



## Beistandschaftstag 2019

Arbeitsgruppe 3, Petra Birnstengel

Wechselmodell und Unterhalt – Bedeutung im Arbeitsalltag der Fachkraft Beistandschaft

<b>1</b>	<b>Neuere Entwicklungen in Fachwelt und Politik in 2019? .....</b>	<b>2</b>
<b>2</b>	<b>Begriffsklärung.....</b>	<b>5</b>
<b>3</b>	<b>Rechtsprechung zum Unterhaltsrecht bzw zum Vorliegen von WeMo in Abgrenzung zu erweitertem Umgang.....</b>	<b>6</b>
<b>4</b>	<b>Verfahrensrecht.....</b>	<b>12</b>
	4.1 Einschlägige Vorschriften .....	12
	4.2 Rechtsprechung .....	13
	4.3 Handlungsempfehlungen für die Fachkräfte Beistandschaft .....	14
	4.4 Doch Beistandschaft im WeMo? Diskussion.....	14
<b>5</b>	<b>Ergänzungspflegschaft zur Geltendmachung von Unterhalt.....</b>	<b>15</b>
	5.1 Fallanfrage 1 an das DIJuF.....	15
	5.2 Fallanfrage 2 an das DIJuF .....	17
	5.3 Fallanfrage 3 an das DIJuF.....	18
<b>6</b>	<b>Beratung und Unterstützung beim Wechselmodell .....</b>	<b>19</b>
	6.1 Gesetzestext .....	19
	6.2 Auszug aus DIJuF/ <i>Knittel/Birnstengel</i> Themengutachten TG-1086 .....	19
	6.3 Inhalte des Beratungsgesprächs bzgl Unterhalt .....	21
<b>7</b>	<b>Berechnungen.....</b>	<b>24</b>
	7.1. Zwei Mangelfälle aus dem TG-1087 (=Frage 2) mit aktualisierten Zahlen .....	24
	7.2 Fall 3 Anfrage an das DIJuF.....	26
	7.3 weiterer Mangelfall, JAmt 2019, 137 .....	28
	7.4 ältere Fälle nach <i>Seiler FamRZ</i> 2016, 1057 im Anschl. an die BGH 20.4.2016: ..	28

## 1 Neuere Entwicklungen in Fachwelt und Politik in 2019?

### 1.1 Interview mit Frau Barley Februar 2019

Bundesjustizministerin Katarina Barley propagiert das Wechselmodell – und kennt es aus eigener Erfahrung: Ihr Ex-Mann und sie betreuen so ihre beiden Söhne, Interview in der Spiegelausgabe 7. bis 9. Februar 2019, Auszug:

**Katarina Barley:** Menschen, die sich trennen, brauchen mehr Unterstützung vom Staat. Wir müssen den Familien, die das Wechselmodell leben, Hürden aus dem Weg räumen.

**SPIEGEL:**Wie denn?

**Katarina Barley:** Wir haben im Ministerium eine Arbeitsgruppe, die Änderungsbedarf im Sorge- und Umgangsrecht prüft. **Erste Ergebnisse erwarten wir im Spätsommer.** Ich habe als Justizministerin aber auch die betreffenden Kolleginnen und Kollegen im Kabinett gebeten, für ihre Ressorts prüfen zu lassen, welche Regelungen geändert werden sollten. Weil diese Regelungen es Familien unnötig schwer machen, so zu leben, wie sie es wollen. Da geht es um Steuerrechtsfragen, aber auch um das Sozialrecht. Die Ergebnisse dieser Prüfungen werden wir dann mit unseren Überlegungen zusammenführen.

**SPIEGEL:** Seit Jahren gibt es Forderungen fast aller Parteien, das Unterhaltsrecht zu reformieren. Es orientiere sich zu sehr am Prinzip: Einer zahlt, einer betreut. Warum hat sich bislang nichts getan?

**Katarina Barley:** Das ist der schwierigste Punkt von allen. Wir müssen es schaffen, eine faire Lösung zu finden. Es kann ja nicht sein, dass sich jemand etwa zur Hälfte um sein Kind kümmert, aber am Ende genauso viel Unterhalt zahlen muss wie jemand, der sein Kind nur jedes zweite Wochenende sieht. Doch es gibt Familien, da ist der andere Elternteil auf das Geld angewiesen. Sich um ein Kind zu kümmern kostet immer mehr Geld. Es gibt Fixkosten wie das Kinderzimmer, eventuell zahlt das Kind bei zwei Vereinen Mitgliedsbeiträge, braucht Kleidung an jedem Ort. Da müssen wir Familien stärker entlasten. Am Ende soll das Wechselmodell ja ein System sein, das nicht nur Besserverdiener sich leisten können, sondern alle, die es für richtig halten.

### 1.2 Anhörung im Rechtsausschuss zu Anträgen von FDP und Linke, Februar 2019

Herausgeber: Deutscher Bundestag, **Parlamentarnachrichten Zweifel am Wechselmodell als Regelfall**, Recht und Verbraucherschutz/Anhörung - 14.02.2019 (hib 167/2019)

Berlin: (hib/MWO) Für eine bessere Betreuung von Kindern geschiedener Eltern, aber gegen eine Festlegung auf das sogenannte Wechselmodell sprach sich die Mehrheit der Sachverständigen am Mittwoch in einer Anhörung im Rechtsausschuss zu Anträgen der FDP-Fraktion und der Fraktion Die Linke aus. Während die FDP ([19/1175](#)) das familienrechtliche Wechselmodell als Regelfall einführen will, ist Die Linke ([19/1172](#)) gegen eine Festschreibung des Modells, bei dem die Kinder von beiden Elternteilen im Wechsel zeitlich annähernd gleich lang betreut werden. Sie fordert aber eine Neuregelung des Unterhalts. Der FDP-Antrag war vor rund einem Jahr bereits Thema einer Plenardebatte, wurde aber von den anderen Fraktionen abgelehnt.

Mehrere Experten verwiesen in ihren Stellungnahmen auf die bereits seit Jahren zum Teil heftig und auch ideologisch geführte Diskussion zum Thema Wechselmodell. Auch sähen weder das Bundesverfassungsgericht noch der Bundesgerichtshof eine Pflicht des Gesetzge-

bers, getrennt lebenden Eltern eine paritätische Betreuung vorzugeben. Die Abgeordneten wollten von den Sachverständigen vor allem wissen, wie mögliche Reformen im Umgangsrecht aussehen könnten, wie sich das Wechselmodell in finanzieller Hinsicht auf die Eltern auswirkt und wie der Staat bei einer stärkeren paritätischen Betreuung Unterstützung leisten kann.

Brigitte Meyer-Wehage vom Deutschen Juristinnenbund plädierte im Ergebnis der jahrelangen Diskussion gegen eine Festschreibung des Wechselmodells als gesetzlichen Regelfall und für mit Bedacht geführte Diskussionen zu Änderungen im Kindesunterhalt. Zudem müssten tragfähige Lösungen für paritätische Betreuungsmodelle auch für getrennt lebende Eltern und ihre Kinder im Grundsicherungsbezug entwickelt werden. Meyer-Wehage betonte wie auch die anderen Sachverständigen, dass jede gesetzliche Änderung unter dem Vorbehalt des Kindeswohls zu stehen habe. Für Anja Kannegießer vom Berufsverband Deutscher Psychologinnen und Psychologen zeigt sich kein einheitliches Bild in den internationalen Forschungsergebnissen zum Thema Wechselmodell, wobei sich in Deutschland nur wenig Forschung dazu finde. Die Praxis zeige, dass es die Dominanz eines Modells aus der Kinderperspektive nicht geben könne. Vielmehr müsste im Einzelfall auf die Bedürfnisse des Kindes und die Familiensituation abgestellt werden.

Miriam Hoheisel, Bundesgeschäftsführerin des Verbands alleinerziehender Mütter und Väter, begrüßte den Antrag der Linken und warnte in ihrer Stellungnahme vor der Vorgabe des Wechselmodells als Regelfall durch den Gesetzgeber, denn er verhindere damit die jeweils beste Lösung für das Kindeswohl. Deshalb sollten Eltern ihr Familienleben weiterhin autonom und individuell gestalten und sich für ein Betreuungsmodell entscheiden, welches den Bedürfnissen aller Beteiligten, aber vorrangig dem Wohl ihres Kindes Rechnung trägt. Nötig sei dabei eine ergebnisoffene Beratung. Auch Hoheisel gab zu Bedenken, dass Vorteile eines Wechselmodells für Kinder wissenschaftlich nicht belegt und die langfristigen Wirkungen auf Kinder noch nicht ausreichend erforscht seien. Zudem stelle es hohe Anforderungen an alle Beteiligten und eigne sich nicht als gleichstellungspolitisches Instrument. Eva Becker vom Deutschen Anwaltverein verwies wie auch andere Sachverständige auf die Rechtsprechung des BGH, wonach die Gerichte bei der Entscheidung über den Kindesumgang frei sind, und damit einem Wechselmodell nichts im Weg stehe. Dies sei eine gute Grundlage für eine Reform des Familienrechts. Eine Festlegung auf ein Modell sei dagegen nicht empfehlenswert. Stattdessen bräuchten die Eltern mehr staatliche Unterstützung zum Beispiel bei der Mediation. Ferner regte sie an, außergerichtliche Einigungen verbindlich zu machen.

Heinz Kindler, Diplompsychologe vom Deutschen Jugendinstitut, konstatierte ein wachsendes Interesse am Wechselmodell. Hier sei die Politik gefordert, Voraussetzungen zu schaffen. Keine Grundlage sehe er jedoch für die Einführung des Wechselmodells als Regelfall. Sabine Walper, Forschungsdirektorin am Deutschen Jugendinstitut, verwies auf das gestiegene Engagement der Väter in der Kinderbetreuung. Aus ihrer Sicht spreche dem Wechselmodell als Regelfall jedoch entgegen, dass es keine paritätische Rollenverteilung gebe. Walper sprach sich stattdessen dafür aus, die Elternautonomie weiter zu stärken. Mathias Zab, Fachanwalt für Familienrecht, sieht ebenfalls keine Notwendigkeit, das ohnehin praktizierte Wechselmodell gesetzlich festzulegen. Die bestehenden Vorgaben reichten völlig aus. Entscheidend beim Wechselmodell sei die Frage des Unterhalts. Aus seiner Sicht profitiere das besserverdienende Elternteil von diesem Modell.

Hildegund Sünderhauf-Kravets von der Evangelischen Hochschule Nürnberg sprach sich dagegen für das Wechselmodell als "Leitbild" aus. Die gesellschaftliche Realität habe sich geändert. Die von den meisten Eltern gelebte und gewünschte partnerschaftliche Aufteilung von

Familienarbeit und Erwerbstätigkeit in der Partnerschaft werde nach Beendigung der Partnerschaft im Wechselmodell fortgesetzt. Auch stehe das Leitbild des Wechselmodells im Einklang mit Grundrechten von Kindern und Eltern. Sünderhauf-Kravets schränkte jedoch ein, dass das Wechselmodell weder eine Lösung für jede Trennungsfamilie, noch ein Allheilmittel für alle Probleme zwischen Trennungseltern ist. Für flexible Regelungen, die Eltern und Kindern zugute kommen, sprach sich Josef Linsler vom Interessenverband Unterhalt und Familienrecht aus. Modelle dürften nicht praktischen Regelungen im Wege stehen. Am sichersten und gerechtesten werde die gemeinsame elterliche Sorge nach Trennung und Scheidung umgesetzt, wenn beide Elternteile ihre individuelle Regelung treffen. Hier sei das Wechselmodell eine mögliche Antwort. Der FDP-Antrag liefere indes einen Impuls für ein notwendiges Update des Familienrechts.

### 1.3 Pressemitteilung VAMV: Reformbedarf beim Kindesunterhalt: BGH findet keine fairen Lösungen im paritätischen Wechselmodell! Juni 2019

Berlin, 20. Juni 2019. "Der Gesetzgeber ist gefragt, faire Lösungen beim Kindesunterhalt im Wechselmodell festzuschreiben. Die derzeitige Rechtslage geht zu Lasten des Elternteils, der vor einer Trennung beruflich zugunsten der Kinder zurückgesteckt hat", mahnt Daniela Jaspers, Bundesvorsitzende des Verbands alleinerziehender Mütter und Väter e.V. (VAMV).

Im Rahmen der Fachtagung "Wechselmodell und erweiterter Umgang als Betreuungsoptionen – kindgerecht auswählen und Unterhalt fair ausgestalten" machte Dr. Gudrun Lies-Benachib aus ihrer Erfahrung als OLG-Richterin deutlich, dass es bei einem Streit ums Wechselmodell auch ums Geld geht. Ihre exemplarischen Rechnungen zeigten, dass die finanziellen Folgen erheblich sind und deshalb für beide Eltern eine Rolle spielen. Deutliche Kritik übte Lies-Benachib an der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH), der eine unterhaltsrechtliche Verpflichtung, Vollzeit zu arbeiten, auch auf Elternteile in der Teilzeitfalle anwende und fiktiv beim Kindesunterhalt von einem Vollzeitgehalt ausgehe. Dies führe in der Praxis dazu, dass eine Mutter ihr Kind aus dem Selbstbehalt ernähren müsse.

"Wir fordern, einen Grundsatz familiärer Solidarität nach Trennung im Kindesunterhaltsrecht zu verankern. Väter sind meist beruflich gut aufgestellt, weil Mütter ihnen den Rücken freigehalten haben. Deshalb braucht es angemessene Übergangsfristen für Elternteile, die am Arbeitsmarkt erst wieder Fuß zu fassen müssen", unterstreicht Jaspers. "Ziel muss sein, die Existenz des Kindes in beiden Haushalten gut abzusichern und Interessenskonflikte zwischen Umgang und Unterhalt zu vermeiden."

Der Psychologe Dr. Stefan Rucker kam zu dem Schluss, was "das Beste" für jedes Kind ist, sei so individuell wie sein Fingerabdruck. Die internationale Forschung sei mit Vorsicht zu genießen – nur ein minimaler Teil der vielen Studien genüge wissenschaftlichen Gütekriterien. Werden Drittvariablen wie das Konfliktniveau der Eltern oder ihr sozioökonomischer Status berücksichtigt, lassen sich zwischen Residenzmodell und Wechselmodell kaum Unterschiede im Wohlbefinden von Kindern finden. Rucker plädierte eindringlich für die Entwicklung guter Beratungsangebote, um Eltern zu befähigen, die mit der Trennung einhergehenden Emotionen besser zu steuern. Gehe es den Eltern gut, sei die Wahl des Betreuungsmodells zweitrangig.

*Der Verband alleinerziehender Mütter und Väter e.V. (VAMV) vertritt seit 1967 die Interessen der heute 2,7 Millionen Alleinerziehenden.*

## 2 Begriffsklärung

Eingliederungs- oder Residenzmodell: Kind lebt vorwiegend in der Wohnung des betreuenden Elternteils, regelmäßig Besuche in der Wohnung des anderen Elternteils (BGH 12.3.2014 Rn. 16; „eine betreut, einer zahlt“).

Nestmodell: Kind lebt immer in der gleichen Wohnung, Eltern wechseln sich in der Betreuung des Kindes hälftig ab. Wird - wenn überhaupt – meist nur für eine gewisse Übergangszeit praktiziert, da ein Elternteil immer wieder in den Privatbereich des anderen Elternteils „eindringt“; über längere Zeiträume eher von sehr wohlhabenden Eltern, die sich insgesamt drei Haushalte leisten können (*Salzgeber/Bublath*, NZFam 2016, 837 [838]).

Echtes/strenges/paritätisches/symmetrisches Wechselmodell: Kind lebt im Wechsel im Haushalt der Mutter und im Haushalt des Vaters; die Eltern betreuen das Kind in etwa zu gleichen Anteilen und tragen in etwa zu gleichen Anteilen Verantwortung (BGH 5.11.2015).

Unechtes/asymmetrisches Wechselmodell: die Betreuung durch den umgangsberechtigten Elternteil überschreitet wesentlich die übliche Umgangsregelungen (erweiterter Umgang).

„normaler“ (üblicher) Umgang:

- etwa 6 Tage, OLG Düsseldorf 18.5.2015 – II-7 UF 10/15, JAmt 2016, 169;  
2-wöchentlich am Wochenende sowie 2-wöchentlich an einem Tag unter der Woche
- SFK 3 bis einschl. 10 Tage unter Einrechnung von Ferien (SFK 3, JAmt 2014, 555 [556])
- 5 bis 6 Tage (BGH 21.12.2005 – XII ZR 126/03; 28.2.2007 – XII ZR 161/04)

„erweiterter“ Umgang:

Regelmäßig Umgang in einem Umfang, der über das übliche Maß hinausgeht

### **3 Rechtsprechung zum Unterhaltsrecht bzw zum Vorliegen von WeMo in Abgrenzung zu erweitertem Umgang**

#### 3.1 BGH 12.3.2014 – XII ZB 234/13, JAmt 2014, 282 = FamRZ 2014, 917:

SV: Vater Polizist; bereinigtes EK 2.375 EUR; AmtsG: 120 % Mindestunterhalt; OLG 115 %; Kind ist an jedem zweiten WE von Fr bis So und darüber hinaus an zwei Tagen in der Woche beim Vater; ganztätig nur am Samstag des Umgangswochenende beim Vater; ansonsten ist das Kind immer entweder morgens oder abends bei der Mutter; Vater möchte keinen Unterhalt zahlen.

BGH:

Hauptverantwortung liege bei der Mutter. Solange bei dem betreuenden Elternteil das deutliche Schwergewicht der Pflege- und Erziehungsleistung liegt, bleibt es bei der alleinigen Barzahlungspflicht des anderen Elternteils, auch wenn der Umfang des Umgangs das übliche Maß überschreitet und der Umgang sich einer Mitbetreuung nähert (erweiterter Umgang).

Erweitertem Umgang kann wie folgt in der Unterhaltsberechnung Rechnung getragen werden:

- Bzgl Fahrt- und Unterbringungskosten (=Mehraufwand für Ausübung des erw. U.; keine Entlastung für betr. Elternteil) Herabstufung des Bedarfs um eine oder mehrere Einkommensgruppen der DT bzw hier Unterlassen einer Höherstufung wegen nur einer Unterhaltspflicht;
- Ob der Unterhaltsanspruch sich darüber hinaus weiter mindern kann, wenn der barunterhaltspflichtige Elternteil im Rahmen des erweiterten Umgangs Leistungen erbringt, mit denen er den Unterhaltsbedarf des Kindes teilweise auf anderer Weise als durch Zahlung einer Geldrente deckt (bspw Verpflegungs- und sonstige bedarfsdeckende Aufwendungen; Entlastung für betreuenden Elternteil entscheidend) lässt der BGH offen. Grundvoraussetzung für eine Berücksichtigung ist, dass der Umgangselternteil die getragenen Aufwendungen substantiiert darlegt. Inwieweit der barunterhaltspflichtige Elternteil sonstige Aufwendungen für das Kind (insb. für Verpflegung) im Rahmen des erweiterten Umgangs geltend machen kann, bleibt weiterhin offen. Der Senat hat erkannt, dass seine bisherige ablehnende Auffassung hierzu in

der Literatur Kritik erfahren hat. Abschließend zu entscheiden war die Frage im konkreten Fall nicht, weil derartige Aufwendungen nicht im Einzelnen geltend gemacht worden waren. Aufgrund der Andeutungen des BGH dürfte aber nunmehr die Tür dafür geöffnet worden sein, künftig eine entsprechende Anrechnung als teilweise Bedarfsdeckung während der Mitbetreuungszeiten vorzunehmen.

Ergebnis BGH im konkreten Fall: Es unterbleibt die Höherstufung wegen nur einer Unterhaltsverpflichtung. Schon mangels konkreten Vortrags keine Berücksichtigung von bedarfsdeckenden Aufwendungen.

### 3.2 BGH 5.11.2014 – XII ZB 599/13, JAmt 2015, 62 = FamRZ 2015, 236:

SV: Betreuungsanteil Vater 47 %, Mutter 53 %, da Vater die Kinder an sechs von 14 Tagen betreut. Indizwirkung für Hauptverantwortung der Mutter; Vater arbeitet 30 Stunden in einem Call-Center für 1.150 EUR brutto.

BGH: Liegt der Schwerpunkt der Betreuung bei einem Elternteil, so ist der Barunterhaltsanspruch des Kindes allein nach dem EK des anderen Elternteils zu richten, auch wenn der Umgang weit über den üblichen Umfang hinausgeht (so auch schon BGH 28.2.2007 – XII ZR 161/04)

Zum Ausgleich für den umfangreichen Umgang (notwendige Mehrkosten für Fahrten; Kosten für Vorhaltung und Ausstattung eines zusätzlichen Zimmers beim Umgangselternteil): Herabstufung oder Unterlassen einer an sich gebotenen Höherstufung (da nur eine unterhaltsberechtigte Person).

Zur Definition Wechselmodell: Entscheidende Bedeutung kommt der zeitliche Einsatz der Eltern bei der Betreuung des Kindes und wer die tatsächliche Betreuung schwerpunktmäßig leistet zu. Selbst wenn bei einer annähernd hälftigen Mitbetreuung das Schwergewicht der Betreuungsverantwortung noch bei einem Elternteil liegt, so liegt kein „echtes“ WeMo vor und es bleibt bei dem Grundsatz „einer betreut, einer zahlt“.

Im vorliegenden Fall wurde das Vorliegen eines Wechselmodells verneint. Dem Vater wird fiktives Einkommen im Rahmen einer Vollzeitstelle zugerechnet. Wegen der umfangreichen Kinderbetreuung ist der Vater jedoch nicht verpflichtet, über einen Vollzeitjob hinaus eine Nebentätigkeit auszuüben.

BGH macht auch **Ausführungen zur Unterhaltsberechnung beim Wechselmodell:**

Nimmt jeder Elternteil etwa die Hälfte der Versorgungs- und Erziehungsaufgaben wahr, so **haften beide Elternteile** (wenn sie beide über EK verfügen) für den Barunterhalt des Kindes anteilig. Der Elementarbedarf ist auf Basis der Addition beider Einkommen zu ermitteln. Die Einkünfte beider Elternteile sind zusammen zurechnen und entsprechend bestimmt sich der Bedarf (Zahlbetrag; Regelbedarf) nach der DT. Diesem Bedarf sind die durch das Wechselmodell bedingte Mehrbedarfe hinzuzurechnen (Vorhaltekosten für Kinderzimmer, Fahrtkosten zwischen den beiden Wohnungen). Den Gesamtbedarf tragen die Elternteile im Verhältnis ihrer Einkommen und unter Berücksichtigung erbrachter Naturalleistungen – BGH 21.2.2005 – XII ZR 126/03).

3.3 BGH 20.4.2016 – XII ZB 45/15, JAmt 2016, 400

**Zur Verteilung des Kindergelds im Wechselmodell.** Leitsätze:

„1. Der Anspruch eines Elternteils auf Ausgleich des dem anderen Elternteil gezahlten Kindergelds ist ein Unterfall des familienrechtlichen Ausgleichsanspruchs (Rn. 12).

2. Ein Anspruch auf Auskehrung des Kindergelds kann auch selbstständig geltend gemacht werden, wenn und solange es an einem unterhaltsrechtlichen Gesamtausgleich zwischen den unterhaltspflichtigen Eltern fehlt (Rn. 13).

3. Der auf den Betreuungsunterhalt entfallende hälftige Anteil am Kindergeld steht den Elternteilen beim Wechselmodell aufgrund der von ihnen gleichwertig erbrachten Betreuungsleistungen hälftig zu (= ein Viertel) (Rn. 31).

4. Die auf den Barunterhalt entfallende Hälfte des Kindergelds ist nach dem Maßstab der elterlichen Einkommensverhältnisse zu verteilen (Rn. 29). (Leits. der Red.)“

Umsetzung: Jedem paritätisch mitbetreuendem Elternteil steht in jedem Falle ein Viertel des Kindergelds zu, auch wenn er nur über Einkünfte unterhalb des notwendigen Selbstbehalts verfügt und sich nicht am Barunterhalt beteiligen muss.

Zum Ausgleich der auf den Barunterhalt entfallenden Hälfte ist die Ermittlung der Haftungsanteile am Barunterhalt erforderlich, was einer Berechnung des Kindesunterhaltsanspruchs gleichkommt. Der das Kindergeld insoweit isoliert verlangende Elternteil muss die Haftungsanteile der Eltern am Barunterhalt darlegen und beweisen.

Die Ausführungen des BGH zum isolierten Ausgleich des Kindergelds gelten gleichermaßen für die Anrechnung des Kindergelds im Rahmen der Berechnung des Kindesunterhalts beim WeMo.



### 3.4 BGH 11.1.2017 – XII ZB 565/15, JAmt 2017, 197

Leitsätze:

1. Im Fall des Wechselmodells haben grundsätzlich beide Elternteile für den Barunterhalt des Kindes einzustehen. Der Unterhaltsbedarf bemisst sich nach dem beiderseitigen Einkommen der Eltern und umfasst außerdem die infolge des Wechselmodells entstehenden Mehrkosten (im Anschl. an Beschl. BGH 5.11.2014 – BGH Aktenzeichen XII ZB 599/13, JAmt 2015, JAMT Jahr 2015 Seite 62).

2. Der dem Kind von einem Elternteil während dessen Betreuungszeiten im Wechselmodell geleistete Naturalunterhalt führt nicht dazu, dass ein Barunterhaltsanspruch nicht geltend gemacht werden kann. Der geleistete Naturalunterhalt ist vielmehr nur als (teilweise) Erfüllung des Unterhaltsanspruchs zu berücksichtigen.

3. Der Unterhaltsanspruch kann in zulässiger Weise vom Kind gegen den besser verdienenden Elternteil geltend gemacht werden. Dass er sich auf den Ausgleich der nach Abzug von den Eltern erbrachter Leistungen verbleibenden Unterhaltsspitze richtet, macht ihn nicht zu einem nur zwischen den Eltern bestehenden familienrechtlichen Ausgleichsanspruch.

4. Das Kindergeld ist auch im Fall des Wechselmodells zur Hälfte auf den Barbedarf des Kindes anzurechnen. Der auf die Betreuung entfallende Anteil ist zwischen den Eltern hälftig auszugleichen. Der Ausgleich kann in Form der Verrechnung mit dem Kindesunterhalt erfolgen (im Anschl. an Beschl. BGH 20.4.2016 – BGH Aktenzeichen XII ZB 45/15, JAmt 2016, JAMT Jahr 2016 Seite 400 = FamRZ 2016, FAMRZ Jahr 2016 Seite 1053).

SV: Kinder sind 5 und 11 Jahre alt (geboren 2001 und 2007). Unstreitig Betreuung im wöchentlichen Wechsel. Mutter arbeitet 30 Stunden.

Der Mutter wurde die Entscheidungskompetenz zur Geltendmachung der Unterhaltsansprüche übertragen (§ 1628 BGB).

Da die Mutter vor Ausübung des WeMo Betreuungselternteil war, wird ihr ab WeMo eine Übergangszeit von 4 ½ bis 5 Monaten eingeräumt, um auf Vollzeit zu erweitern. Ab dem sechsten Monat wird ein Vollzeiteinkommen fiktiv zu Grunde gelegt.

3.5 OLG Karlsruhe 18.8.2014 – 18 WF 277/13, NZFam 2014, 1150

SV: Vater hat das zweijährige Kind jeden Tag von 7:30 bis 17:30 (= 10 Stunden); Mutter 17:30 bis 7:30 (= 14 Stunden).

Eindeutig feststellbar liege Übergewicht der tatsächlichen Fürsorge bei der Mutter. Der Verteilung der Tageszeiten komme keine entscheidende Bedeutung zu.

3.6 OLG Düsseldorf 18.5.2015 – II-7 UF 10/15, JAmt 2016, 169 = FamRZ 2016, 142

SV: Betreuung Vater 39 %, Mutter 61 %; Hauptverantwortung bei Mutter; Bereinigtes EK des Vaters 2.202 EUR. Wegen nur einer Unterhaltsverpflichtung eigentlich Höherstufung auf Gruppe 4;

OLG: Eine Herunterstufung wegen Unterbringungs- und Fahrtkosten wegen erw. U., Ergebnis: Gruppe 3.

Wegen Verpflegungsmehraufwand Abzug monatlich 30 EUR von der Barunterhaltspflicht. Ersparnis für betreuenden Elternteil wird pauschal berechnet; es sind nicht die konkreten Aufwendungen des Vaters fürs Essen relevant.

Bedarfsdeckende Kosten, die vom Tabellenunterhalt in Abzug zu bringen sind, sind nur hinsichtlich des Verpflegungsmehraufwands ersichtlich, den der Senat auf 30 € monatlich schätzt.

Der Unterhaltsanspruch nach der Düsseldorfer Tabelle deckt zu einem Teil von etwa 150 € auch den monatlichen Verpflegungsaufwand des Kindes. Insoweit tritt durch das erweiterte Umgangsrecht eine Entlastung ein, die der Senat auf 30 € schätzt, § 287 ZPO. Insoweit muss deshalb auch von dem Antragsgegner nicht weiter vorgetragen werden – was der Bundesgerichtshof verkennt, der in dem ihm zur Entscheidung vorliegenden Fall Sachvortrag vermisste (vgl. BGH JAmt 2014, 282 Rn. 39) - und kann nach Auffassung des Senats wohl auch nur schwerlich im Einzelnen vorgetragen werden. Selbstredend muss sich die hier anzunehmende Ersparnis dann an dem Tabellenunterhalt orientieren, nicht aber an den konkret aufgewandten Verpflegungskosten für das Kind. Keinesfalls kann der ersparte Aufwand etwa deshalb höher bemessen werden, weil beispielsweise im Haushalt des Unterhaltsberechtigten eine besonders aufwendige Versorgung gepflegt wird. Ansonsten könnte durch Luxusaufwendungen der Unterhalt aufgezehrt werden, ohne dass sich eine entsprechende Ersparnis auf Seiten des betreuenden Elternteils einstellt.

Geht man nun davon aus, dass bei einem normalen Umgangsrecht (2-wöchentlich am Wochenende sowie 2-wöchentlich an einem Tag unter der Woche) der volle Tabellenbetrag geschuldet bleibt, also bei einem Umgang von etwa 6 Tagen im Monat, und demgegenüber ein Umgangsrecht des Antragsgegners von etwa 12 Tagen im Monat besteht, dann ist eine Ersparnis des überwiegend betreuenden Elternteils für 6 Tage Verpflegung im Monat zu berücksichtigen. Diese ist mit 30 € anzusetzen (150 € monatlicher Verpflegungsaufwand nach der DT: 30 Tage x 6 Tage = 30 €).“

### 3.7 KG 11.12.2015 – 13 UF 164/15, JAmt 2016, 167

Das KG hält unter Auswertung und Bezugnahme auf BGH vom 12.3.2014 und 5.11.2014 fest, dass eine Herabstufung in der DT max. bis zum Mindestunterhalt gehen kann. Eine weitergehende Herabstufung auf Unterhaltsbeträge unterhalb des Mindestunterhalts geht auch nicht bei Wahrnehmung erweiterten Umgangs.

Der erweitert den Umgang ausübende Elternteil darf nicht nur Teilzeit arbeiten gehen, wenn er so nicht den Mindestunterhalt aufbringen kann.

(Anmerkung: Volljob plus Nebenjob fordert bei erweitertem Umgang auch nicht BGH 5.11.2014 unter Bezug auf BGH 24.9.2014 – XII ZB 111/13).

### 3.8 KG 15.4.2019 – 13 UF 89/16, JAmt 2019, 469

#### Leitsätze

1. Bei einer Betreuung des gemeinsamen Kindes durch beide Elternteile im Verhältnis von 45% zu 55% kann von einem unterhaltsrechtlichen paritätischen Wechselmodell, bei dem beide Elternteile quotal für den Unterhaltsbedarf des Kindes einzustehen haben, noch keine Rede sein.

2. Der nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Sorge- und Umgangssachen (Beschluss vom 1. Februar 2017 - XII ZB 601/15, BGHZ 214, 31) anerkannte Grundsatz, dass ein paritätisches Wechselmodell nur angeordnet werden kann, wenn zwischen den Eltern eine tragfähige Kommunikations- und Kooperationsbasis besteht, kann vom grundsätzlichen Denkansatz her als wertendes Element herangezogen werden, um die Frage zu entscheiden, ob ein spezifisches, von den Eltern praktiziertes Betreuungsmodell bereits als echtes Wechselmodell qualifiziert werden kann: Denn ohne eine gewisse Basis bei der Kommunikation und Kooperation der Eltern ist es auch aus unterhaltsrechtlicher Sicht nicht vorstellbar, wie die Eltern in der Lage sein wollen, die mit zunehmenden Alter des Kindes immer wichtiger werdenden organisatorischen Aspekte der Kinderbetreuung im Wechselmodell wahrzunehmen.

3. Zur Frage, ob der vom pflichtigen Elternteil geschuldete Barunterhalt zu mindern ist, weil der betreffende Elternteil für das unterhaltsberechtignte Kind regelmäßig Bekleidung kauft, Reisen finanziert oder sonstige Ausgaben bestreitet.

SV: Die Beteiligten streiten über den Unterhaltsanspruch des 2008 geborenen Kindes (=ASt), welches maximal zu 45,62 % vom Vater (=Ag) betreut wird.

Das FamG geht von einem Fall des erweiterten Umgangs des Ag aus, bejaht somit das Obhutsverhältnis zwischen Mutter und ASt und verneint eine Barunterhaltungspflicht der Mutter. Die Ausübung des erweiterten Umgangs berücksichtigt das FamG über Herabstufung in der Düsseldorfer Tabelle und hat den Ag verpflichtet, 100 % des Mindestunterhalts abzgl hälftigen Kindergelds zu zahlen.

Der Ag begründet seine hiergegen eingelegte Beschwerde im Wesentlichen wie folgt: da die Betreuung „nahezu paritätisch“ erfolge, sei die Einrichtung einer Ergänzungspflegschaft erforderlich; auch die Mutter sei barunterhaltungspflichtig und entsprechend schulde er Barunterhalt „nur quotal, entsprechend des Verhältnisses seines Einkommens zu demjenigen der Mutter“; bei der Unterhaltsbemessung sei zudem zu berücksichtigen, dass er regelmäßig Bekleidung für die ASt erworben sowie Vereinsbeiträge und Reisen finanziert habe.

Das KG erläutert in seinem Beschluss ausführlich die BGH-Entscheidungen und kommt zum gleichen Ergebnis wie das FamG.

## 4 Verfahrensrecht

### 4.1 Einschlägige Vorschriften

§ 1629 Abs. 2 S. 2 BGB zur Vertretungsbefugnis der Eltern

„Steht die elterliche Sorge für ein Kind den Eltern gemeinsam zu, so kann der Elternteil, **in dessen Obhut** sich das Kind befindet, Unterhaltsansprüche des Kindes gegen den anderen Elternteil geltend machen.“

§ 1713 Abs. 1 S. 2 BGB zum Antragsrecht Beistandschaft

„Steht die elterliche Sorge für das Kind den Eltern gemeinsam zu, kann der Antrag von dem Elternteil gestellt werden, **in dessen Obhut** sich das Kind befindet.“

§ 1628 BGB zur Entscheidungsbefugnis eines Elternteils

„Können sich die Eltern in einer einzelnen Angelegenheit oder in einer bestimmten Art von Angelegenheiten der elterlichen Sorge, deren Regelung für

das Kind von erheblicher Bedeutung ist, nicht einigen, so kann das Familiengericht auf Antrag eines Elternteils die **Entscheidung einem Elternteil übertragen**. Die Übertragung kann mit Beschränkungen oder mit Auflagen verbunden werden.“

#### 4.2 Rechtsprechung

Beim Wechselmodell hat kein Elternteil die Befugnis zur Vertretung des Kindes in Unterhaltssachen und keiner ein Antragsrecht bzgl. Beistandschaft. Zur Geltendmachung von Kindesunterhalt ist die Bestellung eines **Ergänzungspflegers** oder die Übertragung der **Entscheidungsbefugnis nach § 1628 BGB** erforderlich.

Für beide Alternativen: BGH 21.12.2005 – XII ZR 126/03, JAmt 2006, 415; OLG Hamburg 27.10.2014 – 7 UF 124/14, JAmt 2014, 653; OLG Celle 20.8.2014 – 10 UF 163/14, FamRZ 2015, 590.

In der Regel **Ergänzungspfleger**: OLG Köln 21.3.2014 – 4 UF 1/14, FamRZ 2015, 859.

Vorzugsweise **Entscheidungsbefugnis nach § 1628 BGB**: OLG Frankfurt a.M. 17.10.2016 – 6 UF 242/16, JAmt 2016, 625.

#### Zur Beweislage bzgl. Obhut und damit Verfahrensführungsbefugnis:

OLG Brandenburg 13.7.2015 – 3 UF 155/14, JAmt 2015, 576

Leitsatz: „Die Beweislast für die eigene überwiegende tatsächliche Fürsorge liegt bei dem Elternteil, der Unterhalt für das Kind verlangt. Wird der Beweis für bestimmte Monate nicht erbracht, so fehlt für diese Monate die Verfahrensführungsbefugnis für die Geltendmachung von Kindesunterhalt.“

SV: Die noch verheirateten, aber getrennt lebenden Eltern streiten um Kindesunterhalt. V hat sich darauf berufen, dass er in gleicher Weise wie die M – ua bedingt durch ihre Berufstätigkeit – an der Betreuung und Versorgung der beiden Kinder L und B im Mai und Juni 2011 beteiligt war. Die Mutter als ASt brachte hierzu lediglich vor, die Kinder allein betreut zu haben.

Bringt der Kindesunterhalt fordernde Elternteil nicht den aufgrund Bestreitens durch die Gegenseite erforderlichen Beweis dafür, dass der Schwerpunkt der Betreuung bei ihm liegt, so ist mit einer abweisenden Entscheidung des Gerichts mangels Verfahrensführungsbefugnis zu rechnen.

### **4.3 Handlungsempfehlungen für die Fachkräfte Beistandschaft**

Möchte ein gemeinsam sorgeberechtigter Elternteil eine Beistandschaft einrichten, so ist zu klären, ob der Schwerpunkt der Betreuung bei diesem Elternteil liegt. Die prozessuale Hürde zu einer erfolgreichen gerichtlichen Geltendmachung durch die Fachkraft Beistandschaft kann nur dann überwunden werden, wenn Behauptungen der Gegenseite, gleichwertige Betreuungsleistungen seien erbracht worden, im Einzelnen mit Beweisangeboten konkret bestritten werden können. Wie substantiiert hier vorzutragen ist, kann dem unter Ziff. 4.2 aufgeführten Beschluss des OLG Brandenburg vom 13.7.2015 entnommen werden.

Ist die verfahrensrechtliche Hürde überwunden, so muss sich der Beistand als nächstes darauf einstellen, dass die Gegenseite umfangreiche Betreuungsleistungen („erweiterter Umgang“) bei der Barunterhaltspflicht angerechnet haben möchte. Vorgehend sollte dies ggf – soweit überhaupt möglich – bereits mit Herabstufung in der Düsseldorfer Tabelle berücksichtigt werden (BGH 12.3.2014 Ziff. 2.2).

### **4.4 Doch Beistandschaft im WeMo? Diskussion**

Kann der Elternteil, auf den die Unterhaltsgeltendmachung gem. § 1628 BGB übertragen wurde, eine Beistandschaft beantragen?

Im § 1713 Abs. 1 S. 1 heißt es zum Antragsrecht: „Den Antrag kann ein Elternteil stellen, dem für den Aufgabenkreis der beantragten Beistandschaft die alleinige elterliche Sorge zusteht...“.

Aufgabenkreis ist hier die Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen (§ 1712 Abs. 1 Nr. 2 BGB).

Soweit einem Elternteil die Entscheidung nach § 1628 BGB übertragen ist, vertritt dieser das Kind allein (§ 1629 Abs. 1 S. 3 BGB).

Nach Ehinger ua/Rasch Handbuch des Unterhaltsrechts, 8. Aufl. 2018, Rn. 11.53a:

„Erst wenn einem Elternteil die Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen des Kindes und die Verfügung über diese Ansprüche nach § 1628 BGB übertragen ist, hat er das Recht nach § 1713 Abs. 1 die Beistandschaft des Jugendamts zu beantragen.“

## 5 Ergänzungspflegschaft zur Geltendmachung von Unterhalt

Der Ergänzungspfleger hat die unterhaltrelevanten Auskünfte von beiden Eltern einzuholen und dann zu rechnen.

### 5.1 Fallanfrage 1 an das DIJuf

*Im KrJA ist die Problematik des Unterhalts im Wechselmodell inzwischen ein Massenphänomen. Die betreffenden Ansprüche werden regelmäßig im Rahmen einer Ergänzungspflegschaft geklärt und geltend gemacht. Wirkungskreis des Ergänzungspflegers zumeist: „Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen“. Von der Anregung bis zur gerichtlichen Bestellung vergehen im Schnitt bis zu drei Monate und mehr. Nach Eingang des Beschlusses wird das Auskunftersuchen an die Elternteile gerichtet und somit die Inverzugsetzung bewirkt. Manchmal geht aber der Ergänzungspflegschaft eine längere, vielleicht schon einjährige Praktizierung des Wechselmodells voraus. Oft ist hier das Thema des Unterhalts höchst strittig, sodass bereits durch einen Elternteil/Rechtsbeistand selbst der andere Elternteil zur Auskunft aufgefordert worden ist. Nach Ansicht des Jugendamts scheitert die wirksame Inverzugsetzung in solchen Fällen an der fehlenden Vertretungsberechtigung eines jeden Elternteils (§ 1629 Abs. 2 S. 2 BGB). Von den Rechtsbeiständen werde jedoch oft gefragt, wieso denn der Unterhalt erst ab Bestellung und nicht für die Vergangenheit iSd § 1613 Abs.1 S.1 BGB geltend gemacht wird.*

Das Jugendamt fragt:

- *Ab wann kann der Ergänzungspfleger aktiv die Unterhaltsansprüche des Kindes geltend machen? Kann er quasi die Inverzugsetzung einer anderen nicht vertretungsberechtigten Partei aus der Vergangenheit übernehmen? Die Frage ist grundsätzlich interessant, da selbst Eltern, die gerade das Wechselmodell errichtet haben und sofort um Einrichtung einer Ergänzungspflegschaft bitten, eine gewisse Zeit im luftleeren Raum sind und dem Kind so uU Ansprüche entgehen könnten.*
- *Wäre es ratsam, die Beschlüsse auf Einrichtung der Ergänzungspflegschaft im Wirkungskreis dahingehend zu konkretisieren, dass dieser auch Unterhaltsansprüche aus einer vorhergehenden Inverzugsetzung umfasst?*

Das Jugendamt weist zu Recht darauf hin, dass eine im Namen des Kindes ausgesprochene verzugsbegründende Aufforderung zur unterhaltsbezogenen Auskunft bzw eine Mahnung iSv § 1613 Abs. 1 S. 1 BGB die Vertretungsbefugnis des jeweiligen

Elternteils hierfür voraussetzen. Daran fehlt es aber bekanntlich, wenn sich die Eltern für ein echtes Wechselmodell mit identischen Zeitanteilen entschieden haben und dieses bereits praktizieren (zu näheren Einzelheiten vgl. DIJuf/*Knittel/Birnstengel* Themengutachten, TG-1086 zu Frage 5, abzurufen unter: [www.kijup-online.de](http://www.kijup-online.de)). Spricht ein Elternteil gleichwohl gegenüber dem anderen eine solche rechtsgeschäftsähnliche Erklärung aus, ist diese im Zeitpunkt ihrer Abgabe vollständig und dauerhaft unwirksam. Der Adressat muss sie nicht beachten und braucht sich nicht etwa ab dem Zugang auf Zahlung künftigen Unterhalts einzurichten.

Darin ändert sich auch nichts, wenn später eine Ergänzungspflegschaft eingerichtet wird. Die Fachkraft, welche die Plegschaft führt, kann erst mit dem Wirksamwerden der Bestellung das Kind rechtswirksam iSv § 1909 Abs. 1, § 1915 Abs. 1 S. 1 BGB vertreten und für dieses Erklärungen abgeben. Hierbei kann sie sich nicht etwa auf eine frühere, mangels Vertretungsbefugnis nichtige Erklärung oder rechtsgeschäftsähnliche Handlung einer anderen Person berufen.

Die in Vertretung eines anderen abgegebene Erklärung ist bei Fehlen einer Vertretungsmacht hierzu grundsätzlich vollständig und unheilbar nichtig. Eine Ausnahme hat der Gesetzgeber lediglich in § 177 Abs. 1 BGB für einen Vertragsschluss geregelt. Die dort vorgesehene Möglichkeit, dass der Vertretene den auch hier (wie bei § 108 BGB) schwebend unwirksamen Vertrag genehmigen kann, dient seinen Interessen und auch den Belangen des Geschäftsgegners. Hingegen gilt für einseitige empfangsbedürftige Willenserklärungen der bereits zuvor dargestellte Grundsatz.

Diese Problematik kann auch nicht auf die vom Jugendamt erwogene Weise einer „Konkretisierung des Wirkungskreises“ gelöst werden. Mit der Festlegung der Aufgaben der Ergänzungspflegschaft kann nur rechtsverbindlich beschrieben werden, wozu der Pfleger (hier verstanden als Rechtsbegriff ohne Bezug zum Geschlecht der das Amt führenden Person) verpflichtet und befugt ist. Damit kann aber nicht eine in anderen Zusammenhängen bestehende gesetzliche Voraussetzung umgangen werden.

Letztlich wird die von in der Anfrage beschriebene Folge so lange unvermeidbar bleiben, als Eltern daran festhalten, in das Wechselmodell einzusteigen, bevor sie sich über dessen unterhaltsrechtliche Folgen einig sind. Dies sollte ihnen auch vom Jugendamt bedeutet werden, um entschieden dem Eindruck entgegenzutreten, die zuständigen Fachkräfte seien hierfür verantwortlich und hätten sich um eine Lösung zu bemühen.



Im Übrigen sollte die Aussage etwas relativiert werden, dass durch das beschriebene Rechtsproblem uU dem Kind Ansprüche entgehen könnten. Es liegt doch im Wesen des Wechselmodells, dass die Eltern jeweils in den sie treffenden Zeitanteilen für den Bedarf des Kindes aufkommen und so für dieses keine einschlägige Lücke entsteht. Letztlich geht es nur darum, denjenigen Elternteil zu entschädigen, der gemessen an seinem Einkommen überpflichtmäßige Aufwendungen für das Kind tätigt. An sich hätte es sich durchaus angeboten, das im Wege eines familienrechtlichen Ausgleichsanspruchs zu regeln. Der BGH hat jedoch daran festgehalten, dass es von der Systematik des Unterhaltsrechts her weiterhin um einen *Unterhaltsanspruch des Kindes* geht (BGH 11.1.2017 – XII ZB 565/15 Rn. 44, JAmt 2017, 197). Gleichwohl liegt der anzustrebende Ausgleich nicht so sehr im vorrangigen Interesse des Kindes als vielmehr des hierzu berechtigten Elternteils.

## **5.2 Fallanfrage 2 an das DIJuF**

*Die jeweilige Barunterhaltspflicht von Vater und Mutter wurde vom Ergänzungspfleger berechnet. Soll der Ergänzungspfleger jeden Elternteil zur Beurkundung seines Anteils auffordern, obwohl der letzte Berechnungsschritt die Ermittlung des Ausgleichsbetrags ist, um ein Hin- und Herschieben der Unterhaltsbeträge zu vermeiden?*

Grundsätzlich soll mit einer vollstreckbar beurkundeten Unterhaltsverpflichtung der Unterhaltsanspruch eines Kindes gegen einen Elternteil definitiv und zahlbar festgelegt werden. Zwar ist es in bestimmten Fällen auch möglich, dass sich beide Elternteile anteilig zum Barunterhalt verpflichten, etwa wenn das Kind bei Dritten lebt und keiner der Elternteile seiner Unterhaltspflicht durch dessen Betreuung nachkommen kann.

Wenn aber feststeht, dass letztlich unter den Gegebenheiten des echten Wechselmodells und der beiderseitigen finanziellen Aufwendungen der Eltern *nur ein Elternteil* einen Spitzenbetrag ausgleichen muss, erschließt es sich nicht, welchen Sinn die Aufnahme von Unterhaltsverpflichtungen beider Eltern in Höhe des jeweils „eigenen Anteils“ haben soll.

Es dürfte selbstverständlich sein, dass die letztlich aufzunehmende Unterhaltsverpflichtung des besser verdienenden und deshalb im Zweifel ausgleichspflichtigen Elternteils nur nach sorgfältiger und möglichst „zukunftsicherer“ Berechnung des Kindesbedarfs sowie der von beiden Seiten konkret aufgewendeten Finanzierungsbeiträge beurkundet werden sollte. Das schließt freilich nicht aus, dass sich in Zukunft selbst bei Fortführung des echten Wechselmodells partielle und wesentliche Änderungen ergeben

können, die eine Neuberechnung erfordern. Dann wären aber im Zweifel auch die – mit der Frage ins Spiel gebrachten – beiderseitigen Verpflichtungserklärungen überholt, welche die Eltern zuvor auf einer anderen tatsächlichen Basis aufgenommen hatten. Auch der BGH (21.1.2017, JAmt 2017, 197) spricht vom Ausgleich des „Spitzenbetrags“.

### **5.3 Fallanfrage 3 an das DIJuf**

*Im Jahr 2012 wurde bei einem Notar eine naheheilige Scheidungsvereinbarung geschlossen. Danach sollte der Vater an die Mutter Kindesunterhalt iHv 250 EUR zahlen. Der Vater ist mit seinen Zahlungen in Rückstand geraten. Ist es nunmehr Aufgabe des Ergänzungspflegers, diese Rückstände einzuholen, obwohl die Bestellung der Ergänzungspflegschaft erst im Jahr 2017 rechtswirksam wurde?*

Ein außerfamiliärer gesetzlicher Vertreter des Kindes in Unterhaltsbelangen (ob Beistand, Vormund oder Ergänzungspfleger) hat die Aufgabe, nicht nur den laufenden Unterhalt geltend zu machen, sondern auch die zuvor entstandenen Rückstände. Das gilt unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem Beginn des jeweiligen gesetzlichen Vertretungsverhältnisses aufgelaufen sind. Es wäre auch nicht die geringste Rechtfertigung dafür erkennbar, die Befugnisse und Pflichten des Beistands oder Pflegers auf Zeiträume zu beschränken, die erst mit dem Beginn seiner Amtsführung anfangen.

Der Pfleger hat daher auch im vorliegenden Fall die Rückstände gegen den Vater geltend zu machen und die entsprechenden Beträge der Mutter auszuhändigen, wenn diese in der Vergangenheit dafür finanziell in Vorlage getreten ist.

Vorsorglich ist aber ein in diesem Zusammenhang häufig übersehener Umstand in Erinnerung zu rufen: Höchstwahrscheinlich weist die Scheidungsvereinbarung, sofern sich der Schuldner darin der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat und sie deshalb als Titel geeignet ist, die Mutter als Gläubigerin des festgelegten Unterhaltsanspruchs aus. Das liegt an der Bestimmung des § 1629 Abs. 3 BGB, welche in der Trennungsphase der Eltern das Kind aus den Streitigkeiten im Vorfeld der Scheidung heraushalten soll. Deshalb kann der die Obhut über das Kind ausübende Elternteil den Unterhaltsanspruch des Kindes nicht in dessen Namen, sondern nur im eigenen Namen in „Verfahrensstandschaft“ geltend machen (hierzu eingehend DIJuF/*Knittel/Birnstengel* Themengutachten, TG-1030, ebenfalls abzurufen unter [www.kijup-online.de](http://www.kijup-online.de)). Bevor der Ergänzungspfleger mit diesem Titel im Namen des Kindes gegen den Vater vorgehen und ggf vollstrecken kann, muss er beim Notar dessen Um-

schreibung auf das Kind beantragen. Zu näheren Einzelheiten wird auf Fragen 2 bis 4 des genannten Themengutachtens verwiesen.

## 6 Beratung und Unterstützung beim Wechselmodell

### 6.1 Gesetzestext

§ 18 Abs. 1 SGB VIII

„(1) Mütter und Väter, die allein für ein Kind oder einen Jugendlichen zu sorgen haben oder tatsächlich sorgen, haben Anspruch auf Beratung und Unterstützung  
1. bei der Ausübung der Personensorge einschließlich der Geltendmachung von Unterhalts- oder Unterhaltersatzansprüchen des Kindes oder Jugendlichen, [...].“

### 6.2 Auszug aus DIJuF/Knittel/Birnstengel Themengutachten TG-1086

Frage 7 aus DIJuF/Knittel/Birnstengel Themengutachten Kindesunterhalt – Wechselmodell oder umfangreiche Mitbetreuung – Abgrenzung und allgemeine Rechtsfolgen, TG-1086, abrufbar unter [www.KiJuP-online.de](http://www.KiJuP-online.de)

*7 Haben Elternteile bei praktizierter „echter“ Wechselbetreuung einen Anspruch auf Beratung gem. § 18 Abs. 1 Nr. 1 SGB VIII?*

#### 7.1 Gesetzestext und Meinungsstand in der Literatur

Auf den ersten Blick könnten Zweifel angebracht sein, ob Eltern in diesem Fall überhaupt den Anspruch auf Beratung nach § 18 Abs. 1 Nr. 1 SGB VIII haben können: Die Vorschrift nennt als Berechtigte „Mütter und Väter, die *allein* für ein Kind oder einen Jugendlichen zu sorgen haben oder tatsächlich sorgen“.

Da eine Wechselbetreuung in aller Regel bei gemeinsamer Sorge verabredet wird, entfällt die erstgenannte Variante. Es käme deshalb nur in Betracht, dass sie „*allein für ein Kind oder einen Jugendlichen tatsächlich sorgen*“.

Ob dies nach dem Sinn der Vorschrift wirklich angenommen werden kann, wenn beide Eltern mit gleichen Zeitanteilen für das Kind sorgen, lässt sich jedenfalls der einschlägigen *Kommentarliteratur* nicht entnehmen, wie folgende Fundstellen zeigen:

- ■ „Zweck des § 18 ist es, einen besonderen Beratungsbedarf zu decken, der bei einem Elternteil dann besteht, wenn er die alleinige Personensorge hat, auch wenn er die tatsächliche Betreuung des Kindes zusammen mit dem anderen Elternteil ausübt, also nicht alleinerziehend ist.“ (LPK-SGB VIII/Kunkel 5. Aufl. 2014 SGB VIII § 18 Rn 1)
- ■ „Ausreichend ist, dass ein Elternteil tatsächlich allein für ein Kind sorgt, auch wenn er weiterhin mit dem anderen Elternteil rechtlich gesehen die gemeinsame Sorge ausübt.“ (Wiesner/Wiesner 2011, § 18 Rn 6)
- ■ „Bei der 2. Alt. des Abs. 1 besteht i.G. zur ersten ein gemeinsames Sorgerecht der Eltern, das jedoch nur ein Elternteil allein ausübt. Dieser Elternteil, der nicht allein sorgeberechtigt ist, aber tatsächlich allein für Kd. oder Jgdl. sorgt, hat also die Berechtigung nach § 18“ (Happe ua/Saurbier, Stand: 04/2012, Erl § 18 Rn 20)

- ■ „Tatsächliche Alleinsorge: Hier wird nicht auf die rechtliche, sondern auf die tatsächliche Situation abgestellt, die sich nach den konkreten Umständen des Einzelfalls richtet. Sie ist zB dann gegeben, wenn
  - –1. zwar beide Eltern durch Heirat oder gemeinsame Sorgeerklärung sorgeberechtigt sind, aber infolge ihres Getrenntlebens faktisch nur ein Elternteil die elterliche Sorge allein ausübt,
  - –2. ein nichteheliches Kind mit Einverständnis seiner allein sorgeberechtigten Mutter bei dessen Vater lebt,
  - –3. ein Kind mit Einverständnis oder Duldung des/der Sorgeberechtigten bei dem Elternteil lebt, dem die elterliche Sorge durch Gerichtsentscheid gem. §§ [1671](#), [1672](#), [1666](#), [1666 a](#), [1680](#) Abs. [3](#) BGB genommen wurde; hier ist seitens des Jugendamts allerdings zu prüfen, ob ein Vorgehen nach § [1696](#) Abs. [2](#) BGB oder nach § [8 a](#) Abs. [3](#) SGB VIII in Betracht kommt.“ (Fieseler ua/Schleicher Stand: 12/2012, § [18](#) SGB VIII Rn 8)
- ■ „Die tatsächliche Alleinsorge besteht immer dann, wenn ein Elternteil die Alleinsorge faktisch ausübt. Dies kann auch dann der Fall sein, wenn den Eltern zwar die elterliche Sorge gemeinsam zusteht, ein Elternteil sie bei Getrenntleben – ohne dass eine familiengerichtliche Entscheidung nach §§ [1671](#), [1672](#) BGB ergangen ist – jedoch alleine ausübt.“ (Schellhorn ua/Fischer 2012, § [18](#) SGB VIII Rn 12 f)

Daraus wird ersichtlich, dass der Fall der Wechselbetreuung in keinem der führenden Kommentare zum SGB VIII ausdrücklich gewürdigt wird. Vielmehr scheint die *Tendenz der Erläuterungen* eher gegen die Bejahung eines Beratungsanspruchs zu sprechen.

## 7.2 Argumente für einen Beratungsanspruch

Allerdings ist fraglich, ob dies zu einem befriedigenden Ergebnis führt. Der *Beratungsbedarf* ist offensichtlich vorhanden. Das gilt umso mehr, wenn man die Lösung – wie die neuere Literatur – nicht über einen Unterhaltsanspruch des Kindes, sondern über einen familienrechtlichen Ausgleichsanspruch sucht. Denn in diesem Fall kann weder über eine – wegen mangelnder Obhut eines Elternteils ohnehin gem. § [1713](#) Abs. [1](#) BGB ausgeschlossene – Beistandschaft noch über eine Ergänzungspflegschaft Abhilfe geschaffen werden. Hinzu kommt: Jedenfalls in der Phase, in der der jeweilige Elternteil das Kind bei sich hat, sorgt er tatsächlich allein für dieses (wenngleich die Gesamtsituation nicht mit einem alleinerziehenden Elternteil zu vergleichen ist, den die vorgenannten Fundstellen letztlich im Blick haben).

Hält man diese Prämisse für tragfähig, müsste der Beratungsanspruch allerdings *durchgängig* bestehen. Es würde schon an trockenen britischen Humor (s. auch „Monty Python“) grenzen, würde die Beratungsperson beim Jugendamt den um Beratung nachsuchenden Elternteil fragen: „Befindet sich das Kind heute entsprechend dem vereinbarten Betreuungsturnus bei Ihnen? Falls nicht, kommen Sie nächste Woche wieder vorbei.“

Im Übrigen ist zu bedenken: Würde man bei abwechselnder Betreuung mit exakt gleichen Zeitanteilen von vornherein einen Beratungsanspruch ablehnen, ergäbe sich ein etwas merkwürdiger *Wertungswiderspruch*. Würde ein Elternteil nämlich geltend machen, dass das Kind an vier von sieben Tagen in der Woche bei ihm sei, müsste man den Beratungsanspruch nach allgemeinen Grundsätzen bejahen. Verschieben sich die Zeitanteile hingegen geringfügig um nur einen halben Tag zum Verhältnis 3,5 : 3,5 Tagen, wäre der Beratungsanspruch abzulehnen. Ein wirklich überzeugendes Ergebnis könnte man dies kaum nennen.

Kommt man zum Ergebnis, dass bei *großzügiger Auslegung* des § 18 Abs. 1 Nr. 1 SGB VIII auch die hier in Rede stehenden Fälle vom Beratungsanspruch erfasst werden, müsste die Beratung jedenfalls dem Elternteil gewährt werden, der sich als erster an das Jugendamt wendet. Falls auch der andere Elternteil an dasselbe Jugendamt mit einem identischen Wunsch herantritt, wäre es eine pragmatische Lösung, die Eltern zum Versuch einer Einigung an einen Tisch zu bekommen. Es wäre jedenfalls kaum vorstellbar, dass unterschiedliche Personen ein und desselben Jugendamts jeweils den Vater und auf der anderen Seite die Mutter beraten. Insoweit unterscheidet sich die Situation von einer Beistandschaft, die bisher von einer Sachbearbeitungsperson geführt wurde und nun beendet ist. Tritt wegen Obhutswechsels nunmehr der andere Elternteil an das Jugendamt heran und beantragt eine Beistandschaft, sollte schon aus Stilgründen eine andere Mitarbeiterin oder ein anderer Mitarbeiter des Jugendamts diese Aufgabe übernehmen.

Hält man hingegen einen *Beratungsanspruch* bei identischen Zeitanteilen ungeachtet der vorstehend genannten gedanklichen Brücke im Hinblick auf den allgemeinen Gesetzeszweck *für nicht gegeben*, wäre allerdings noch folgende Überlegung zu prüfen:

Der BGH hat betont, dass es in den hier interessierenden unterhaltsrechtlichen Zusammenhängen darauf ankomme, ob ein Elternteil die *Hauptverantwortung* für ein Kind trägt. Hierbei komme der zeitlichen Komponente der Betreuung indizielle Bedeutung zu, ohne dass die Beurteilung sich allein hierauf zu beschränken brauche (vgl. oben Ziff. 1.2 und Frage 3).

Könnte ein Elternteil solche Punkte glaubhaft vorbringen, die dafür sprechen, dass er letztlich die *Hauptverantwortung* für das Kind trage, obwohl im Übrigen eine zeitanteilig identische Betreuung praktiziert wird, könnte man gleichfalls zum Ergebnis kommen, dass dieser Elternteil – und nur er – *Anspruch auf Beratung* hat, weil er tatsächlich allein für das Kind sorgt.

Lassen sich solche Anhaltspunkte im vorgenannten Sinne nicht finden und ist das Jugendamt zudem der Meinung, dass bei Wechselbetreuung mit identischen Zeitanteilen weder der Wortlaut noch der Sinn des § 18 Abs. 1 Nr. 1 SGB VIII erfüllt sei, müsste dann allerdings folgerichtig der *Beratungsanspruch* abgelehnt werden.

Dass dies freilich zu einem unbefriedigenden Ergebnis führt, wurde eingangs bereits dargelegt.“

Hierzu auch DIJuF-Rechtsgutachten JAmt, 2015, 549.

**Ergebnis: Nach Auffassung des DIJuF kann der Beratungs- und Unterstützungsanspruch bejaht werden.**

### **6.3 Inhalte des Beratungsgesprächs bzgl. Unterhalt**

#### **Berechnung des Unterhaltsanspruchs und Geltendmachung des Unterhaltsanspruchs**

Grundlagen der Berechnung nach BGB und nach SFK 3-Empfehlung (JAmt 2017, 286).

#### **Legitimation zur Geltendmachung des Ausgleichsanspruchs**

Ein Ergänzungspfleger bzw der Elternteil, auf den nach § 1628 BGB übertragen wurde, kann nicht für die Vergangenheit, in der bereits WeMo gelebt wurde, Unterhalt geltend machen. Empfehlung: bereits ab Beginn des WeMo bzgl Unterhalt einigen (Rückstände ansonsten ggf über familienrechtlichen Ausgleichsanspruch zwischen den Eltern klären).

### **Alleinerziehungszuschlag**

Nach § 21 Abs. 3 SGB II gilt: „(3) Bei Personen, die mit einem oder mehreren minderjährigen Kindern zusammenleben und **allein** für deren Pflege und Erziehung **sorgen**, ist ein Mehrbedarf anzuerkennen 1. in Höhe von 36 Prozent des nach § 20 Absatz 2 maßgebenden Bedarfs, wenn sie mit einem Kind unter sieben Jahren oder mit zwei oder drei Kindern unter 16 Jahren zusammenleben, oder 2. in Höhe von 12 Prozent des nach § 20 Absatz 2 maßgebenden Bedarfs für jedes Kind, wenn sich dadurch ein höherer Prozentsatz als nach der Nummer 1 ergibt, höchstens jedoch in Höhe von 60 Prozent des nach § 20 Absatz 2 maßgebenden Regelbedarfs.“

In den Fachliche Weisungen der Bundesagentur für Arbeit heißt es hierzu (Stand: 20.7.2016):

„Bei geschiedenen oder getrennt lebenden Elternteilen, die sich in **zeitlichen Intervallen von mindestens einer Woche** bei der Pflege und Erziehung des gemeinsamen Kindes abwechseln (Wechselmodell), ist der Mehrbedarf jeweils in halber Höhe anzuerkennen. Die Elternteile teilen sich zwar die elterliche Sorge zu etwa gleichen Teilen, betreuen das Kind jedoch nicht gemeinsam. Hält sich das Kind überwiegend bei einem Elternteil auf, steht diesem grundsätzlich der volle Mehrbedarf zu.“

Nach dem BSG kommt **hälftige Zubilligung des Alleinerziehungszuschlags** nur in Betracht, wenn das Betreuungsintervall mindestens eine Woche beträgt (BSG 3.3.2009 – B 4 AS 50/07 R). Anteilige Zuerkennung des Mehrbedarfs für Alleinerziehende nur bei genau hälftiger Teilung der Kinderbetreuung und –erziehung (BSG 12.11.2015 – B 14 AS 23/14 R); die Eltern hatten eine Betreuung im Verhältnis 60:40 vereinbart und tatsächlich im Verhältnis von ca 56:44 betreut; das BSG verweist auf den BGH (5.11.2014 – XII ZB 599/13, JAmt 2015, 62 = FamRZ 2015, 236), der bei einer Betreuung von 57:43 ebenfalls kein Wechselmodell angenommen habe; also keine anteilige Zuerkennung des Alleinerziehungszuschlags.

### **Regelbedarf**

Während eines Umgangs von mehr als 12 Stunden pro Tag besteht eine temporäre Bedarfsgemeinschaft mit dem Umgangselternteil und ein Bedarf des Kindes von 1/30

des Regelsatzes; In dieser Zeit ist die BG mit dem anderen Elternteil aufgehoben (BSG 2.7.2009 – B 14 AS 75/08 R; 12.6.2013 – B 14 AS 50/12 R; LSG Schleswig-Holstein 17.1.2014 – L 3 AS 114/11; zur Kürzung des Sozialgelds bei wechselnden Aufenthalten auch SozG Detmold 27.10.2014 – S 18 AS 1733/14 ER).

### **Unterhaltsvorschuss**

Leistungen nach dem UVG sind nicht zu gewähren, wenn das Kind auch durch den anderen Elternteil in einer Weise betreut wird, die eine wesentliche Entlastung des den Unterhaltsvorschuss beantragenden Elternteils bei der Pflege und Erziehung des Kindes zur Folge hat (BVerwG 11.10.2012 – 5 C 20/11, NJW 2013, 405). Wird ein Kind im

**Wechselmodell** betreut, so ist ein Anspruch auf Unterhaltsvorschuss nicht gegeben (VG Bayreuth 20.7.2009 – B 3 K 08.708, zit. nach Giers FamRB 2012, 383, 385 Fn 26). Bei einem lediglich **erweiterten Betreuungsumfang** durch den Vater an 14 Tagen und 9 Nächten im Monat scheidet auch ein Anspruch auf UVG-Leistungen aus, da davon ausgegangen werden kann, dass die Entlastung der Mutter wesentlich ist und sich ein Lebensmittelpunkt bei einem Elternteil nicht eindeutig feststellen lässt (VG Göttingen 17.12.2013 – 2 A 601/13, JAmt 2014, 109). Eine Alleinerziehung iS des UVG liegt regelmäßig dann vor, wenn ein Elternteil für die Betreuung und Versorgung des Kindes nach Qualität und Quantität eindeutig dominierend im Vordergrund steht und die etwaigen Betreuungsleistungen des anderen Elternteils dagegen lediglich als gelegentliches Mitwirken erscheinen, etwa im Rahmen von Besuchsaufenthalten (OVG Münster 15.12.2015 – 12 A 1053/14, FamRZ 2016, 1016). Keine Alleinerziehung, wenn anderer Elternteil im wesentlichen Umfang an der erzieherischen Leistung mitwirkt – wenn auch die Fürsorgliche und erzieherische Hauptverantwortung beim anderen verbleibt (OVG Münster 15.12.2015 – 12 A 1053/14). Keine Alleinerziehung wenn Kind beim Vater ca 2-3 Tage die Woche verbringt (OVG Berlin-Brandenburg 13.12.2018 – OVG 6 B 9.17).

UVG-Richtlinie Ziff. 1.3.1 „Als Mitbetreuung, die einer Alleinerziehung entgegensteht, ist die Verantwortungsübernahme **zu mehr als einem Drittel** anzusehen.“

### **Wohngeld**

Nach § 5 Abs. 4 WGG gilt (Fassung seit 1.1.2016):

„Betreuen nicht nur vorübergehend getrennt lebende Eltern ein Kind oder mehrere Kinder zu annähernd gleichen Teilen, ist jedes dieser Kinder bei beiden Elternteilen Haushaltsmitglied. Gleiches gilt bei einer Aufteilung der Betreuung bis zu einem Verhältnis von mindestens einem Drittel zu zwei Dritteln je Kind.“

## 7 Berechnungen

### 7.1. Zwei Mangelfälle aus dem TG-1087 (=Frage 2) mit aktualisierten Zahlen

Wie könnten angemessene Unterhaltsberechnungen bei Wechselmodellen im Mangelfall und bei Berücksichtigung von weiteren Kindern unter Beachtung der BGH-Rechtsprechung aussehen?

#### Fall 1 Perspektive Beistandschaft

Die Eltern V und M haben zwei Kinder; die 15jährige T lebt bei M und nimmt „nur“ den normalen Umgang zu V wahr. Der 11jährige N lebt im Rahmen des Wechselmodells 50% bei V und 50% bei M. Bereinigtes monatliches Nettoeinkommen des V beträgt 1.500 EUR und der M 980 EUR. M bezieht das Kindergeld von je 204 EUR für beide Kinder. Beistandschaft besteht für T.

#### Berechnungsvorschlag für Beispiel 1:

Zunächst sind die Bedarfe der Kinder zu ermitteln und sodann diese Beträge in die Mangelberechnung einzusetzen. Allein Barunterhaltsverpflichtungen werden berücksichtigt, hingegen nicht Betreuungsleistungen, da diese nicht monetarisiert werden (TG-1056 Frage 3).

Der Bedarf von T errechnet sich nach dem Einkommen von V iHv 1.500 EUR und beträgt in der dritten Altersstufe 374 EUR (Zahlbetrag).

Auch der Bedarf von N richtet sich im Ergebnis allein nach dem Einkommen von V, da M nur 980 EUR unterhaltsrechtlich relevantes Einkommen hat und beträgt in der zweiten Altersstufe 304 EUR (Zahlbetrag).

Dem Vater stehen nur 420 EUR für den Unterhalt seiner beiden Kinder zur Verfügung (= 1.500 EUR minus 1.080 EUR). Die Mangelfallberechnung ergibt einen Anspruch für T iHv 232 EUR und für N iHv 189 EUR.

Anm.: Die Eltern sollten sich dann absprechen, wie das Geld für N zu verwenden ist.

Der Vater hat gegen die Mutter Anspruch auf  $\frac{1}{4}$  Kindergeld iHv 51 EUR für seine Betreuungsarbeit im Wechselmodell. Die für den Barunterhalt zu verwendende Hälfte des Kindergelds muss die Mutter für Ausgaben für N zur Verfügung stellen und auch über dessen Verwendung sollten sich die Eltern einigen.



T müssten noch UV-Leistungen iHv 40 EUR (272 EUR – 232 EUR) zustehen. Das Kind N hat keinen Anspruch auf UV-Leistung, da es von beiden Eltern betreut wird.

Geht die Mutter nur einer Teilzeitarbeit nach und sind die Voraussetzungen für die Zurechnung fiktiven Einkommens aus einer Vollzeitstelle gegeben, so ist der Berechnung das fiktive Einkommen einer Vollzeitstelle zu Grunde zu legen.

### **Fall 2 Perspektive Ergänzungspflegschaft oder Beratung nach § 18 SGB VIII**

Die Eltern M und V haben ein gemeinsames Kind F, 1. Altersstufe. Es soll im Rahmen des Wechselmodells zu 50% bei V und 50% bei M leben. V hat mit zwei anderen Frauen zwei weitere minderjährige Kinder: H, 2. Altersstufe, und L, 3. Altersstufe. V verfügt über ein bereinigtes monatliches Nettoeinkommen iHv 1.580 EUR. M hat ein bereinigtes monatliches Nettoeinkommen iHv 1.190 EUR. Die Summe beider Einkommen beläuft sich auf 2.770 EUR.

#### **Berechnungsvorschlag für Fall 2:**

Für den Kindesunterhalt stehen V nur 500 EUR zur Verfügung (= 1.580 EUR – 1.080 EUR). In die Mangelfallberechnung sind für H 304 EUR (Mindestunterhalt zweite Altersstufe) und für L 374 EUR (Mindestunterhalt dritte Altersstufe) einzustellen.

Der Bedarf von F berechnet sich nach dem zusammenzurechnenden Einkommen 2.770 EUR iHv **306 EUR** (Zahlbetrag vierte Gehaltsgruppe, erste Altersstufe). Bei der Berechnung der Quoten stehen bei M 110 EUR und bei V 500 EUR, insgesamt 610 EUR zur Verfügung. M trägt danach **55 EUR** (306 geteilt durch 610 mal 110) und V **251 EUR** (306 geteilt durch 610 mal 500). In die Mangelberechnung wären danach für F folglich 251 EUR einzustellen.

Im Rahmen der Mangelverteilung entfallen so auf H **164 EUR**, auf L **202 EUR** und der Anspruch von F gegen den Vater beläuft sich auf **136 EUR**. Der Vater erhält von der das Kindergeld beziehenden Mutter des F ein Viertel des Kindergelds für F, da er im Wechselmodell betreut.

Der Anspruch der F gegen M beläuft sich auf 110 EUR (Diff. zwischen Selbstbehalt 1.080 und Einkommen iHv 1.190 EUR), vorausgesetzt sie arbeitet Vollzeit. Arbeitet sie nur Teilzeit, ist ihr Selbstbehalt zu reduzieren auf einen angemessenen Betrag zwischen 880 EUR und 1080 EUR. (bzgl. fiktivem EK s.o. letzter Satz Berechnung von Fall 1).

Das Ergebnis ist auf Billigkeit und Angemessenheit zu überprüfen.

Unbillig erscheint, für F 251 EUR in die Mangelberechnung einzustellen, da dies fast dem Mindestunterhalt iHv 252 EUR entspricht und F doch auch zur Hälfte schon Betreuungsunterhalt von V erhält. Daher erscheint angemessen, für F nur die Hälfte des Mindestunterhalts in die Mangelberechnung einzustellen, da F ja bereits auch zur Hälfte von V Betreuungsunterhalt erhält und es sich beim Vater um eine Mangelverteilung handelt.

Rechtsprechung, die für diese Fallkonstellation eine angemessene Berechnungsweise vorgibt, wurde bislang nicht veröffentlicht.

### **7.2 Fall 3 Anfrage an das DIJuF**

Sachverhalt Fall 3: Kind ist 4 Jahre alt; Betreuung im Wechselmodell; Mehrbedarf 202 EUR. Eink. der Mutter M 873 EUR; M erhält Kindergeld; M zahlt 121 EUR des Mehrbedarfs; Eink. des Vaters V 1.490 EUR; V zahlt 81 EUR des Mehrbedarfs; Ergänzungspflegschaft

#### **Lösungsvorschlag:**

Der grundlegende Ansatz, den Barbedarf des Kindes auf Basis der zusammengesetzten Einkommen zu ermitteln, gilt dann nicht, wenn ein Elternteil gar nicht leistungsfähig ist. Da die Mutter mit ihrem Einkommen unter dem notwendigen Selbstbehalt liegt, ist der Grundbedarf entsprechend dem Einkommen des Vaters mit 354 EUR, abzgl  $\frac{1}{2}$  Kindergeld = 252 EUR Mindestunterhalt anzusetzen. Eine Höherstufung um eine Gehaltsgruppe ist grundsätzlich in Betracht zu ziehen, wenn den Vater nur eine Unterhaltsverpflichtung trifft. Dies erscheint vorliegend jedoch nicht angemessen, da der Vater nur ein Einkommen von knapp unter 1.500 EUR bezieht und zudem noch den Mehrbedarf zu tragen hat.

Elementarbedarf und Mehrbedarf betragen zusammen 454 EUR (252 EUR + 202 EUR). Der Vater ist jedoch nur in Höhe von 410 EUR leistungsfähig (1.490 EUR – 1080 EUR). Da die Mutter nicht leistungsfähig ist, steht der Mutter die Hälfte von den 410 EUR zu. Allerdings erhält die Mutter das Kindergeld, das wie folgt zu berücksichtigen ist:

Ein Viertel des Kindergelds steht jedem Elternteil zur Unterstützung bei der Betreuungsarbeit zu. Die Hälfte des Kindergelds ist für den Barbedarf des Kindes zu verwenden.

Im Ergebnis errechnet sich der Unterhaltsanspruch des Kindes, der sich auf den Ausgleich der „Unterhaltsspitze“ richtet (BGH 11.1.2017 – XII ZB 565/15, JAmt 2017, 197) wie folgt:  $410 \text{ EUR} : 2 = 205 \text{ EUR} - 51 \text{ EUR}$  (für die Betreuungsleistung) – 51 (für den Bar-

bedarf) = 103 EUR. So stehen letztendlich jedem Elternteil 307 EUR für das Kind zur Verfügung. Die Mutter erhält das Kindergeld iHv 204 EUR und bekommt die 103 EUR vom Vater. Der Vater muss 103 EUR an die Mutter abgeben und ihm verbleiben 307 EUR (410 EUR – 103 EUR).

### **7.3 weiterer Mangelfall, JAmt 2019, 137**

Mangelfall: weitere Kinder des barunterhaltspflichtigen Vaters werden von diesem im sog. Wechselmodell betreut

### **7.4 ältere Fälle nach Seiler FamRZ 2016, 1057 im Anschl. an die BGH 20.4.2016:**

Sachverhalt: Kind ist 8 Jahre alt; Wechselmodell wird praktiziert;

Eink. der Mutter 2.000 EUR; M erhält Kindergeld; M zahlt Klavierunterricht 50 EUR;

Eink. des Vaters 3.000 EUR; V zahlt Hobby Sport 30 EUR.

Mehrkosten durch Wechselmodell: je 50 EUR für zusätzliches Zimmer bei beiden Elternteilen; 30 EUR für zusätzliche Fahrtkosten zwischen den Eltern, die V zahlt.

Lösung s. TG-1087 unter Frage 1