

## **Mangelfall; Berechnung der Einsatzbeträge weiterer mit dem barunterhaltspflichtigen Elternteil zusammenlebender Kinder**

### **§§ 1360 a, 1606 Abs. 2, Abs. 3 BGB**

DIJuF-Rechtsgutachten 5.9.2017 – SN\_2017\_0577 Br

Häufig lebt der einem familienfernen Kind gegenüber barunterhaltspflichtige Elternteil mit einem weiteren Kind (das kein Stiefkind ist) und dessen anderem Elternteil im gemeinsamen Haushalt. Dabei kommt der barunterhaltspflichtige Elternteil nicht allein für den Bedarf dieses weiteren Kindes auf, sondern auch der andere Elternteil trägt hierzu bei (vgl § 1606 Abs. 3 BGB).

Aber die ganz überwiegende Anzahl der Beistände des anfragenden Jugendamts geht bei der Bemessung des Unterhalts des familienfernen Kindes grundsätzlich von der vollen Bedürftigkeit des konkurrierenden Kindes aus, also dem Mindestunterhalt (Zahlbetrag) des im Haushalt lebenden Kindes und führt somit eine Verschärfung des Mangelfalls herbei. Dies mag auf den Ausführungen in den Unterhaltsleitlinien beruhen (vgl LL des OLG Dresden 2017, Ziff. 24.2: „Zur Feststellung des Mangelfalls entspricht der einzusetzende Bedarf für minderjährige und diesen nach § 1603 Abs. 2 BGB gleichgestellten Kindern dem Zahlbetrag, der aus der ersten Einkommensgruppe entnommen werden kann.“). Manchmal kann dies aber auch auf Erfahrungen bei den Amtsgerichten zurückzuführen sein, die den Mindestunterhalt in die Mangelfallberechnung einstellen.

Das Jugendamt bittet deshalb um Einschätzung, ob es vertretbar ist, im Hinblick auf den finanziellen Beitrag des anderen Elternteils zu dem im Haushalt lebenden Kind dessen Einsatzbetrag in der Mangelfallberechnung quotal gemindert, also nur anteilig anzusetzen und ob dies ggf auf einschlägige Rechtsprechung oder Literaturfundstellen gestützt werden kann.

Ferner bittet das Jugendamt um Äußerung, ob aufgrund fehlender Kenntnisse bezüglich der persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des zweiten Elternteils des weiteren Kindes grundsätzlich von einer hälftigen Bedürftigkeit ausgegangen werden kann.

### **I. Vorbemerkung**

Bevor auf die Kernfrage „Mit welchen Einsatzbeträgen ist der Unterhaltsbedarf der im Haushalt lebenden Kinder jeweils bei der Mangelfallberechnung zu berücksichtigen?“ eingegangen wird, vorab einige allgemeine Bemerkungen zum Unterhaltsrecht:

Die Aufgabe des Unterhaltsrechts wird allgemein so verstanden, für immer wieder gleichartig oder zumindest sehr ähnlich vorkommende Sachverhalte eine möglichst einfache und – durch weitgehende Gleichbehandlung – alles in allem einigermaßen gerecht erscheinende Beurteilungsgrundlage zu liefern.

So geht das Gesetz im *Trennungsfall* von der Grundannahme aus, dass im Regelfall ein Elternteil den finanziellen Bedarf des Kindes durch Barunterhalt deckt und der andere seiner Unterhaltspflicht durch Pflege und Erziehung iSv § 1606 Abs. 3 S. 2 BGB nachkommt. Dass es in der Lebenswirklichkeit immer wieder zu praktischen Überschneidungen und verschwimmenden Abgrenzungen kommen kann, ist

Mangelfall; Berechnung der Einsatzbeträge weiterer mit dem barunterhaltspflichtigen Elternteil zusammenlebender Kinder(JAMT 2017, 540)

541

bei Getrenntleben mit Blick auf die Rechtsprechung zum sog. Wechselmodell und erweiterten Umgang offensichtlich.

Aber auch bei *zusammenlebenden Eltern* liegt oftmals die Konstellation vor, dass sowohl der Vater als auch die Mutter Erwerbseinkommen beziehen und damit zur Finanzierung des Haushalts beitragen und auch beide Elternteile die gemeinsamen Kinder betreuen. Die Frage drängt sich auf, ob nicht infolgedessen beide Elternteile Barunterhalt für die mit ihnen zusammenlebenden gemeinsamen Kinder leisten. Wenn sich zudem die Eltern in der konkreten Betreuung des Kindes mit einigermaßen feststehenden Zeitanteilen abwechseln, kann sich umgekehrt die Frage stellen, ob nicht beide insofern (auch) Betreuungsunterhalt leisten. Eine solche Frage wäre von vornherein irrelevant, solange es ausschließlich um das Verhältnis zwischen den Eltern untereinander und dem Kind geht und insoweit in einer intakten Familienbeziehung kein Streit über die Art und die Höhe des Unterhalts besteht.

Schwierig wird es jedoch, wenn ein familienfernes Kind Unterhalt gegen einen der beiden Elternteile geltend macht und dann zu klären ist, inwieweit dieser *finanzielle Belastungen durch Unterhaltsleistungen* gegenüber anderen gleichrangigen Kindern hat, welche ggf im Mangelfall zu einer *anteiligen Kürzung aller Ansprüche* führen müssen. Hierbei ist offenkundig, dass es diesem Elternteil nützt, wenn ihm bescheinigt wird, dass er gegenüber den anderen Kindern Barunterhalt zu erbringen habe. Hingegen würde die Aussage, dass er diese Kinder betreue, zu deren Lasten gehen, weil dann nach dem Gesetz ausschließlich der Barunterhaltsanspruch des familienfernen Kindes zur Geltung käme (§ 1606 Abs. 2 S. 2 BGB).

Es liegt auf der Hand, dass es die Beurteilung von derartigen Unterhaltsfällen deutlich erschweren würde, wenn nicht im Wege einer schematischen Betrachtung jeweils zugrunde gelegt werden könnte, dass ein Elternteil den Barunterhalt erbringt und der andere seiner Unterhaltspflicht durch Pflege und Erziehung nachkommt (§ 1606 Abs. 3 S. 2 BGB). Jegliche Mischformen („beide betreuen zu je 50 %“, „Vater betreut zu 30 % und übernimmt 70 % des Barunterhalts, Mutter spiegelbildlich umgekehrt“) werden vom Gesetzgeber nicht berücksichtigt. Zu überlegen ist jedoch, wie solch schematische Ergebnisse auf Angemessenheit zu überprüfen sind.

*Leben die Eltern mit minderjährigen Kindern zusammen*, liegt es grundsätzlich in der Entscheidungskompetenz der Eltern, die Rollenverteilung festzulegen. Im Verhältnis zu familienfernen Kindern muss die Rollenzuordnung jedoch wirtschaftlich plausibel sein, wie die *Grundsätze der Hausmann-Rechtsprechung* belegen (hierzu näher DIJuF/*Knittel/Birnstengel* Themengutachten, Stand 5/2015, TG-1119, abrufbar unter [www.kijup-online.de](http://www.kijup-online.de)). Es geht letztlich – jedenfalls im hier interessierenden Zusammenhang der Unterhaltspflicht gegenüber einem familienfernen Kind – nicht darum, was die Eltern im Einzelnen konkret praktizieren. Entscheidend ist vielmehr, wozu ein mit weiteren Unterhaltspflichten belasteter Elternteil *gegenüber einem in seinem Haushalt – gemeinsam mit den Eltern – lebenden Kind verpflichtet* ist. In einer Mangelfallberechnung ist der Betrag einzusetzen, den der Unterhaltsschuldner seinem bei ihm lebenden Kind schuldet. Die Regelung unter Ziff. 24.2 der LL des OLG Dresden betrifft den Unterhaltsanspruch der vom barunterhaltspflichtigen Elternteil fern lebenden Kinder und geht von dem Standardfall entsprechend § 1606 Abs. 3 S. 2 BGB aus (einer betreut allein, einer zahlt voll).

In diesem Fall ist im Mangelfall der Zahlbetrag aus der ersten Einkommensgruppe in die Mangelfallberechnung einzustellen (Ziff. 24.2 der LL des OLG Dresden).

Wie sich der *Anspruch des beim – einem weiteren Kind gegenüber barunterhaltspflichtigen – Elternteil lebenden Kindes berechnet bzw mit welchem Betrag dieses im Mangelfall bei der Unterhaltsberechnung des fernen Kindes einzustellen wäre*, ist weder im Gesetz ausdrücklich geregelt noch kann hierzu veröffentlichte Rechtsprechung aufgefunden werden. Es gilt daher, angemessene Lösungen zu finden, in denen die gesetzliche Regelung und Rechtsprechung zu Unterhaltspflichten mit dem Kind zusammenlebender verheirateter Eltern im Rahmen des Familienunterhalts einfließen können (§§ 1360, 1360 a BGB). Sind die Eltern nicht verheiratet, so richtet sich der Unterhaltsanspruch des Kindes nach §§ 1601 ff BGB. Danach haften Vater und Mutter anteilig nach ihren Erwerbs- und Vermögensverhältnissen (§ 1606 Abs. 3 S. 1 BGB). Bei minderjährigen Kindern regelt das Gesetz weiter, dass der Elternteil, der das Kind betreut, seine Unterhaltspflicht idR bereits allein durch die Pflege und Erziehung des Kindes erfüllt (§ 1606 Abs. 3 S. 2 BGB).

Ist der Vater voll berufstätig, so spricht die Regelung in § 1606 Abs. 3 S. 2 BGB als *Vereinfachungsregel im Unterhaltsrecht* gegen den Vorschlag des Jugendamts, grundsätzlich den hälftigen Barunterhaltsbetrag einzustellen. Da es sich jedoch vorliegend um *Mangelfälle* handelt, kann uE im Rahmen der Billigkeitsprüfung zu berücksichtigen sein, dass ein beim barunterhaltspflichtigen Elternteil lebendes Kind auch durch seinen anderen mit ihm zusammenlebenden Elternteil unterstützt wird und es daher angemessen sein könnte, das Kind nicht mit dem vollen Mindestzahlbetrag in die Mangelfallberechnung einzustellen. Es ist folglich eine Einzelfallprüfung vorzunehmen.

## **II. Wie ist der Unterhalt des gemeinsamen Kindes beim Zusammenleben der Eltern zu bemessen bzw auf die Eltern zu verteilen?**

Sind die Eltern verheiratet, so greifen die Regelungen zum Familienunterhalt (§§ 1360, 1360 a BGB). Die Ehegatten sind einander verpflichtet, durch ihre Arbeit die Familie angemessen zu unterhalten. Der angemessene Unterhalt der Familie umfasst alles, was nach den Verhältnissen der Ehegatten erforderlich ist, um *ua den Lebensbedarf der gemeinsamen unterhaltsrechtlichen Kinder* zu befriedigen (§ 1360 a BGB). Jeder Ehegatte muss grundsätzlich auch dann aus seinem Arbeitseinkommen einen Beitrag zum Familieneinkommen leisten, wenn er zu der Erwerbstätigkeit nicht gesetzlich verpflichtet ist (BGH 2.4.1974 – VI ZR 130/73, abrufbar unter [www.kijup-online.de](http://www.kijup-online.de)). Lebt das Kind mit den Eltern zusammen, so wird – bis auf das Taschengeld – Unterhalt in Natur gewährt (§ 1612 Abs. 2 S. 1 BGB; Wendl/Dose/Bömelburg *Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis*, 9. Aufl. 2015, § 3 Rn. 70). Im Fall der Konkurrenz mit anderen Unterhaltsansprüchen ist der Familienunterhalt auf die einzelnen Familienmitglieder aufzuteilen und in Geldbeträge zu veranschlagen (Palandt/*Brudermüller* BGB, 76. Aufl. 2017, BGB § 1360 a Rn. 1).

In welcher Höhe der Unterhaltsanspruch des Kindes angemessen erscheint, wird anhand von Fallbeispielen überlegt.

Mangelfall; Berechnung der Einsatzbeträge weiterer mit dem barunterhaltspflichtigen Elternteil zusammenlebender Kinder(JAmt 2017, 540)

542

## 1. Alleinverdienerrehe

Arbeitet der gegenüber dem fernen Kind barunterhaltspflichtige Elternteil (fortan: der Vater) Vollzeit und geht der mit ihm zusammenlebende Partner (fortan: die Mutter) keiner Erwerbstätigkeit nach, so bestimmt sich der Unterhaltsbetrag des mit ihnen lebenden Kindes allein nach dem Gehalt des Vaters.

Arbeitet die Mutter hingegen Vollzeit, so wird dem Vater die Leistung der Betreuungsaufgaben zugerechnet, wobei diese Unterhaltsleistung jedoch nicht monetarisiert wird. Ein Kind, das von einem Elternteil ausschließlich Unterhalt durch Pflege und Erziehung erhält (§ 1606 Abs. 3 S. 2 BGB), ist nicht in der Mangelfallberechnung zu berücksichtigen (s. DIJuF/*Knittel/Birnstengel* Themengutachten, Stand: 8/2014, TG-1056 Ziff. 3.1).

Hat der Vater kein eigenes Einkommen, muss er grundsätzlich Nebeneinkünfte anstreben, um den Barunterhalt des fernen Kindes zu gewährleisten (DIJuF/*Knittel/Birnstengel* Themengutachten, TG-1119 Frage 4). Mit diesem Nebenerwerbseinkommen müsste zunächst der Mindestunterhalt des familienfernen Kindes gedeckt werden – vorausgesetzt, der notwendige Eigenbedarf des Vaters ist gesichert –, da er seine Unterhaltspflicht gegenüber dem mit ihm lebenden Kind bereits durch Betreuungsarbeit erfüllt. Erst wenn der Mindestunterhalt erfüllt ist, könnte zu überlegen sein, dass sein Einkommen auch in den Familienunterhalt einfließt.

## 2. Doppelverdienerrehe

In einer Doppelverdienerrehe sind die Ehegatten anteilig entsprechend dem Verhältnis der beiderseitigen Einkünfte am Familienunterhalt zu beteiligen (BGH 2.4.1974 – VI ZR 130/73, abrufbar unter [www.kijup-online.de](http://www.kijup-online.de); Büte ua/*Menne* Unterhaltsrecht, 3. Aufl. 2015, BGB § 1360 a Rn. 3). Zugleich haben sich die Ehegatten um die Kinder gemeinsam zu kümmern (Palandt/*Brudermüller* BGB § 1360 Rn. 10).

Arbeitet der Vater Vollzeit, die Mutter jedoch nur Teilzeit, erscheint vertretbar, dass die Mutter ihrer Unterhaltspflicht bereits durch Betreuungsleistung nachkommt und nicht darüber hinaus zu Barunterhalt verpflichtet ist (§ 1606 Abs. 3 S. 2 BGB). Es wird jedoch allgemein vertreten, dass das minderjährige Kind seine Lebensstellung und damit seinen Bedarf von den Einkommens- und Vermögensverhältnissen seiner Eltern (also beider Eltern) ableitet (Büte ua/*Botur* BGB § 1610 Rn. 4). Es erscheint lebensnah, davon auszugehen, dass das Kind auch von dem Einkommen der Mutter mitprofitiert und einen entsprechenden höheren Lebensstandard hat. Auch hat die Mutter ihr Einkommen in den Familienunterhalt einzubringen und darf dies nicht einfach allein für sich verwenden. Dies spricht dafür, dass es billig ist, beide Einkommen zusammenzurechnen.

*Beispiel:*

Vater (100 %-Stelle): 2.000 EUR; Mutter (70 %-Stelle): 1.500 EUR; mit diesen zusammenlebendes Kind zweiter Altersstufe

Berechnung Kindesunterhalt allein nach Einkommen Vater: 337 EUR

Berechnung Kindesunterhalt nach addierten Einkommen:

3.500 EUR DT => 408 EUR; anteilig Vater 4/7: 233 EUR und Mutter 3/7: 175 EUR

Angemessen erscheint, nur 233 EUR anstelle der 337 EUR in die Mangelfallberechnung einzustellen, da die Mutter ja auch Einkommen hat und beide auch Betreuungsarbeit leisten.

(**Anmerkung:** Auch *Büte* rechnet die Einkommen beider Elternteile zusammen und steigt entsprechend höher in die DT ein; *Büte* FuR 2016, 624 [630] Beispiel 2, allerdings im Zusammenhang mit der Ermittlung des Familienunterhaltsanspruchs des Vaters, hierzu auch III.).

### **3. Weiterer Ansatz bezüglich Angemessenheitsüberlegungen im Mangelfall**

Geht der Vater einer *Vollzeitstelle* nach und ist trotzdem ein Mangelfall gegeben (aufgrund bspw hoher Kinderzahl und niedrigem Einkommensniveau), so ist zu prüfen, ob der Vater nicht noch nebenberuflich arbeiten muss. Betreut er jedoch seine Kinder, da auch seine Frau arbeiten geht, so ist angemessen, dem Vater zwar nicht einen Nebenjob zuzumuten, jedoch sollte dann das Einkommen der Frau mitberücksichtigt werden können, zumindest in Höhe eines fiktiven Nebenerwerbsverdiensts des Vaters.

### **III. Fazit**

Da es nur um die Befriedigung des Mindestunterhalts des fernen Kindes geht, halten wir es für angemessen, den Barunterhaltsanspruch des beim barunterhaltspflichtigen Elternteil lebenden Kindes gegenüber diesem im Einzelfall nach Billigkeitsüberlegungen bei Einkommen auch des anderen Elternteils zu senken. Auch die LL des OLG Dresden sehen unter Ziff. 24.4 ausdrücklich vor, das im Rahmen der Mangelfallberechnung gewonnene Ergebnis auf seine Angemessenheit zu überprüfen.

Veröffentlichte Rechtsprechung hierzu oder einschlägige Fundstellen in der Fachliteratur konnten allerdings nicht aufgefunden werden.

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass in Mangelfällen stets zu prüfen ist, ob der gegenüber seinem fernen Kind barunterhaltspflichtige Elternteil seinen Selbstbehalt (teilweise) über seinen Anspruch auf Familienunterhalt decken kann. Hierbei ist auch zu berücksichtigen, dass es idR angemessen ist, den *Selbstbehalt um 10 % zu reduzieren*, wenn der/die Partner/Partnerin auch Einkommen iHv mindestens Sozialhilfeniveau hat (BGH 9.1.2008 – XII ZR 170/05, JAmt 2008, 226). Allerdings kann problematisch sein, dass dem familienfernen Kind gar nicht dessen Einkommenssituation bekannt ist. Hierüber kann hinweghelfen, dass es nur um den Mindestunterhalt geht und entsprechende Leistungsfähigkeit unterstellt werden kann. Der barunterhaltspflichtige Elternteil müsste sodann das Einkommen seiner Partnerin bzw seines Partners darlegen zur Darstellung, dass das Familieneinkommen nicht ausreicht, den Bedarf des gemeinsamen Kindes zu decken und ggf auch für den Selbstbehalt des Barunterhaltspflichtigen benötigt wird.