2000 - XII ZR 174/98 - FamRZ 2001, 619 und vom
14. März 2001 - XII ZR 57/99 - JAmt 2001, 241).

Dose

Klinkhammer

Schilling

Nedden-Boeger

Guhling

Vorinstanzen:

AG Bremen-Blumenthal, Entscheidung vom 28.11.2012 - 76 F 343/12 -

OLG Bremen, Entscheidung vom 17.05.2013 - 4 UF 9/13 -