

STELLUNGNAHME

vom 23.10.2014

der Ständigen Fachkonferenz 3 „Familienrecht und Beistandschaft, Amtsvormundschaft“ des Deutschen Instituts für Jugendhilfe und Familienrecht eV (DIJuF)

Umgang und Wechselmodell: Berücksichtigung der Kosten im Rahmen der Berechnung von Kindesunterhaltsansprüchen

Die Ständige Fachkonferenz 3 (SFK 3) des Deutschen Instituts für Jugendhilfe und Familienrecht eV (DIJuF) hat sich in ihrer 18. Sitzung am 15.01.2014 sowie ihrer 19. Sitzung am 01.10.2014 erneut mit dem Thema Umgang und Wechselmodell in Bezug auf Kindesunterhalt befasst und – unter Einbeziehung der früheren Stellungnahme vom 26.11.2012 (JAmt 2012, 642; FamRZ 2013, 346) – folgende Gesamtstellungnahme erarbeitet:

I. Umgang

Vorbemerkung

Die SFK 3 betont nachdrücklich, dass das Umgangsrecht ein Recht nicht nur der Eltern, sondern in erster Linie ein Recht des Kindes ist. Die SFK 3 appelliert daher an die Eltern, alles zu tun, um dem Kind einen ungestörten und den Bedürfnissen des Kindes entsprechenden Umgang mit dem Elternteil zu ermöglichen, mit dem es nicht dauerhaft zusammenlebt. Dazu gehört auch die Beteiligung des betreuenden Elternteils an den Umgangskosten. Den Eltern wird dringend angeraten, sich über die Frage der Beteiligung zu verständigen.

1. Begrifflichkeiten

Vorab weist die SFK 3 darauf hin, dass die Berücksichtigung von mit dem Umgang verbundenen Kosten immer eine Billigkeitsprüfung umfasst, in deren Rahmen zB auch die Gründe für erhöhte Kosten beachtet werden können. Immer zu würdigen ist die wirtschaftliche Situation des Kindes. Im Rahmen der Prüfung der Berücksichtigungsfähigkeit der Kosten ist zunächst zu unterscheiden zwischen Umgangskosten und Kosten, die aus Anlass des Umgangs anfallen.

2. Umgangskosten

Im Rahmen der Umgangskosten sind zu unterscheiden die Kosten des Kindes und die Kosten des umgangsberechtigten Elternteils sowie einer evtl Begleitperson des Kindes.

Berücksichtigungsfähig sind jedoch nur die notwendigen Umgangskosten. Dadurch ist sichergestellt, dass nur solche Positionen in die Berechnung einfließen, die einerseits den wirtschaftlichen Verhältnissen der Familie entsprechen und andererseits das erforderliche Maß nicht übersteigen.

Öffentliche Leistungen, die tatsächlich erbracht werden, sind gegenzurechnen. Es besteht auch eine Obliegenheit, diese Leistungen in Anspruch zu nehmen, soweit dies un-
schwer möglich ist.

Typische idR zu berücksichtigende Umgangskosten sind die Fahrtkosten des Kindes, des Elternteils und einer evtl Begleitperson zum Abholen und Bringen des Kindes. Diese Kos-

ten sind auch bei **engen wirtschaftlichen Verhältnissen** zu berücksichtigen. Sofern sich die Eltern die Wegstrecke oder die Fahrtkosten teilen, sind die mit der Ausübung des Umgangsrechts verbundenen Reisekosten neutral zu stellen. Ein Ersatzanspruch zwischen den Eltern scheidet also aus.

Außerdem sind **erhöhte Wohnkosten zu berücksichtigen**, die dadurch anfallen, dass für das Kind ausreichend Wohnraum mit Übernachtungsmöglichkeit vorgehalten werden muss, weil andernfalls kein Übernachtungsumgang stattfinden würde bzw stattfinden könnte. Die konkreten wirtschaftlichen Verhältnisse der Familie sind allerdings vorrangig zu berücksichtigen. Der Unterhaltspflichtige ist jedoch auch in engen wirtschaftlichen Verhältnissen grundsätzlich berechtigt, Wohnraum für die Übernachtungsbesuche vorzuhalten. Sofern die Wohnkosten den Betrag übersteigen, der als Wohnanteil im Selbstbehalt eingearbeitet ist, ist eine Erhöhung des Selbstbehalts vorzunehmen.

Die SFK 3 regt an, dass die Oberlandesgerichte in ihre Leitlinien aufnehmen, dass der Wohnanteil im Selbstbehalt erhöht werden kann, wenn für Übernachtungsbesuche der Kinder Wohnraum vorzuhalten ist und der im Selbstbehalt enthaltene Betrag für Wohnkosten nicht ausreicht, um diese Kosten zu decken.

3. Kosten aus Anlass des Umgangs

Kosten aus Anlass des Umgangs sind idR selbst bei engen wirtschaftlichen Verhältnissen nicht zu berücksichtigen. Das betrifft insbesondere:

- Kosten für angemessene Freizeitaktivitäten mit dem Kind,
- Kosten für Kleidung des Kindes, die der Umgangsberechtigte anschafft zur Nutzung während des Umgangs sowie
- Kosten für eine kindgerechte Ausstattung der Wohnung bzw des Fahrzeugs und für Spielzeug.

4. Lösungsvorschläge zur erleichterten Handhabung von Umgangskosten in der Praxis

Die SFK 3 schlägt vor, die **Umgangskosten zunächst zu pauschalieren** und mit einem Betrag von **50 EUR** in Ansatz zu bringen. Die Pauschale kann im Wege der konkreten Berechnung nach oben oder unten korrigiert werden, wobei denjenigen die Darle-

gungs- und Beweislast trifft, der von der Pauschale abweichen will. **Kosten für einen in-
folge des Umgangs erhöhten Wohnbedarf sind in der Pauschale nicht enthalten.**

Sodann ist je nach Leistungsfähigkeit zu differenzieren:

- Sofern ein **Mangelfall** vorliegt, also dem Pflichtigen nach Abzug des Kindesunterhalts nur noch der notwendige Selbstbehalt verbleibt, ist dieser um die Pauschale von 50 EUR zu erhöhen, die ggf korrigiert werden kann.
- Sofern **kein Mangelfall** vorliegt, sind die Umgangskosten als Abzugsposten vom Einkommen zu berücksichtigen.

Der Unterhaltspflichtige hat die erhöhten Umgangskosten darzulegen und zu beweisen. Dem betreuenden Elternteil bleibt es unbenommen, geringere Kosten darzulegen oder auch anzubieten, einen Teil der Kosten zu übernehmen oder dadurch abzufedern, dass etwa Kindersitze oder sonstige für den Umgang benötigte Gegenstände mitgegeben werden.

Die **Höhe** der zu berücksichtigenden Umgangskosten kann wertend verändert werden. In diesem Zusammenhang können bspw die Umstände berücksichtigt werden, die zu erhöhten Umgangskosten geführt haben, wie nicht veranlasster Umzug eines Elternteils mit den Kindern.

Öffentliche Leistungen, auch das anteilige Kindergeld – idR das hälftige auf das Kind entfallende Kindergeld bzw sofern zusätzlich Ehegattenunterhalt gezahlt wird iHv 4/7 bzw 45 % (Südl) des anteiligen Kindergelds – **hat der umgangsberechtigte Elternteil für die Umgangskosten einzusetzen.**

Der **Selbstbehalt** bleibt jedoch **unangetastet**. Bei geringen Umgangskosten führt die Berücksichtigung des anteiligen Kindergelds nicht zu einer Reduzierung des maßgeblichen Selbstbehalts.

5. Berücksichtigung von Kosten des erweiterten Umgangs in Abgrenzung zum Wechselmodell

Nach Auffassung der SFK 3 kann von einem **erweiterten Umgang**, der unterhaltsrechtlich beachtlich ist, nur dann gesprochen werden, **wenn eine erhebliche Abweichung der Umgangsfrequenz oder der Umgangsdauer vom Normalfall vorliegt**. Dies ist dann

der Fall, wenn sich das Kind/die Kinder regelmäßig mehr als jedes zweite Wochenende und die Hälfte der Ferien und damit im Schnitt **mehr als zehn Tage im Monat** beim anderen Elternteil aufhält/aufhalten. Die Kosten, die im Fall der Erweiterung des Umgangs entstehen, sind grundsätzlich bei der Unterhaltsberechnung zu berücksichtigen. Die SKF 3 betont jedoch, dass die real anfallenden Kosten nicht in die Kindesunterhaltsberechnung eingestellt werden; die **Kosten des erweiterten Umgangs** sind vielmehr **nach Billigkeit zu berücksichtigen**.

Die SKF 3 sieht hierzu folgende Möglichkeiten:

a) Eingruppierung des Barunterhaltspflichtigen in höhere als 1. Einkommensgruppe

Soweit der barunterhaltspflichtige Elternteil aufgrund seiner wirtschaftlichen Verhältnisse in eine höhere als die 1. Einkommensgruppe der Düsseldorfer Tabelle einzustufen ist, wird den erhöhten Umgangskosten dadurch Rechnung getragen, dass eine **Herabstufung um eine oder mehrere Gruppen** erfolgt, wobei die Herabstufung bis zum Mindestunterhalt reichen kann. Der Mindestunterhalt darf jedoch nicht unterschritten werden.

b) Eingruppierung des Barunterhaltspflichtigen in 1. Einkommensgruppe

Soweit der barunterhaltspflichtige Elternteil ohnehin nur in die Einkommensgruppe 1 einzustufen ist, ergibt sich ein **Spannungsverhältnis zwischen dem Mindestunterhalt und den Umgangskosten**. In diesen Fällen kann der Bedarf des Kindes durch die Umgangskosten nicht geschmälert werden, denn der Bedarf eines Kindes kann nicht niedriger sein als der Mindestunterhalt. Daher können die Kosten des erweiterten Umgangs nur im Rahmen der Leistungsfähigkeit Berücksichtigung finden mit der Folge, dass eine **Zumutbarkeitsprüfung** zu erfolgen hat. Es muss geprüft werden, wie weit dem Unterhaltspflichtigen zugemutet werden kann, die Umgangskosten aus anderen Mitteln und notfalls seinem Selbstbehalt zu tragen, damit der Mindestunterhalt sichergestellt ist. Der Unterhaltspflichtige hat daher **zunächst alle ihm zur Verfügung stehenden finanziellen Mittel einschließlich evtl Ansprüche an Dritte (zB SGB II-Träger)** zum Ausgleich der Umgangskosten **einzusetzen**. Auch kann ihm eine **Nebentätigkeit** zugemutet werden, um die höheren Umgangskosten abzufangen, sofern die Ausübung einer solchen Nebentätigkeit

aufgrund der tatsächlichen Gegebenheiten unter Berücksichtigung der Zeiten, die die Kinder bei ihm verbringen, aus tatsächlichen Gründen möglich ist. Der **Selbstbehalt** eines Erwerbstätigen kann im Rahmen der Zumutbarkeitsprüfung **herabgesetzt werden auf den Selbstbehalt des Nichterwerbstätigen**, der regelmäßig die unterste Grenze bilden dürfte.

c) Berücksichtigung erbrachter Naturalleistungen bei der Unterhaltsverpflichtung

Naturalleistungen, die zu einer spürbaren Einsparung aufseiten des betreuenden Elternteils führen, können grundsätzlich berücksichtigt werden. Dies wird im Mangelfall regelmäßig nicht der Fall sein.

6. Umgangsverweigerung

Die SKF 3 regt zudem an, dass im Rahmen der Prüfung eines Betreuungsunterhaltsanspruchs des betreuenden Elternteils gem. § 1570 BGB bzw § 1615I BGB berücksichtigt wird, dass der andere Elternteil das Umgangsrecht nicht wahrnimmt oder sich nicht an Umgangsvereinbarungen hält. Die **Umgangsverweigerung des Unterhaltspflichtigen ist im Rahmen der Prüfung des Umfangs der Erwerbsverpflichtung** zu beachten und kann auch dazu führen, dass Teile des tatsächlich erzielten Einkommens des betreuenden Elternteils als überobligatorisch außer Betracht bleiben.

Die SKF 3 empfiehlt, dass die Oberlandesgerichte diese Überlegungen in Ziff. 17 ihrer jeweiligen Unterhaltsleitlinien aufnehmen.

II. Wechselmodell

Vorbemerkung

Insbesondere die unterschiedlichen Begrifflichkeiten, die in den Diskussionen Verwendung finden, schaffen eher Verwirrung als Klarheit. Aus Sicht der SKF 3 ist es geboten, in einem ersten Schritt Handreichungen für die Praxis zu erarbeiten, die die praktische Umsetzung des Wechselmodells unter Berücksichtigung der gesellschaftlichen Gegebenheiten und vor allem unter Wahrung der Kindeswohlbelange ermöglichen. Die SKF 3 verweist darauf, dass sich die mit der Berücksichtigung eines Wechselmodells im Unter-

haltsrecht verbundenen Probleme nicht rein mathematisch lösen lassen. Die rechnerische Betrachtungsweise, dh die Ermittlung sowohl der Anteile an der Betreuung als auch am geleisteten Naturalunterhalt, dient vielmehr nur als Hilfsmittel, um zu einem gerechten und für alle Beteiligten tragbaren Ergebnis zu gelangen.

In einem zweiten Schritt wird die SFK 3 rechtspolitische Vorschläge und Forderungen erarbeiten, da die derzeitige Gesetzeslage den unterschiedlichen Betreuungsmodellen, die in der Praxis existieren, nur eingeschränkt gerecht wird.

1. Begrifflichkeit

Nach Auffassung der SFK 3 kann unter Berücksichtigung der Grundsatzentscheidungen des BGH (21.12.2005 = JAmt 2006, 415; 28.02.2007 = JAmt 2007, 217; 12.03.2014 = JAmt 2014, 282) sowie OLG Frankfurt aM (03.04.2014 = FamRZ 2014, 46) von einem Wechselmodell nur dann gesprochen werden, wenn nicht nur etwa gleiche zeitliche Anteile in der Betreuung gegeben sind, sondern auch beide Elternteile in etwa gleiche Anteile an der Verantwortung für die Betreuung und Versorgung des Kindes tragen. Trägt dagegen ein Elternteil die überwiegende Verantwortung für das Kind, liegt auch bei über das übliche Maß hinausgehenden Aufenthalten des Kindes beim anderen Elternteil kein Wechselmodell vor, sondern ein Fall des erweiterten Umgangs, dem unterhaltsrechtlich, wie unter Ziff. I. 4. vorgeschlagen, Rechnung zu tragen ist.

Daher lehnt die SFK 3 jede Form stundengenauer Ermittlung der einzelnen Betreuungsleistungen – evtl unter Berücksichtigung von Schlaf- und Schulzeiten – ab. Die zeitliche Orientierung sollte eher anhand der Zahl der Übernachtungen erfolgen. Als Indiz für vergleichbare zeitliche Anteile der Eltern an der Betreuung kann eine ungefähr gleiche Zahl von Übernachtungen des Kindes/der Kinder bei jedem Elternteil unter Einbeziehung der Ferien und Feiertage dienen.

2. Auswirkungen eines echten Wechselmodells auf die Vertretung des Kindes und seinen Unterhaltsanspruch

Solange die Eltern eine gleichgewichtige Betreuung des Kindes im Sinne eines echten Wechselmodells ausüben, hat bei gemeinsamer Sorge kein Elternteil mehr die Obhut iSv § 1629 Abs. 2 S. 2 BGB mit der Folge, dass auch keiner der Elternteile befugt ist, Unter-

haltsansprüche des Kindes gegen den anderen geltend zu machen oder eine Beistandschaft zu beantragen (§ 1713 Abs. 1 S. 2 BGB).

Da der Bedarf des Kindes definitionsgemäß durch die Naturalleistungen der Elternteile während der jeweiligen Betreuungszeit gedeckt ist, verbleibt kein offener Kindesunterhaltsanspruch. Allerdings ist es erforderlich, einen Ausgleich unter den Eltern zu finden. Derjenige Elternteil, der mehr an Leistungen erbringt als ihm nach unterhaltsrechtlichem Maßstab obliegen würde, kann ggf eine Ausgleichszahlung von dem anderen Elternteil verlangen.

3. Empfehlung zur Ermittlung angemessener Barunterhaltsbeiträge

Nach Auffassung der SFK 3 kann das vom BGH in der Entscheidung vom 21.12.2005 (XII ZR 126/03) angesprochene Modell eine gute Grundlage für die Überlegung bilden, in welcher Höhe jeweils Barunterhalt angemessen und von den Eltern nach Maßgabe ihrer Leistungsfähigkeit auszugleichen ist. Danach ist das Einkommen der Eltern zusammenzurechnen und aus dem zusammengerechneten Bedarf ist anhand der Düsseldorfer Tabelle der Barbedarf des Kindes zu ermitteln. Dieser ist zu erhöhen um Kosten, die durch das Wechselmodell anfallen, zB Fahrtkosten. Der sich so ergebende Bedarf ist um das volle Kindergeld zu kürzen und dann entsprechend der Leistungsfähigkeit der Eltern unter Anwendung des großen Selbstbehalts zu quotieren entsprechend der Unterhaltsberechnung eines Volljährigen. Der so ermittelte Betrag kann als Anhaltspunkt für den Umfang der von jedem Elternteil mindestens zu erbringenden Naturalunterhaltsleistung dienen, wobei die Eltern klären müssen, wie der Nachweis der Leistungen erfolgen soll. Die SKF 3 regt hier eine Absprache auf der Basis wechselseitigen Vertrauens an.

Auch eine genaue Ermittlung der für das Kind aufgewendeten Barbeträge bzw der Umgangskosten und der Abzug dieser Kosten beim Einkommen sind nicht angezeigt. Vielmehr ist eine Billigkeitsentscheidung unter Berücksichtigung der Belange aller Beteiligten erforderlich, wobei die Sicherung der Grundbedürfnisse des Kindes, nämlich die Sicherstellung des Mindestunterhalts, idR den Vorrang hat.

4. Auswirkungen des Wechselmodells auf den Bezug öffentlicher Leistungen

Die SFK 3 verweist darauf, dass das Wechselmodell auch Auswirkungen auf den Bezug öffentlicher Leistungen hat. Die wichtigsten werden nachstehend kurz erläutert.

a) Unterhaltsvorschussleistungen

Das Wechselmodell führt zum Wegfall von Ansprüchen nach dem UVG. Die Leistungen nach dem UVG werden nämlich nur erbracht, wenn ein Elternteil alleinerziehend ist, was beim Wechselmodell nicht gegeben ist, weil sich beide Eltern die Betreuung teilen.

b) SGB II-Leistungen

Da sich das Kind regelmäßig bei beiden Elternteilen aufhält, bildet es nur in der Zeit, in der es bei jedem Elternteil tatsächlich lebt, mit diesem und evtl weiteren Personen eine Bedarfsgemeinschaft. Das Kind gehört bei Leistungsbezug beider Eltern regelmäßig beiden Bedarfsgemeinschaften an, allerdings nur temporär, also nur für die Zeit des tatsächlichen Aufenthalts. Entsprechend wird das Kind bei der Leistungsgewährung berücksichtigt mit der Folge, dass die Leistungen für das Kind anteilig an jede Bedarfsgemeinschaft gezahlt werden. Das Kind ist somit bei der Beantragung der Leistung von beiden Eltern mit dem jeweiligen Aufenthaltsumfang anzugeben. Bezieht nur ein Elternteil Leistungen nach dem SGB II, erhält er die Leistungen für das Kind nur anteilig für die Zeit, in der das Kind bei ihm lebt.

c) Elterngeld bzw Betreuungsgeld

Die Eltern sollten sich zum Bezug des Elterngelds und des Betreuungsgelds verständigen, also dazu, wer für welche Monate die jeweilige Leistung bezieht. Andernfalls greift insbesondere die Aufteilungsregelung nach § 5 Abs. 2 BEEG.

Schlussbemerkung

Die SFK 3 betont, dass ein funktionierendes Wechselmodell hohe Anforderungen an die Kooperations- und Kompromissfähigkeit der Eltern stellt. Nur so kann verhindert werden,

dass das Kind zum Spielball der Elterninteressen wird oder das Kind die Eltern gegeneinander ausspielen kann. Beides dient nicht dem Kindeswohl.

Eindrücklich wird darauf verwiesen, dass ein Wechselmodell kein Unterhaltsparmodell ist und jede Forderung nach einem Wechselmodell, die lediglich den Zweck verfolgt, beim Kindesunterhalt zu sparen, von der SFK 3 abgelehnt wird.

Die SFK 3 ist der Ansicht, dass Voraussetzung für ein funktionierendes Wechselmodell ist, dass die Eltern einen Grundkonsens zu den für das Kind zu treffenden Entscheidungen gefunden haben. Die Eltern sollten im Interesse des Kindes, abgesehen von der zeitlichen Aufteilung der Betreuung, über folgende Punkte einig sein:

- Welche grundlegenden Erziehungsvorgaben hat jeder Elternteil zu beachten, wenn das Kind sich bei ihm aufhält?
- Wer zahlt an das Kind wie viel Taschengeld?
- Wo ist das Kind gemeldet, bei wem wird es steuerlich berücksichtigt, wer erhält das Kindergeld und wie ist dieses einzusetzen?
- Wer übernimmt besondere, für das Kind zu regelnde Angelegenheiten, zB Kindergarten, Schule, medizinische Versorgung, Sport usw, und steht hier als primärer Ansprechpartner für die Institutionen zur Verfügung?
- Wer stellt die Krankenversicherung sicher und wie erfolgt die praktische Handhabung?
- Wie ist die regelmäßige Kommunikation zwischen den Eltern sichergestellt, ohne das Kind als Boten zu missbrauchen? Wie häufig findet ein Austausch über die Belange und die Befindlichkeiten des Kindes statt?
- Wer kümmert sich um die vermögensrechtlichen Belange, zB Sparguthaben oder Sparanlagen, Versicherungen?
- Bei Bezug öffentlicher Leistungen: Wer beantragt diese und übernimmt die Verpflichtung zur laufenden Information des Leistungsträgers?

Und nicht zuletzt:

- Wer beteiligt sich mit wie viel am Barbedarf des Kindes und wie wird dies praktisch gehandhabt?

Weitere Informationen: Der Arbeitsschwerpunkt der Ständigen Fachkonferenz 3 liegt in den Bereichen des Familien- und Kindschaftsrechts, mit denen die Sachgebiete Beistandschaft und Amtsvormundschaft in den Jugendämtern befasst sind. Weitere Informationen zur SFK 3, ihren Mitgliedern und weiteren Stellungnahmen sind abrufbar unter www.dijuf.de > Fachgremien > SFK 3.