

Kindesunterhalt und Wechselmodell

Prof. Dr. Kirsten Scheiwe, Universität Hildesheim

Scheiwe@uni-hildesheim.de

Gliederung

1. Problem und Fragestellung
2. Was ist ein ‚Wechselmodell‘? Wie häufig ist es?
3. Das Wechselmodell als Ausnahme vom Grundsatz des § 1606 Abs. 3 S.2 BGB
 - a. Wie wird Erziehung, Betreuung und Versorgung berücksichtigt?
Entstehungsgeschichte des § 1606 Abs.3 S. 2 BGB
 - b. Berechnung des Barunterhalts nach dem Einkommen eines Elternteils oder nach dem Einkommen beider Eltern? § 1606 Abs.3 S.2 und S. 1 – Grundsätze
4. Berechnung des Kindesunterhalts beim Wechselmodell
 - a. Kindesbedarf und ‚Wechselmehrbedarf‘
 - b. Berechnung der Höhe des Unterhalts
 - c. Ist der Begriff des ‚Wechselmodells‘ des BGH zu eng?
 - d. Kindergeld und Wechselmodell, § 1612b Abs.1 BGB
5. Elternvereinbarungen über Kindesunterhalt im Wechselmodell
6. Zum Schluss: Rechtsvergleichende Anmerkungen

§ 1606

Rangverhältnisse mehrerer Pflichtiger

(3) Mehrere gleich nahe Verwandte haften anteilig nach ihren Erwerbs- und Vermögensverhältnissen. Der Elternteil, der ein minderjähriges unverheiratetes Kind betreut, erfüllt seine Verpflichtung, zum Unterhalt des Kindes beizutragen, in der Regel durch die Pflege und die Erziehung des Kindes.

1. Problem und Fragestellung

Beginnen wir mit einem Fall, in dem es nicht viel Streit gibt:

M und V trennen sich, sie vereinbaren sich weiterhin gemeinsam um das 8-jährige Kind K zu kümmern. Sie suchen sich nicht weit voneinander entfernt liegende Wohnungen, so dass das Kind weiterhin die Grundschule in der Nähe besuchen kann. K verbringt in etwa die gleiche Zeit mit M und mit V, eine Woche lang geht er nach dem Hort zu M nach Hause, in der nächsten Woche zu V. Beide Eltern können durch Teilzeit ihre Arbeitszeit so gestalten, dass sie in ihrer jeweiligen ‚Kinderwoche‘ nachmittags genügend Zeit für K haben, um Hausaufgaben zu betreuen, Arztbesuche und Transporte zum Sport und zur Musikschule und zu Freunden genauso organisieren können wie die ganze Hausarbeit und Versorgung. Aber sie fragen sich, wie sich dieses Arrangement auf den Kindesunterhalt auswirkt. Sie verdienen beide etwa gleich viel.

Wie wirkt es sich auf die elterlichen Kindesunterhaltspflichten aus, wenn Eltern, die getrennt leben, sich die Betreuung und Versorgung des Kindes paritätisch teilen?

Das ist ein einfacher Fall, weil unstrittig ist, dass beide gleichermaßen das Kind in Obhut haben und betreuen. Es wird nicht über Zeitanteile und deren Bemessung gestritten. Es handelt sich um ein ‚Wechselmodell‘ nach der BGH-Rechtsprechung zum Kindesunterhalt, das eng definiert wird: Es liegt vor, wenn sich beide Eltern die Betreuung annähernd gleich teilen – ein ‚paritätisches Wechselmodell‘.

In diesem Fall wird nicht § 1606 Abs.3 S.2 BGB angewendet, wonach nur ein Elternteil barunterhaltspflichtig ist und der andere – in der Regel sind das Mütter – das Kind in Obhut hat. („Der Elternteil, der ein minderjähriges unverheiratetes Kind betreut, erfüllt seine Verpflichtung, zum Unterhalt des Kindes beizutragen, in der Regel durch die Pflege und die Erziehung des Kindes.“) Bei paritätischer Pflege und Erziehung gilt § 1606 Abs.3 S.1, wonach beide Eltern barunterhaltspflichtig sind und anteilig nach Einkommen und Vermögen haften. Ihrer Pflicht zur Erziehung und Pflege des Kindes kommen sie ja beide gleichermaßen nach. Wenn ihr Einkommen etwa gleich hoch ist und der Bedarf des Kindes gedeckt ist, müssten keine Ausgleichszahlungen mehr stattfinden (mit Ausnahme des Kindergeldes, das ja nun an einen Elternteil gezahlt wird). Sie müssten also nur eine möglichst praktische Lösung dafür finden, wie sie unvorhergesehene Veränderungen bei den Betreuungszeiten ausgleichen (etwa durch Krankheit des Kindes oder Überstunden u.ä.) und größere Anschaffungen durch einen Elternteil abrechnen. Sie schließen eine Elternvereinbarung ab, vereinbaren ein Zeit-Punkte-Konto zum Ausgleich von ‚Überstunden‘ bei der Betreuung, stellen sich gegenseitig von Unterhaltsansprüchen frei und richten ein gemeinsames Kind-Konto ein, auf das sie beide den gleichen Barbetrag einzahlen und von dem sie das Geld für größere Anschaffungen für das Kind abbuchen.

Soweit ein einfacher Fall von Eltern, die sich einigen können, die beide leistungsfähig sind, auch um die höheren Kosten des Wechselmodells zu tragen – denn das ist teurer als das Residenzmodell -, und die etwa gleich viel verdienen. Statt § 1606 Abs.3 S.2 gilt § 1606 Abs.3 S.1 BGB – die beiderseitige anteilige Barunterhaltspflicht, wie auch beim Unterhalt für ein volljähriges Kind, aber mit dem wichtigen Unterschied, dass beide auch erziehen, pflegen und versorgen.

Dieser idealtypische Fall ist äußerst selten – daran wird jedoch die Grundentscheidung deutlich, um die es in der Diskussion über ‚Kindesunterhalt und Wechselmodell‘ geht: Wann ist nur ein Elternteil barunterhaltspflichtig für ein unverheiratetes minderjähriges Kind – dann

bleibt es bei der Anwendung § 1606 Abs.3 S.2 BGB -, und wann sind beide Elternteile anteilig barunterhaltspflichtig, weil nicht nur ‚eine pflegt und erzieht‘? Es geht ums Geld, es geht auch um mehr Geld als im ‚Residenzmodell‘, und über den Kindesunterhalt hinaus kann die Entscheidung über geteilte Betreuung von Eltern weiter ausstrahlen - aber das ist heute nicht mein Thema: denn dann geht es auch um mögliche Veränderungen bei den Erwerbsobliegenheiten beider Eltern und Auswirkungen auf den Betreuungsunterhalt. Das hat auch Bedeutung für das Sozialrecht – denn auch dort wird geteilte Betreuung bisher nur ansatzweise berücksichtigt. Dies zeigt, warum die Diskussion über ‚Wechselmodell‘ und Kindesunterhalt ein umstrittenes Thema ist, auch wenn die Zahl der Eltern, die ein Wechselmodell praktizieren, bisher noch gering ist.

Rechtsprobleme und Kontroversen

Liegt ein ‚Wechselmodell‘ nach der BGH-Rechtsprechung vor, bei dem sich beide Eltern annähernd gleich an der Betreuung des Kindes beteiligen, fragt sich wie der Kindesunterhalt in diesem Fall zu berechnen ist, wie hoch der Bedarf des Kindes ist (weil das Wechselmodell teurer ist), wer das Kind vertreten kann und wie das Kindergeld anzurechnen ist.

Darüber hinaus wird kritisiert, die BGH-Definition des Wechselmodells sei zu eng und sollte auch auf andere Fälle einer wesentlichen Beteiligung beider Eltern an der Betreuung angewendet werden, die sich einer Mitbetreuung annähern.

Und schließlich stellt sich die Frage, welche Vereinbarungen Eltern hinsichtlich des Kindesunterhalts treffen können und wo die rechtlichen Grenzen zum Schutz des Kindeswohls liegen.

Bevor wir uns mit Fragen der Berechnung der Höhe des Kindesunterhalts beim Wechselmodell oder der Anrechnung des Kindesgeldes beschäftigen, was vielen Praktikerinnen und Praktikern vielleicht unter den Nägeln brennt –dazu ist in letzter Zeit viel veröffentlicht worden in Fachzeitschriften und Kommentaren -, möchte ich zunächst einen Schritt zurück gehen und mich mit den rechtlichen Grundentscheidungen über die Aufteilung der Sorge für ein Kind zwischen Eltern und die Verteilung der Kindesunterhaltsbeiträge und ihre historische Veränderungen beschäftigen. Denn die partnerschaftliche, paritätische Aufteilung der Sorge und Betreuung des Kindes zwischen getrennt lebenden Eltern provoziert viele Fragen. Warum?

Einmal ist das ‚Wechselmodell‘ faktisch eine absolute Ausnahme - es kommt nicht so häufig vor, genaue Daten und empirische Forschung darüber liegen noch nicht vor. Auch wie Kinder und Eltern mit dem Wechselmodell klarkommen und welche Erfahrungen sie damit machen, ist empirisch kaum erforscht, aber ein ‚heißes‘ Thema, über das viel und emotionalisiert gestritten wird.

Das Wechselmodell und partnerschaftlich geteilte elterliche Betreuung und Versorgung des Kindes passen nicht zum Grundsatz des § 1606 Abs.3 S.2 BGB, der hinsichtlich des Rangverhältnisses mehrerer Unterhaltspflichtiger den Grundsatz formuliert, dass der Elternteil, der ein minderjähriges unverheiratetes Kind betreut, seine Kindesunterhaltsverpflichtung in der Regel durch die Pflege und die Erziehung des Kindes

erfüllt. Diese Regel wird von einigen so missverstanden, als würde der betreuende Elternteil ‚nur‘ betreuen, während der andere Elternteil ‚alles‘ zahle.

Die in der Rechtspraxis meist verwendeten Unterhaltstabellen der Oberlandesgerichte passen nicht zum ‚Wechselmodell‘, weil sie von der Annahme ausgehen, dass ein Kind überwiegend in der Obhut des betreuenden Elternteils lebt und sich beim barunterhaltspflichtigen Elternteil nur im Rahmen der Ausübung des Umgangsrechts befindet. Ob und wie die Tabellen, die ja lediglich Hilfsmittel sind, einem veränderten Bedarf des Kindes beim Leben in zwei Haushalten Rechnung tragen, ist daher zu diskutieren.

Das ‚Wechselmodell‘ irritiert auch deshalb, weil finanzielle Sorgen und Interessen und Armutrisiken beim Kindesunterhalt so eine wichtige Rolle spielen. Überwiegend Mütter haben Angst vor einer Verschlechterung der materiellen Situation – weniger Kindesunterhalt, möglicherweise auch weniger oder kein Betreuungsunterhalt mehr –, wünschen aber oft eine stärkere Einbindung des Vaters im Interesse des Kindes und ihrer eigenen Erwerbstätigkeit, die rechtlich ja zunehmend eingefordert wird. Väter fragen sich, warum sie genau so viel Kindesunterhalt zahlen sollen wie zuvor, falls sie sich erheblich an der Betreuung beteiligen und dies mehr ist als der übliche Umgang, aber doch nicht annähernd die Hälfte der Zeit. Beiden Eltern ist meist klar, dass das Wechselmodell mit erheblichen Kosten und Aufwand verbunden ist, es ist eindeutig ‚teurer‘ als das sog. ‚Residenzmodell‘. Das Wechselmodell erfordert ein hohes Engagement und große Verständigungsbereitschaft von Eltern, deshalb ist auch die Frage nach der Möglichkeit elterlicher Vereinbarungen (und damit auch der anwaltlichen Beratung und Mediation, aber auch der Beratung durch Jugendämter) von wichtiger Bedeutung.

Die Rechtsprechung thematisiert das unter dem Stichwort der ‚Wechselmehrkosten‘ (auch die Sozialgerichtsbarkeit ist mit dem Problem konfrontiert, etwa bei den Umgangskosten, der ‚temporären Bedarfsgemeinschaft‘ und der Frage, wie im Wechselmodell mit dem ‚Mehrbedarf‘ für Alleinerziehende in der SGB-II Grundsicherung umzugehen ist). Meiner Meinung nach wird bisher die Frage, wie der Kindesbedarf sich im Fall des Wechselmodells verändert, jedoch unzureichend geklärt; die Diskussion entzündet sich an einzelnen Bestandteilen des Kindesbedarfs (etwa Wohnkosten oder Fahrtkosten), aber es liegen keine fundierten Berechnungen vor, wie sich der Mindestbedarf und der Mindestunterhalt durch das Leben in zwei Haushalten verändert (Kosten für Essen, Spielzeug, Möbel etc.) und welche Einsparungen tatsächlich erzielt werden können, wenn sich das Kind die Hälfte der Zeit im Haushalt des anderen Elternteils aufhält. Das müsste transparent und empirisch fundiert ermittelt werden; bisher beruhen die angenommenen ‚Wechselmehrkosten‘ auf reinen Schätzungen, die nicht ohne weiteres nachvollziehbar sind.

Regelungen des Steuer- und Sozialrecht passen nicht zum ‚Wechselmodell‘, wenn davon ausgegangen wird, dass das Kind nur einen ‚Lebensmittelpunkt‘ haben kann und sich nur bei einem Elternteil in Obhut befinden kann. Diese Probleme strahlen über die Kindergeldanrechnung auch in das Kindesunterhaltsrecht aus. Aber auch im Sozialrecht hat eine Diskussion über die Auswirkungen geteilter elterlicher Sorgepraxis begonnen, dies wird bereits im Wohngeldrecht anerkannt und teilweise auch im Grundsicherungsrecht des SGB II

(in der Konstruktion der ‚temporären Bedarfsgemeinschaft‘ oder bei der Möglichkeit, den Mehrbedarf für Alleinerziehende zwischen zwei getrennt lebenden Eltern zu teilen¹).

Die Kontroversen werden auch dadurch angeheizt, dass im Recht unterschiedliche Leitbilder, Rechte und Pflichten von Elternschaft gleichzeitig postuliert werden – etwa Wahlfreiheit, gleichberechtigte Elternschaft, Absicherung der Entscheidung für Erwerbsreduzierungen für Kind und Familie durch die Ehe, gleichzeitig erhöhte Erwerbsobliegenheiten im Trennungsfall und für Sozialleistungsbeziehenden im SGB II – das verunsichert. Neben diesen verschiedenen normativen Leitbildern stehen vielfältige gelebte Realitäten – mit dieser ‚Gleichzeitigkeit von Ungleichzeitigkeiten‘ umzugehen und die Unterschiedlichkeit angemessen zu berücksichtigen ist schwierig und stellt hohe Anforderungen, auch an die Rechtspraxis.

2. Was ist ein ‚Wechselmodell‘?

Das Gesetz kennt diesen Begriff nicht. Es handelt sich um einen Begriff, den der BGH in zwei grundlegenden Urteilen 2005 und 2007 verwendet hat, und zwar obiter dictum; entscheidende Rechtsfrage war jeweils, ob nur ein Elternteil oder beide anteilig für den Kindesunterhalt haften, ob also § 1606 Abs.3 S.2 oder Abs.3 S.1 BGB Anwendung findet.

Beim Wechselmodell handele sich dabei – so der BGH – um eine ‚Betreuung mit im Wesentlichen gleichen Anteilen‘ mit einer ‚etwa hälftigen Aufteilung der Erziehungs- und Betreuungsaufgaben‘, also „wenn die Eltern sich in der Betreuung eines Kindes abwechseln, so dass jeder von ihnen etwa die Hälfte der Versorgungs- und Erziehungsaufgaben wahrnimmt.“² Dies sei der Fall, wenn sich kein eindeutiges Schwergewicht der Betreuung bei einem Elternteil ergebe, aber nicht, wenn der Schwerpunkt der tatsächlichen Betreuung regelmäßig bei dem Elternteil liegt, der sich überwiegend um die Versorgung und die sonstigen Belange des Kindes kümmert. Zur Beantwortung der Frage, ob ein Elternteil die Hauptverantwortung für ein Kind trägt, komme der zeitlichen Komponente der von ihm übernommenen Betreuung indizielle Bedeutung zu, ohne dass die Beurteilung sich allein darauf zu beschränken braucht, so der BGH 2005.³

Den beiden Urteilen des BGH von 2005 und 2007⁴ lagen folgende *Fälle* zu Grunde:

Im ersten Fall⁵ hielt sich das Kind zu etwa einem Drittel beim beklagten Vater auf (an 9 bis 11 Tagen im Monat) und zu 2/3 bei der Mutter. Der Beklagte mache geltend, dass er aufgrund der Mitbetreuung des Kindes nur 2/3 des aus der Düsseldorfer Tabelle ermittelten Zahlungsbetrags abzüglich des hälftigen Kindergeldes schulde.

Im zweiten Fall⁶ lebten die beiden Klägerinnen überwiegend bei der Mutter, bei der sie sich an 9 von 14 Tagen und während der Hälfte der Ferien aufhielten; an den anderen 5 Tagen und in der anderen Ferienhälfte waren sie beim Vater. Zwischen den Parteien war unstreitig dass die Mutter die beiden Kinder zu 64% und der Vater diese zu 36% betreute. Beim Vater lebte außerdem überwiegend das dritte Kind aus der geschiedenen Ehe. Die beiden Klägerinnen verlangten vom Vater Barunterhalt, den dieser mit der Begründung verweigerte, dass er seiner

¹ Vgl. dazu Wersig, Wechselmodell im Steuer und Sozialrecht, in Scheiwe/Wersig, Einer zahlt und eine betreut?, 2010, 273.

² BGH 21.12.2005, XII ZR 126/03, Rn. 16 = BGH FamRZ 2006, 1015.

³ Ebd., Rn. 15 = BGH FamRZ 2006, 1015, 1016f.

⁴ BGH FamRZ 2007, 707.

⁵ BGH 21.12.2005, XII ZR 126/03, Rn. 16 = BGH FamRZ 2006, 1015.

⁶ BGH FamRZ 2007, 707.

Unterhaltspflicht bereits durch die Betreuung nachkomme. Beide Eltern arbeiteten Teilzeit, die Mutter 70% und der Vater 50%.

In beiden Fällen entschied der BGH, dass es bei der einseitigen Barunterhaltspflicht des weniger betreuenden Elternteils gem. § 1606 Abs.3 S.2 verblieb und kein Fall einer anteiligen Barunterhaltspflicht beider Eltern nach § 1606 Abs.3 S.1 BGB vorlag. Ein Kind befinde sich in der Obhut i.S. des § 1629 Abs.2 BGB desjenigen Elternteils, bei dem der Schwerpunkt der tatsächlichen Fürsorge und Betreuung liegt. Dies sei nicht in Frage zu stellen, solange das deutliche Schwergewicht der Betreuung bei einem Elternteil liege, der damit die Hauptverantwortung für das Kind trägt und dadurch den Betreuungsunterhalt leiste. An der Aufteilung zwischen Bar- und Betreuungsunterhalt ändere sich nichts bei dem weitgehend üblichen Umgangsrecht (ein oder zwei Wochenenden im Monat) oder einem großzügigeren Umgangsrecht, das sich einer Mitbetreuung annähere. Solange ein Elternteil die Hauptverantwortung trage, wofür der zeitlichen Komponente der Betreuung indizielle Bedeutung zukomme, ohne dass die Beurteilung sich allein hierauf zu beschränken brauche, müsse es dabei bleiben. Anders sei es nur zu beurteilen, wenn das Kind in etwa gleichlangen Phasen abwechselnd jeweils bei dem einen und dem anderen Elternteil lebt und beide etwa die Hälfte der Versorgungs- und Erziehungsaufgaben wahrnehme (sog. Wechselmodell), dann lasse sich ein Schwerpunkt der Betreuung nicht ermitteln, dann komme eine anteilige Barunterhaltspflicht der Eltern in Betracht.

Wie häufig kommt das Wechselmodell vor? Es sind keine validen empirischen Daten vorhanden

Die Datenlage ist schlecht, es lässt sich kaum etwas über Häufigkeit des praktizierten Wechselmodells sagen. Die (vorhandenen) Daten über das gemeinsame Sorgerecht nach Trennung oder Scheidung sagen nichts darüber aus, wie die Alltagssorge praktisch ausgeübt wird und wie sich gemeinsam sorgeberechtigte Eltern die Betreuung und Versorgung teilen.⁷ Zeitbudgetstudien könnten eine Datengrundlage bilden, etwa die Zeitbudgetanalyse von destatis, diese sind aber noch nicht daraufhin analysiert werden, wie viel Zeit getrennt lebende Eltern mit ihren außerhalb des eigenen Haushalts lebenden Kindern verbringen. Eine derartige Auswertung würde eine Forschungslücke schließen, hier besteht eindeutig Forschungsbedarf. Interessant wäre auch die Frage, wie häufig Familienrechtsanwältinnen mit Eltern zu tun haben, die ein Wechselmodell vereinbaren oder eine Elternvereinbarung abschließen wollen. Wir müssen uns zunächst aber mit der Feststellung begnügen, dass es sich um eine kleine Zahl von Fällen handelt, die dennoch von grundsätzlicher Bedeutung sind und wichtige Fragen aufwerfen, weil es sich zunehmend mehr Eltern wünschen, dass beide an der Alltagssorge in erheblichem Umfang teilnehmen.

Diskussion über den Begriff des ‚Wechselmodells‘ und Kritik an der Definition des BGH

Ist nicht jedes Modell, in dem ein Kind zwischen zwei Wohnungen der Eltern wechselt, sei ein Wechselmodell?⁸ Um hier Klarheit zu schaffen, könnte man das Wechselmodell, wie es der BGH definiert, als paritätisches Wechselmodell bezeichnen (in der Literatur findet sich

⁷ Scheiwe/Wersig, Cash und Care, 2011, 118.

⁸ Mandla, NJ 2011, 278.

auch die Bezeichnung ‚striktes Wechselmodell‘). Häufig verwendet wird auch der ‚Doppelresidenz‘ –Begriff vorgeschlagen, wenn sich das Kind bei beiden Eltern mehr als im Rahmen des üblichen Umgangs. Davon wird dann auch noch das ‚Nestmodell‘ unterschieden - auch das ist eine gemeinsame Betreuung und ein ‚Wechselmodell‘, aber nicht das Kind wechselt die Wohnung, sondern die Eltern wechseln sich ab. Das ist natürlich superteuer und wird wohl bisher kaum praktiziert.

Die BGH-Definition des Wechselmodells wird von einigen als zu eng kritisiert (so etwa ein Beschluss eines Arbeitskreises auf dem DFGT 2011), während andere die Einschränkung auf die ‚annähernd gleiche Betreuung‘ unterstützen. Von Kritikerinnen und Kritikern wird etwa gefordert, dass Betreuungsleistungen durch den bisher allein barunterhaltspflichtigen Elternteil, die deutlich über die ‚übliche‘ Umgangsdauer hinausgehen, Auswirkungen auf die Verteilung der Barunterhaltspflicht zwischen beiden Elternteilen haben sollte - so ein Beschluss des Arbeitskreises 1 auf dem DGFT, der mit 15 Ja-Stimmen, 10 Nein-Stimmen und einer Enthaltung angenommen wurde – also ein durchaus kontroverses Thema.

Im deutschen Familienrecht gibt es kein gesetzliches Leitbild (mehr), wie die Betreuung und Versorgung eines Kindes zwischen getrennt lebenden Eltern verteilt sein sollte – im Gegensatz zu früheren Regelungen, in denen für die Verteilung der Kindesunterhaltspflicht das Geschlecht des Elternteils eine Rolle spielte, aber auch die Ehelichkeit oder Nichteelichkeit des Kindes oder die Scheidungsschuld. Das ‚Wechselmodell‘ ist *eine* Möglichkeit der Aufteilung von Erziehungs- und Versorgungsaufgaben zwischen getrennt lebenden Eltern – denn wie sich Eltern die elterliche Sorge aufteilen, ist deren Angelegenheit. Das Familienrechtsmodell ist die *gleichberechtigte und partnerschaftliche Elternschaft*; beide Eltern haben die Pflicht und das Recht, für das minderjährige Kind zu sorgen (§ 1626 Abs.1), dies umfasst sowohl Personensorge als auch Vermögenssorge. Aber *wie* sie dies tun bleibt die private Entscheidung beider Eltern - die Eltern haben die elterliche Sorge in eigener Verantwortung und in gegenseitigem Einvernehmen zum Wohl des Kindes auszuüben, § 1627 BGB, und müssen versuchen sich bei Meinungsverschiedenheiten zu einigen. Das Kind wiederum hat ein Recht auf Umgang mit beiden Eltern, denn zum Kindeswohl gehört in der Regel der Umgang mit beiden Eltern (§ 1626 III BGB) – aber das Gesetz schweigt aus guten Gründen darüber, in welchem Umfang Umgang zum Kindeswohl gehört. Also – *Autonomie* der Eltern in der Entscheidung über die Aufteilung der tatsächlichen Sorgearbeit für das Kind.

An dieser Stelle ein paar Anmerkungen zur Geschichte und Veränderung des Rechts: Es gibt heute keine gesetzliche Vorgabe (mehr), wie dies zu geschehen hat – im Gegensatz zu den früheren Regelungen, welche Erziehung, Betreuung und Haushaltsführung als Aufgabe der Ehefrau und Mutter definierten und den Unterhalt (der bis 1958 nur als Barunterhalt verstanden wurde) als Aufgabe des Ehemannes und Vaters - und als Aufgabe des nichteelichen Vaters, dem bis 1998 gesetzlich kein Umgangsrecht zustand (die sog. ‚Zahlvaterschaft‘). Inzwischen sind die gesetzlichen Regelungen über elterliche Sorge und Kindesunterhaltspflichten geschlechtsneutral, behandeln eheliche und nichteeliche Väter gleich und überlassen den Eltern die einvernehmliche Gestaltung der elterlichen Sorge.

3. *Das Wechselmodell als Ausnahme vom Grundsatz des § 1606 Abs. 3 S.2 BGB*

Im Kindesunterhaltsrecht gilt jedoch die Regel des § 1606 Abs.3 S.2 BGB, und diese basiert auf einer bestimmten Aufteilung der elterlichen Sorgearbeit für das Kind, die auch immer

noch die häufigste ist, dass nämlich ein Elternteil das Kind erzieht und pflegt und der andere barunterhält leistet – grob vereinfacht gesprochen, „einer zahlt und eine betreut“⁹, also eine asymmetrische Verteilung der elterlichen Aufgaben, die nicht zum paritätischen Wechselmodell passt. Weil dies so ein wirkmächtiges Bild ist und die Regelung des § 1606 Abs.3 S.2 viele (auch falsche) Assoziationen über Rechte und Pflichten von Eltern auslöst, zunächst ein paar Worte über die Entstehung dieser Norm und ihre Bedeutung im Kindesunterhaltsrecht.

a) Wie wird Erziehung, Betreuung und Versorgung berücksichtigt? Entstehungsgeschichte des § 1606 Abs.3 S. 2 BGB

Diese Formulierung ging von einem Zusammenleben der Eltern aus und wurde 1958 vor dem Modell der ‚Hausfrauenehe‘ formuliert. Hintergrund war die Anerkennung von Haushaltsführung, Pflege und Erziehung der Kinder als eigener Unterhaltsbeitrag der Ehefrau, der als gleichwertig mit dem Beitrag zum Familienunterhalt durch Erwerbstätigkeit bewertet werden sollte – also eine Vorstellung von ‚verschieden, aber gleichwertig‘. Damit setzte das Gleichberechtigungsgesetz Art. 3 Abs.2 GG im Familienrecht um. Dies war ein großer Fortschritt im Vergleich zur Abwertung von Sorgearbeit der Frau, die bereits vorher heftig debattiert und kritisiert wurde. In den 1950er Jahren stand jedoch die eheliche Familie im Vordergrund der Diskussion; nichteheliche Kinder und die Bedeutung der Erziehung und Versorgung durch die Mutter eines nichtehelichen Kindes wurde weitgehend ausgeblendet. Erst durch das Nichtehechengesetz wurde mit Wirkung ab 1970 der Unterhaltsbeitrag der Mutter durch Pflege und Erziehung als gleichwertig mit dem Barunterhalt anerkannt.¹⁰

Damit wurde 1958 Pflege, Betreuung und Erziehung des Kindes im deutschen Recht als eigener Unterhaltsbeitrag anerkannt – das war aber nicht immer so. Das 1900 in Kraft getretene BGB verstand unter Unterhalt nur die Bereitstellung von Geldmitteln. Der mit der Kindesmutter verheiratete Vater haftete vor der Mutter, die keine Unterhaltspflichten hatte. Pflege und Betreuung waren Teil der elterlichen Gewalt; die Pflicht zur Haushaltsführung durch die Ehefrau war eine persönliche Ehwirkung. Der Vater eines nichtehelichen Kindes musste dem Kind entsprechend der Lebensstellung der Mutter Unterhalt leisten (§ 1708 I BGB).

Erziehung und Pflege des Kindes waren Aufgabe der Ehefrau und Mutter und galten vor 1958 nicht als eigener Unterhaltsbeitrag, sondern als unentgeltliche Dienste.¹¹ Darüber gab es lange Kontroversen,¹² so forderte Marianne Weber 1907 und 1912 die ‚ethische Neubewertung der Hausmutterleistung‘, und Marie Munck reklamierte 1925 auf dem 33. Deutschen Juristentag die materielle Anerkennung der Tätigkeit als Hausfrau und Mutter (sie war übrigens die erste weibliche Hauptreferentin auf einem Juristentag). Dabei ging es überwiegend um die Anerkennung im Güterrecht (1958 im Zugewinnausgleich verwirklicht), aber unterhaltsrechtliche Fragen spielten 1931 auf dem 36. Juristentag eine wichtige Rolle. Else

⁹ Vgl. die Beiträge in dem Sammelband von Scheiwe/Wersig, *Einer zahlt und eine betreut?* 2010 sowie die Monographie Scheiwe/Wersig, *Cash and Care*, 2011.

¹⁰ Scheiwe/Wersig ebd., 2011, 34ff.

¹¹ Scheiwe, *Kinderkosten und Sorgearbeit* 1999, 132f.

¹² Meder, *Kontroversen Kindesunterhalt 1874 bis Weimar*, in Scheiwe/Wersig 2010, 28ff.

Lüders forderte 1931, dass die Arbeit der Frau im Hause jeder anderen Erwerbsarbeit gleich stehen müsse. „Denn sonst laufen wir Gefahr, dass der Frau einmal die ihr an sich zufallende häusliche Arbeit aufgebuckelt wird – dagegen läßt sich nichts tun, und dagegen haben wir auch nichts -,daß von ihr aber außerdem – speziell zum Schaden der Kinder – eine Mehrarbeit [gemeint ist außerhäusliche Erwerbsarbeit] verlangt wird.“¹³

In den 1950er Jahren wurde dieser Faden wieder aufgenommen, erst im ehelichen Unterhaltsrecht im Rahmen des Familienunterhalts (§ 1360 BGB) und dann auch im Kindesunterhaltsrecht; erst für eheliche, 1970 auch für nichteheliche Kinder. Ich erwähne dies, weil nur vor diesem Hintergrund die Regelung des § 1606 III 2 BGB verständlich ist, wonach der Elternteil, der ein minderjähriges unverheiratetes Kind betreut, seine Kindesunterhaltsverpflichtung in der Regel durch die Pflege und Erziehung des Kindes erfüllt. Denn bei Inkrafttreten dieser Regelung 1958 ging es um die Anerkennung des Werts der Kindererziehung, Haushaltsführung und Versorgung des Kindes – sie wurde im Unterhaltsrecht als ‚gleichwertig‘ mit der Erwirtschaftung des Barunterhalts (meist durch Erwerbstätigkeit) bewertet. Dies geschah vor dem Hintergrund des Modells der ‚Brotverdiener-Hausfrauen-Ehe‘ und sollte auch bei Getrenntleben die Mutter (später auch die Mutter eines nichtehelichen Kindes) davor schützen, dass sie zur Erwerbstätigkeit verpflichtet würde um den *Kindesunterhalt* zu verdienen. Das hilft allerdings im ja sehr häufigen Mangelfall auch nicht, weil dann die betreuende Mutter auch barunterhaltspflichtig ist, wenn sie leistungsfähig ist. 1998 wurde dann aus der Mutter geschlechtsneutral ‚der Elternteil.

Die Annahme der unterhaltsrechtlichen Gleichwertigkeit ist eine Fiktion – sie erkennt die Bedeutung der Sorgearbeit an und vereinfacht die Unterhaltsberechnung deutlich, weil nur ein Einkommen herangezogen wird, das des Barunterhaltspflichtigen. Das Einkommen des betreuenden Elternteils wird nicht herangezogen, und die Höhe des gewährten Naturalunterhalts des betreuenden Elternteils, der ja abgezogen werden müsste, muss nicht beziffert werden. Die Gleichwertigkeit ist aber nur eine Fiktion, die oft für bare Münze genommen wird. Aber genau die bare Münze ist das Problem – der monetäre Wert der unbezahlten Sorgearbeit, von Pflege, Erziehung, Versorgung und Haushaltsführung ist nicht genau zu ermitteln; ich erinnere nur an die Debatten über die Bemessung der Schadenshöhe im Schadensersatzrecht im Fall der Tötung der Ehefrau und Mutter. Manche Leistungen haben einen Marktpreis, man kann sie kaufen – doch welcher Wert soll dafür eingesetzt werden; setzt man das niedrige Gehalt einer Erzieherin an oder das hohe der Mutter, die zufällig promovierte Erziehungswissenschaftlerin ist? Berechnet man für Kochen oder Wäschewaschen den Menüpreis eines Restaurants (Mensa oder Tim Raue, wenn die Mutter kocht wie er?), das Gehalt auf der Grundlage eines Minijobs oder die Preise der Wäscherei? Das kann schnell teuer werden, dann ist die Pflege und Betreuung leicht mehr wert als der Barunterhaltsbetrag. Andere Leistungen haben keinen Marktpreis; wie soll etwa das Vorlesen einer Geschichte oder das Trösten des Kindes bei gleichzeitigem Pflasterkleben bewertet werden? Leichter ist es bei Naturalunterhalt durch Sachleistungen, der Preis der Lebensmittel lässt sich feststellen, aber das Essen muss auch eingekauft und gekocht werden. Der Monetarisierung sind Grenzen gesetzt. Die Fiktion der Gleichwertigkeit vermeidet sämtliche

¹³ Zitiert nach Meder, ebd., S.45.

Probleme der exakten Bezifferung des Naturalunterhalts¹⁴ und betrachtet die unbezahlte Sorgearbeit als Erfüllung der Kindesunterhaltungspflicht. Häufig wäre der Marktpreis der Betreuungs- und Versorgungsleistungen, die man kaufen kann, jedoch sicherlich höher als die tatsächlichen Zahlbeträge des Kindesunterhalts. Das Postulat der Gleichwertigkeit erzeugt so auch eine ‚Tabuwirkung‘, weil es verhindert, die Kosten der Betreuung insgesamt zu ermitteln und dann zu verteilen.¹⁵

Mit diesen Problemen der Monetarisierung des Naturalunterhalts müssen wir uns im Wechselmodell wieder auseinandersetzen, denn der Kindesunterhalt berechnet sich auf der Grundlage von addierten Einkommen beider Eltern, gequotelt nach den jeweiligen Einkommens- und Vermögensverhältnissen, abzüglich des jeweils von ihnen geleisteten Naturalunterhalts, und auf dieser Grundlage ist dann der Ausgleichsbetrag des Barunterhalts an das Kind zu errechnen. Beim Unterhalt für ein nicht privilegiertes volljähriges Kind, der ja auch von beiden Eltern anteilig zu leisten ist, wird das Problem dadurch vermindert, dass es nicht mehr betreut und versorgt wird. Und wie viel wert der Naturalunterhalt ist, falls das volljährige Kind noch zu Hause wohnt, dass müssen Kind und beherbergender Elternteil dann unter sich ausmachen.

b) Berechnung des Barunterhalts nach dem Einkommen eines Elternteils oder nach dem Einkommen beider Eltern? § 1606 Abs.3 S.1 und S.1 BGB

Beide Eltern sind dem Kind umfassend zur elterlichen Sorge verpflichtet; auch wenn sie getrennt leben, ist nicht ein Elternteil auf ‚nur versorgen‘ oder ‚nur Barunterhalt leisten‘ beschränkt. § 1606 III 2 BGB begünstigt demgegenüber manchmal die falsche Vorstellung, ein Elternteil erfülle seine Kindesunterhaltungspflichten bereits umfassend durch die Zahlung des Barunterhalts, und er zahle ‚alles‘. Dem ist nicht so. Die umfassende elterliche Unterhaltungspflicht beider Eltern folgt aus §§ 1601, 1606 BGB, und nach dem Grundsatz des § 1606 III 1 BGB haften beide Eltern für die Deckung sowohl des Bar- wie auch des Erziehungsbedarf anteilig – und zwar auch im Falle einer Trennung. Die Sonderregel des § 1606 III 2, wonach die Kindesunterhaltungspflicht in der Regel durch Erziehung und Pflege erfüllt wird, ist demgegenüber eine Vereinfachung für den häufigsten Fall der überwiegenden Betreuung durch die Mutter. Da sie Naturalunterhalt gewährt und das Kind auch an der Lebensstellung der Mutter teil hat, leistet sie mehr als lediglich ‚immaterielle‘ Kindesunterhaltsbeiträge durch Pflege und Erziehung. Auch der barunterhaltungspflichtige Elternteil ‚zahlt nicht alles‘ und erfüllt durch Barunterhalt seine Elternpflicht auch nicht vollständig, wie manchmal im Umkehrschluss aus der Vorschrift des § 1606 III 2 BGB gefolgert wird. Viele Diskussionen nehmen die Idee, die Fiktion der Gleichwertigkeit von Bar- und Betreuungsunterhalt zu wörtlich – wenn etwa so argumentiert wird, dass umso weniger Barunterhalt gezahlt werden müsse, je mehr mitbetreut wird. Nach dieser Argumentation müsste dann keiner mehr zahlen, wenn beide gleichermaßen betreuen. Das denken einige, etwa der Forumsteilnehmer Wackelpudding aus dem Internetforum ‚trennungsfaq‘:

¹⁴ Grundlegend dazu die ausführliche Diskussion von Willekens, Unterhalt durch Betreuung rechtsvergleichend, in Scheiwe/Wersig 2010, 57.

¹⁵ Martiny, Gleichheit und Verschiedenheit elterlicher Unterhaltsbeiträge im Rechtsvergleich, in Scheiwe/Wersig 2010, 83, 88.

„Wenn es so ist, dass der Bedarf des Kindes sich aus der Lebensstellung des barunterhaltspflichtigen Elternteils herleitet und der Betreuungsunterhalt als gleichwertig anzusehen ist, gibt’s da nichts zu quoteln, wenn die Eltern im gleichen Umfang betreuen. Der zuzurechnende Betreuungsunterhalt hat dann ja immer den Wert des vom anderen Elternteil geleisteten Barunterhalts, womit beide Eltern im wahrsten Sinne des Wortes gleichwertigen Unterhalt leisten.“¹⁶

Es ist offenbar kein Alltagswissen, dass sich die Lebensstellung und der Bedarf des Kindes grundsätzlich nach der *beider* Eltern richtet.

4. Berechnung des Kindesunterhalts im Wechselmodell

Dazu der BGH 2005: „Ein solchermaßen von den Eltern praktiziertes Wechselmodell bleibt allerdings auch auf die Bedarfsbemessung nicht ohne Einfluss. Wenn beide Elternteile über Einkommen verfügen, ist der Unterhaltsbedarf des Kindes an den beiderseitigen – zusammengerechneten Einkünften auszurichten. Hinzuzurechnen sind Mehrkosten (z.B. Wohn- und Fahrtkosten), die dadurch entstehen, dass das Kind nicht nur in einer Wohnung, sondern in getrennten Haushalten versorgt wird. Für den so ermittelten Bedarf haben die Eltern anteilig nach ihren Einkommensverhältnissen und unter Berücksichtigung der erbrachten Naturalunterhaltsleistungen aufzukommen.“¹⁷

Leben die Eltern getrennt und befindet sich das Kind im ‚Residenzmodell‘ in Obhut eines Elternteils, bei dem der Schwerpunkt der tatsächlichen Fürsorge und Betreuung liegt, so bestimmt sich der Bedarf aufgrund der Lebensstellung des Kindes grundsätzlich nach den Einkommens- und Lebensverhältnissen des barunterhaltspflichtigen Elternteils.¹⁸ Ich möchte jedoch darauf hinweisen, dass die Einkommens- und Lebensverhältnisse des überwiegend betreuenden Elternteils auch dann nicht ohne Einfluss auf die Lebensstellung des Kindes ist, weil das Kind an der Lebensstellung des überwiegend betreuenden Elternteils teilhat und auch Naturalunterhalt von diesem Elternteil erhält. Lediglich für die Berechnung der *Geldrente*, also des Barunterhalts, kommt es allein auf die Einkommens- und Lebensverhältnisse des barunterhaltspflichtigen Elternteils an. Im Wechselmodell sind jedoch Einkommens- und Vermögensverhältnisse *beider* Eltern genauso zu ermitteln wie der bereits erbrachte Naturalunterhalt, der abzuziehen ist.

a) Kindesbedarf, ‚Wechselmehrbedarf‘

Der Bedarf des Kindes ist grundsätzlich im Einzelfall zu ermitteln. Die Lebensstellung des Kindes richtet sich nach den zusammengerechneten Einkommen beider Eltern, dabei sind die Besonderheiten des kindlichen Bedarfs beim Leben in zwei Haushalten zu berücksichtigen. Lässt sich dieser besondere Bedarf des Kindes beim Wechselmodell an Hand der Unterhaltstabellen der Oberlandesgerichte ermitteln? Tragen diese den Besonderheiten der Situation hinreichend Rechnung und bilden sie den Bedarf angemessen ab?

Die Düsseldorfer Tabelle und andere OLG-Tabellen als richterliche Hilfsmittel sind für den Bedarf im Wechselmodell meines Erachtens nicht passend. Das Wechselmodell ist teurer, weil zahlreiche Kosten doppelt anfallen, die auch nicht in vollem Umfang in der Zeit der

¹⁶ <http://www.trennungsfag.de/forum/showthread.php?tid=5958> Zugriff am 17.11.12.

¹⁷ BGH FamRZ 2006, 1015.

¹⁸ BGH 6.2.2002, XII ZR 20/00, FamRZ 2002, 536, 537 = FamRZ 2002, 536, 537.

Abwesenheit des Kindes (wenn es sich beim anderen Elternteil aufhält) eingespart werden können. Aus den Tabellen lässt sich nicht entnehmen, wie der Bedarf beim Leben in zwei Haushalten genau bestimmt wird. Denn den Unterhaltsbeträgen der Tabellen liegt ein anderes Modell zugrunde als die paritätische Betreuung im Wechselmodell. Zwar lässt sich inzwischen der Mindestunterhalt der Gruppe 1 der Tabellen und der Mindestbedarf empirisch nachvollziehen, weil dies auf dem sächlichen Existenzminimums des Steuerrechts beruht, wie es auf Grundlage der Existenzminimumbericht errechnet wurde. Aber auch darin sind die Mehrkosten des Lebens in zwei Haushalten nicht enthalten. Meiner Meinung nach fehlt es an einer empirisch begründeten, transparenten und sachlich nachvollziehbaren Begründung der Höhe des Kindesbedarfs beim Leben in zwei Haushalten. Dies ist bisher noch nicht genau untersucht worden. Die meisten Antworten auf diese Frage beruhen auf bloßen Schätzungen, deren rechnerische und empirische Grundlage fragwürdig ist und nicht genau ausgewiesen wurde.

Die Mehrkosten sind vom BGH als ‚Wechselmehrkosten‘ thematisiert worden. Bisher behilft sich die Praxis damit, dass die Tabellensätze zugrunde gelegt und die ‚Wechselmehrkosten‘ bedarfserhöhend hinzugerechnet werden. Die Höhe der üblicherweise berücksichtigten Mehrkosten erscheint mir unzureichend zu sein. Mehrbedarf etwa wird für Wohnkosten anerkannt (meist etwa 80 €) und für nachgewiesene Fahrtkosten und Betreuungskosten (Kindergartengebühren). Warum diese, andere nicht? Was ist mit höheren Kosten für Möbel, Spielzeug, Kleidung etc., die in beiden Haushalten vorgehalten werden müssen. Wie wird dies berücksichtigt? Diese müssen beim Wechselmodell in beiden Wohnungen vorhanden sein, denn das Kind kann nicht jedes Mal alles im Handwagen herumtransportieren, vom Computer bis zum Schreibtischstuhl, dem Fahrrad und den Turnschuhen. Was ist mit den Mehrkosten für Ernährung, denn diese halbieren sich nicht einfach bei Abwesenheit, sondern eine Reihe von ‚fixen Kosten‘ laufen in gewisser Höhe weiter. Wenn dies nicht berücksichtigt wird, besteht die Gefahr dass der Bedarf zu niedrig angesetzt wird und ein Wechselmodell zu Lasten des Kindes und des ökonomisch schwächeren Elternteils geht, weil die Ausgleichszahlung des Kindesunterhalts zu niedrig ausfällt, wenn der Bedarf zu niedrig geschätzt wird.

Daher sollten auch Anwältinnen und Anwälte die entsprechenden Kosten sehr genau ermitteln und konkret vortragen. Die OLG-Unterhaltstabellen passen nicht, da sie auf einem anderen Modell beruht. Erforderlich sind haushaltsökonomische und statistische Untersuchungen, um die veränderten Kosten bei einer ‚doppelten Haushaltsführung‘ des Kindes im Wechselmodell zu ermitteln, transparente und sachlich fundierte Grundlagen und Rechenmodelle und Schätzungen auch für höhere Einkommensgruppen zu ermöglichen. Derzeit fehlt dies für das Wechselmodell; der Bedarf des Kindes ist deshalb im Einzelfall konkret zu bestimmen. Hinsichtlich der Mindestunterhalts liegen empirisch fundierte Erkenntnisse zwar vor (der Existenzminimumbericht auf der Grundlage der Einkommens- und Verbrauchsstichprobe), aber bedarfserhöhend hinzuzurechnen sind noch die nicht im Regelsatz enthaltenen Kosten für Bildung (entsprechend dem Bildungs- und Teilhabepaket);¹⁹ auch dieser Bedarf wäre von

¹⁹ Das sind die Kosten für Schul- oder Kindergartenausflüge und mehrtägige (Klassen-)fahrten, das Schulbedarfspaket von insgesamt 100 € pro Jahr, die Schülerbeförderungskosten, Kosten für Nachhilfe und Lernförderung, ein Zuschuss zum Mittagessen in Schule oder

Anwältinnen und Anwälten konkret vorzutragen. Die konkrete Bedarfsermittlung wirft also viele Probleme auf; dabei sollten auch sozialrechtliche Überlegungen zum Bedarf im Rahmen des Existenzminimums als untere Grenze in die Überlegungen einbezogen werden.

Denn auch das *Bundessozialgericht* hatte sich damit zu beschäftigen, wie die Kosten zu berücksichtigen sind, wenn ein Kind zu zwei Bedarfsgemeinschaften gehört. Es hat entschieden, dass bei geteilter Betreuung der Eltern der Anspruch auf den im SGB II vorgesehenen Zuschlag zur Grundsicherungsleistung, den Mehrbedarf für Alleinerziehende gemäß § 21 Abs. 3 SGB II, auch dann gewährt wird,²⁰ wenn das Kind abwechselnd bei beiden Elternteilen lebt, und dass jeder Elternteil dann Anspruch auf den halben Mehrbedarfszuschlag habe. Denn der Mehrbedarf für Alleinerziehende trage besonderen Lebensumständen Rechnung, in denen typischerweise ein höherer Bedarf bestehe, und diese Lebensumstände liegen laut Bundessozialgericht „grundsätzlich auch vor, wenn sich geschiedene und getrennt wohnende Eltern bei der Pflege und Erziehung des gemeinsamen Kindes in größeren, mindestens eine Woche umfassenden Intervallen abwechseln und sich die anfallenden Kosten in etwa hälftig teilen.“²¹ Dieser Mehrbedarf ist abhängig von Alter und Zahl der Kinder und beträgt 36% der Regelleistung bei einem Kind unter 7 Jahren oder bei zwei Kindern unter 16 Jahren, das entspricht beim Eckregelsatz 124,- € in den alten und 119,- € in den neuen Bundesländern.²² Dieser Betrag wäre auch im Unterhaltsrecht pauschal zum Mindestunterhaltsbedarf hinzuzurechnen.

Auch das Wohngeldrecht sieht seit 2009 Regelungen für ein Wechselmodell getrennt lebender Eltern vor (§ 5 Abs. 6 S. 1 WoGG). Die Wohnkosten als ‚Wechselmehrkosten‘ sind nach dem Wohngeldrecht oder dem Grundsicherungsrecht des SGB II und XII jedoch aufgrund der unterschiedlichen Berechnungsweisen im Vergleich zum Kindesunterhaltsrecht höher, würde man diese sozialrechtliche Berechnungsweise nach Pro-Kopf-Anteilen auch im Kindesunterhaltsrecht anwenden, so würden sich der Bedarf im Wechselmodell stärker erhöhen. Auch diese Widersprüche wären zumindest hinsichtlich der Mindestunterhaltsbeträge aufzulösen.²³

Hinsichtlich der Bedarfsfeststellung im Wechselmodell bestehen also noch zahlreiche offene Rechtsprobleme. Für sinnvoll halten würde ich ein Vorgehen, dass zunächst den Mindestunterhalt ermittelt (einschließlich der Bestandteile, die bisher noch nicht berücksichtigt wurden, siehe oben) und diesen entsprechend der Mehrkosten bei doppelter Haushaltsführung erhöht (wie viel das ist, etwa der 1.3fache Mindestunterhalt oder der 1.5fache, lässt sich im Moment nur schätzen, aber nicht empirisch fundiert begründen). Dann wäre zu überlegen, wie dieser Bedarf und die entsprechenden Unterhaltsbeträge für höhere Einkommensgruppen erhöht werden.

Kindertageseinrichtungen abzüglich eines Eigenanteils von 1 Euro pro Mahlzeit, sowie zumindest 10 Euro monatlich für die Teilhabe am sozialen und kulturellen Leben für Kinder und Jugendliche.

²⁰ Zum Mehrbedarf für Alleinerziehende siehe §21 Abs. 3 SGB II, er beträgt 12 bis maximal 60% des maßgeblichen Regelsatzes des betreuenden Elternteils.

²¹ BSG, FamRZ 2009, 1214.

²² Ebd., 1215.

²³ Vgl. Schürmann, Rechtssystematik und Bewertungsprobleme Kinderbetreuung und Barunterhalt, in Scheiwe/Wersig, 2010, 147.

b) Berechnung der Höhe des Kindesunterhalts

Wie geht die Berechnung der anteiligen Unterhaltsbeträge im Wechselmodell weiter? Es empfiehlt sich meiner Meinung nach folgendes Vorgehen:

1. Konkrete Ermittlung des Gesamtbedarfs
2. ²⁴Ermittlung des anrechenbaren Einkommens beider Eltern, die addiert werden
3. Quotenberechnung mit angemessenem Selbstbehalt als Sockelbetrag (im Mangelfall Quotenberechnung mit notwendigem Selbstbehalt als Sockelbetrag)
4. Berechnung der Anteile jedes Elternteils am Gesamtbedarf
5. Anrechnung von einseitig erbrachten Leistungen, die zu teilen sind (größere Anschaffungen u.ä.) und Anrechnung des Kindergeldes, das ja nur an einen Elternteil ausgezahlt wird
6. Berechnung der Ausgleichszahlung von einem Elternteil an den anderen.

Da beide Eltern in annähernd gleichem Umfang Naturalunterhalt leisten und betreuen, ist in diesem Fall nur eine Ausgleichszahlung zu leisten, damit der angemessene Unterhalt in beiden elterlichen Haushalten gewährleistet ist.

Es gibt in der Literatur eine Reihe von Berechnungsbeispielen und Auseinandersetzungen über die genaue Art und Weise der Berechnung²⁵; ich werde mich mit Details hier nicht näher auseinandersetzen.

5. Ist der Begriff des ‚Wechselmodells‘ des BGH zu eng?

Der BGH hat eine beiderseitige Barunterhaltspflicht der Eltern abgelehnt, wenn kein paritätisches Wechselmodell vorlag, sondern die Betreuungsanteile der Eltern im Verhältnis von 1/3 zu 2/3 oder auch 40:60% aufgeteilt waren. Deshalb wird der Begriff des ‚Wechselmodells‘ des BGH von einigen als zu eng kritisiert. Diese Kritik beschloss auch der Arbeitskreis 1 des DFGT 2011, den ich zusammen mit RiAG Fanselow geleitet habe – wobei ich damals dagegen gestimmt habe, weil ich eine Reihe von ungelösten Problemen sehe, sollte die beidseitige Barunterhaltspflicht auch auf Fälle ausgedehnt werden, in denen keine annähernd gleiche Betreuung durch beide Eltern vorliegt. Zu überlegen wäre, ob ein erweiterter Umgang, der sich einer Mitbetreuung annähert, aber kein paritätisches Wechselmodell darstellt, nicht auf eine andere Art und Weise als durch eine anteilige beiderseitige Barunterhaltspflicht beider Eltern berücksichtigt werden kann; außerdem ist dabei zu berücksichtigen, dass Umgangskosten in gewissem Umfang bereits bisher berücksichtigt werden.

²⁴ Ab diesem Schritt hier wie bei Wendl/Klinkhammer, *Unterhaltsrecht* 8.A. 2011, § 2 Rn 450.

²⁵ Vgl. Ehinger/Rasch/Griesche, *Handbuch des Unterhaltsrechts*, 2008, Rn. 96ff.; Luthin/Koch, *Handbuch des Unterhaltsrechts*, 2010, Klinkhammer, in Wendl/Dose, *Unterhaltsrecht* 2011, § 2 Rn 450, Spangenberg, *Wechselmodell und Unterhalt*, FamFR 2010, 25, Seiler, in Gerhardt/von Heintschel-Heinegg/Klein, *Handbuch des Fachanwalts Familienrecht*, Rn. 295, Wohlgemuth, *Kindesunterhalt und familienrechtlicher Ausgleich beim Wechselmodell*, FuR 2012, 401, Bausch/Gutdeutsch/Seiler, *Die unterhaltsrechtliche Abrechnung des Wechselmodells*, FamRZ 2012, 258. Alle Verfasser/innen stützen sich bei der Bedarfsermittlung jedoch auf die Tabellensätze und ermitteln nicht den konkreten Bedarf.

Aber zunächst einmal die von Kritikern vorgebrachten Argumente, die für eine Ausweitung der beiderseitigen anteiligen Barunterhaltspflicht sprechen bei einer erheblichen Mitbetreuung, die deutlich über den üblichen Umgang hinausgeht.²⁶

Unter anderem wurde vorgeschlagen, die Höhe des Barunterhalts aufgrund der von Barunterhaltspflichtigen erbrachten Betreuungsleistungen zu mindern oder eine gemeinsame Barunterhaltspflicht beider Eltern vorzusehen. Denn es sei den barunterhaltspflichtigen Elternteilen (in der Regel den Vätern) nicht vermittelbar, ihre Kinder über das Maß des ‚normalen Umgangs‘ hinaus zu betreuen, wenn dies ohne erkennbare Auswirkungen auf die Barunterhaltspflicht bleibe. Die Verärgerung des barunterhaltspflichtigen Elternteils, der die Kinder überdurchschnittlich oft bei sich habe, trotzdem voll zahlen müsse und die Kosten des Umgangs ebenfalls zu tragen habe, sei nachvollziehbar. Das Ziel dieses Ansatzes ist es, die finanzielle Belastung des barunterhaltspflichtigen Elternteils im Fall einer Mitbetreuung zu reduzieren. Das löst bei vielen Elternteilen, die das Kind mit hohem Engagement und unter vielfachen Belastungen überwiegend betreuen und selbst damit hohe Armutsrisiken und Einschränkungen in Kauf nehmen, die Befürchtung aus, dass die ohnehin sehr häufig unzureichenden Kindesunterhaltszahlungen noch weiter reduziert werden.

Das Kernargument, dass eine höhere Beteiligung an der Betreuung und Versorgung des Kindes unterhaltsrechtlich Berücksichtigung finden sollte und nicht genauso behandelt werden kann wie der ‚übliche Umgang‘ oder gar kein Umgang, ist plausibel. Wenn die Höhe des Barunterhalts für das Kind immer adäquat berechnet würde und tatsächlich den Bedarf des Kindes umfassend abdecken würde, würde sich – abstrakt betrachtet – durch eine Umverteilung der Naturalunterhaltsbeiträge zwischen den Eltern insofern nichts ändern, dass der Kindesbedarf immer gedeckt wäre, denn dann würde die Ausgleichszahlung zwischen den Eltern die unterschiedliche Einkommenssituation in den beiden elterlichen Haushalten kompensieren. Das wäre unabhängig davon, ob sich die Eltern die Betreuung im Verhältnis 1/3 zu 2/3 oder 50:50 teilen. Meiner Meinung nach ist aber das zentrale Problem, dass der Kindesbedarf jedoch häufig zu gering bemessen wird (das habe ich vorher am Beispiel des Mindestunterhalts kurz dargestellt), und wenn dann von dem ‚zu wenig‘ Kindesunterhalt für das Leben beim überwiegend betreuenden Elternteil ‚noch weniger‘ wird, ist die Situation erst recht prekär. Dies hat auch damit zu tun, dass die Kindesunterhaltsbeiträge des betreuenden Elternteils, der ‚nicht zahlt‘, aber Naturalunterhalt in vielfacher Hinsicht leistet, unterschätzt und unterbewertet werden. So argumentiert *Breithaupt*, dass die Tabellensätze gingen im Unterschied zum sozialhilferechtlichen Existenzminimum, welches den sächlichen Bedarf abdeckt, und auch dem steuerrechtlichen Existenzminimum, welches einen zusätzlichen Freibetrag für Erziehung, Betreuung und Ausbildung vorsieht, von einem Bedarf ohne den Betreuungs-, Erziehungs- und Ausbildungsbedarf aus. Die Tabellensätze seien intransparent, und deren genaue Zusammensetzung liege nicht offen. Die Leidtragenden seien Alleinerziehende und ihre Kinder, von denen erwartet werde, mit völlig unrealistischen Beträgen den täglichen Bedarf zu befriedigen²⁷. Diese Diskussion über den Kindesbedarf, die Bewertung des Naturalunterhalts und die Angemessenheit der Tabellensätze müsste also gleichzeitig geführt werden.

Ein weiteres Argument gegen eine Ausweitung des ‚Wechselmodells‘ ist, dass die Bemessung der Zeitanteile an der Betreuung durch die Eltern schwierig und äußerst streitanfällig. Und je mehr Dritte an der Erziehung und Betreuung beteiligt sind – Krippe, Kindergarten, Schule, Großeltern, Au-Pairs usw., neue Partner -, desto fragwürdiger ist es, wem diese Zeitanteile

²⁶ Dafür sprechen sich aus u.a. Born, NJW 2007, 1859, ders., FPR 2008, 88, Viefhues, Viefhues, FPR 2006, 287.

²⁷ Breithaupt, Tatsächlicher versus standardisierter Bedarf, in Scheiwe/Wersig 2010, 167 ff.

unterhaltsrechtlich zugeordnet werden. Dieses Problem verstärkt sich, wenn von beiden Eltern zunehmend Erwerbstätigkeit erwartet wird und die öffentliche Verantwortung für Erziehung und Betreuung von Kindern zunimmt.

Wenn eine beiderseitige Barunterhaltspflicht und die Berücksichtigung von Betreuungszeiten beider Eltern auch jenseits des paritätischen Wechselmodells verlangt wird, dann müssten sowohl die Naturalunterhaltsbeiträge wie auch die Zeitanteile beider Eltern genau ermittelt werden – keine einfache Aufgabe, wie auch einige internationale Erfahrungen mit dieser Methode zeigen. Die ‚Mathematisierung der Unterhaltsberechnung‘ (Martiny 2010), die in einigen Bundesstaaten der USA zu verzeichnen ist, in England aber wieder verworfen wurde, wirft eigene und andere Probleme auf. Die Rechtsprechung des BGH hat das Problem bisher dadurch eingedämmt, dass kinderunterhaltsrechtliche Konsequenzen nur für das paritätische Wechselmodell anerkannt wurden. Das ist nicht nur ein pragmatisches Argument.

Es ist nicht so einfach festzustellen, welche Anteile an der Versorgung des Kindes jeder Elternteil hat. Wie sollen die Betreuungsanteile der Eltern bemessen werden – wohl nur nach Übernachtungstagen, weil es darauf ankommt, wer die Verantwortung für das Kind in dieser Zeit hat, aber nicht darauf ob und welche Dritten oder Institutionen involviert sind. Macht es einen Unterschied, ob ein Elternteil für die Betreuung und Versorgung des Kindes die Arbeitszeiten eingeschränkt hat? Diese Fragen sind nicht trivial. Betrachtet man allein den Zeitanteil der Tage des ‚üblichen‘ Umgangs im Jahr – jedes zweite Wochenende, die Hälfte der Ferien und Feiertage – so kommt man auch schon auf einen Anteil der Übernachtungstage von 15 bis 20%. Dass auch der ‚übliche Umgang‘ eine Form der Mitbetreuung und Miterziehung (wenn auch in zeitlich geringem Umfang) ist, ist überhaupt keine Frage – strittig ist dagegen, welche Konsequenzen unterhaltsrechtlich damit verbunden sein sollten.

Auch bisher werden Kosten eines erweiterten Umgangs unterhaltsrechtlich bereits in gewissem Umfang berücksichtigt – es stimmt nicht, wenn behauptet wird das wäre nicht der Fall. Der Umfang der Berücksichtigung und die rechtliche Begründung sind jedoch uneinheitlich, auch zwischen Unterhaltsrecht und Sozialrecht. *Umgangskosten* sind im Kindesunterhaltsrecht seit längerem ein Thema. Sie wirken sich auf den Kindesunterhalt aus und vermindern ihn - auch wenn dies für die Beteiligten nicht immer transparent ist. „Das Verteilungsproblem wird in besonderer Schärfe sichtbar, wenn der betreuende Elternteil wegen vermehrten Umgangs des anderen größere Abzüge hinnehmen muss, obwohl für ihn selbst die Kosten im Wesentlichen gleich hoch bleiben. Mehr Umgang heißt dann für ihn Unterhaltsminderung und wirkt entsprechend konfliktsteigernd.“²⁸ Ein Abzug der *Lebenshaltungskosten* für das Kind während des Umgangs vom Kindesunterhalt (etwa als Naturalunterhalt) wurde vom BGH 2006 abgelehnt, weil die Kosten des üblichen Umgangs bereits in den gerichtlichen Unterhaltstabellensätzen berücksichtigt würden.²⁹

Grundsätzlich gilt auch, dass sich der Barunterhaltsanspruch verringern kann, wenn der Unterhaltsbedarf etwa durch Verpflegung und Wohnung erfüllt wird; das gilt auch, wenn der Barunterhaltspflichtige selbst den Bedarf teilweise durch Naturalunterhalt und nicht als Geldrente befriedigt (BGH FamRZ 1984, 470). Dieser allgemeine Grundsatz gilt auch, wenn nicht hälftig betreut wird, aber doch ein erweiterter Umgang vorliegt, der eine Mitbetreuung

²⁸ Martiny, Gleichheit und Verschiedenheit elterlicher Unterhaltsbeiträge im Rechtsvergleich, in Scheiwe/Wersig 2010, 83,92.

²⁹ BGH FamRZ 2006, 1015.

bildet. Demgegenüber steht die Annahme, dass diese Aufwendungen des Umgangsberechtigten bereits in den Tabellensätzen enthalten wären. Es ist jedoch nicht transparent, welche Ausgaben dem notwendigen Eigenbedarf und dem Bedarfskontrollbetrag der Tabellen zugrunde gelegt wurden und wie die Umgangskosten dabei berücksichtigt wurden – vielleicht können das die Oberlandesgerichte oder der BGH einmal nachvollziehbar darlegen, denn damit hätte sich ein Teil der Kritik ja bereits erledigt.

2003 zog der BGH die beiden Möglichkeiten in Betracht, dass die Umgangskosten (außer den bei Nichtanrechnung des Kindergeldes beim Barunterhaltspflichtigen entweder durch einen angemessenen Abzug vom unterhaltsrechtlich relevanten Einkommen oder durch eine Erhöhung des Selbstbehalts berücksichtigt werden könnten, und bestätigte dies nochmals 2009.³⁰ Der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts von 2003 betonte, dass das Unterhaltsrecht dem Unterhaltspflichtigen nicht die Möglichkeit der Ausübung des verfassungsrechtlich geschützten Umgangsrecht nehmen dürfe. Auch die Sozialgerichte sind mit den Umgangskosten zunehmend befasst, die nicht durch die Regelsätze der Grundsicherung des SGB II abgedeckt werden und den Bedarf erhöhen.³¹ Umgangskosten sind unterhaltsrechtlich relevant und werden teilweise berücksichtigt, und zwar auch dann, wenn – wie beim erweiterten Umgang, der aber noch kein Wechselmodell ist – grundsätzlich die alleinige Barunterhaltspflicht des weniger betreuenden Elternteils weiter besteht. Aber wie dies geschieht, ist widersprüchlich und zum Teil nicht nachvollziehbar begründet.

Auch die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zu den Kosten des Umgangs im Rahmen der Grundsicherung des SGB II ist für die unterhaltsrechtliche Bedarfsbemessung von Interesse. Die Rechtsprechung nahm für die Fälle regelmäßigen Umgangs eines erwerbsfähigen, leistungsberechtigten Elternteils mit seinem Kind für die zusätzlichen Lebenserhaltungskosten eine zeitweise Bedarfsgemeinschaft während des Aufenthalts des Kindes an.³² Bei minderjährigen Kindern eine getrennte und damit doppelte Bedarfsgemeinschaft sowohl mit dem einen als auch mit dem anderen Elternteil angenommen werden, etwa wenn sich die Eltern darauf einigen, die Kinder abwechselnd im Haushalt des einen und des anderen zu versorgen.³³

Wenn Mitbetreuung auch unterhalb des paritätischen Wechselmodells kindesunterhaltsrechtlich stärker berücksichtigt werden soll, gibt es prinzipiell folgende Möglichkeiten:

Die Rechtsprechung legt den Begriff der ‚annähernd hälftigen Betreuung‘ etwas weiter aus, so dass auch Betreuungsanteile ab etwa 40% als ‚annähernd hälftig‘ bewertet werden; die Diskussion verlagert sich dann auf die Frage, wie Betreuungsanteile bemessen und bewertet werden sollen. Auch darüber kann man – neben den bereits erwähnten Problemen der Bewertung des Naturalunterhalts - trefflich streiten. Folge wäre dann auch in diesen Fällen – wie beim paritätischen Wechselmodell -, dass der Bedarf konkret zu ermitteln ist und eine

³⁰ BGH FamRZ 2003, 445; BGH FamRZ 2009, 1370, 1377.

³¹ Vgl. Münder, Die Kosten den Umgangsrechts im SGB II und SGB XII, NZS 2008, S. 617– 624, Schürmann, Rechtssystematik und Probleme bei der Bewertung von Kinderbetreuung und Barunterhalt, in Scheiwe/Wersig 2010, 156f.

³² BSG FamRZ 2007, 465.

³³ BSG FamRZ 2007, 465.

anteilige Barunterhaltspflicht beider Eltern nach § 1606 I BGB als Ausnahme vom Grundsatz des § 1606 III 2 besteht.

Oder es bleibt in diesen Fällen bei der einseitigen Barunterhaltspflicht des weniger als hälftig betreuenden Elternteils, aber die Naturalunterhaltsleistungen können in gewissem Umfang vom Barunterhalt oder vom anzurechnenden Einkommen abgezogen werden.

Je mehr der Barunterhalt sich reduziert – sei es durch Abzüge vom Einkommen oder verringerte Kindesunterhaltszahlungen durch Abzug des gewährten Naturalunterhalts -, desto größer wird die Gefahr, dass das Kind und der betreuende Elternteil mit dem geringeren Einkommen schlechter gestellt werden und der Betreuungsunterhalt des geringer verdienenden Elternteils im Vergleich zum Betreuungsunterhalt des besser verdienenden Elternteils abgewertet wird. Außerdem wirft die Debatte die Frage auf, wie die monetäre Bewertung von Bedarfen und Naturalunterhaltsleistungen im Einzelnen erfolgt – und damit geraten auch die OLG-Tabellen und ihre Berechnungsgrundlagen erneut in die Diskussion. Bei Verwendung der gerichtlichen Unterhaltstabellen in der Rechtspraxis ist verstärkt das einzufordern, was das Bundesverfassungsgericht 2010³⁴ von den Regelsätzen der Grundsicherung und Sozialhilfe verlangt hat: Transparenz, sachliche Nachvollziehbarkeit der Berechnungsgrundlagen und hinsichtlich der Bedarfsbemessungsmethoden beim Wechselmodell eine realitätsgerechte Ermittlung der notwendigen Leistungen.

c) *Kindergeld und Wechselmodell, § 1612b) Abs.1 BGB*

Die Regelungen des Einkommenssteuerrecht über den Kinderfreibetrag und das Kindergeld sehen nicht vor, dass ein Kind von getrennt lebenden Eltern in zwei Haushalten gleichermaßen lebt, vielmehr wird davon ausgegangen, dass das Kind – auch bei Getrenntleben der Eltern – nur *einen* Lebensmittelpunkt hat. Obwohl jeder Elternteil einen eigenen Anspruch auf den Kinderfreibetrag hat, wird nach § 64 Abs.1 EStG für jedes Kind nur *einem* Berechtigten Kindergeld gezahlt – derjenigen oder demjenigen, der das Kind in Obhut hat („Obhutsprinzip“). Wenn kein eindeutiger Lebensmittelpunkt festzustellen ist, so sollen die Eltern einvernehmlich einen Berechtigten bestimmen. Lebt das Kind bei beiden Eltern zu gleichen Teilen, entscheiden nach der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofes die Eltern, an wen das Kindergeld ausgezahlt werden soll³⁵. Beim Wechselmodell hat das Kind aber zwei Lebensmittelpunkte. In diesem Fall weist das Einkommensteuergesetz eine Lücke auf. Zwar gibt es eine Regelung, die den Konflikt zwischen mehreren Berechtigten betrifft (§ 64 Abs. 2 Satz 2 EStG), aber dabei geht es nach dem eindeutigen Wortlaut um einen *gemeinsamen* Haushalt mehrerer Berechtigter. Der Bundesfinanzhof hat 2005 die Auffassung bestätigt, dass das Kindergeld nicht geteilt werden kann. Das Ergebnis, dass gleichermaßen betreuende Eltern den Berechtigten bestimmen sollen, wurde durch analoge Anwendung des § 64 Abs. 2 EStG erzielt.³⁶ Nach § 64 Abs. 2 S. 2 EStG bestimmen bei Aufnahme eines Kindes in den gemeinsamen Haushalt mehrerer Berechtigter diese untereinander den vorrangig Berechtigten. Eine andere Auslegung der Vorschrift ist wegen des eindeutigen Wortlautes der Regelungen in § 64 EStG durch die Rechtsprechung nicht zu erwarten; hier könnte nur der Gesetzgeber Abhilfe schaffen.

³⁴ BVerfGE 125, 175.

³⁵ BFH, NJW 2005, S. 2175-2176.

³⁶ BFH NJW 2005, S. 2175.

Die Aufteilung des Kindergeldes zwischen getrennt lebenden Eltern muss also auch im Fall eines praktizierten Wechselmodells über das Kindesunterhaltsrecht erfolgen, weil nicht an jeden individuell ihr Kindergeldanteil ausgezahlt werden kann.

Seit dem 1.1.2008 ist die Kindergeldanrechnung nach § 1612b BGB³⁷ so geregelt, dass das Kindergeld zur Deckung des Barbedarfs des Kindes zu verwenden ist, und zwar ist die Hälfte auf den Barbedarf anzurechnen, wenn ein Elternteil seine Kindesunterhaltspflicht durch Erziehung und Pflege erfüllt (also ein Fall des § 1606 III 2 vorliegt). Dies ist beim Wechselmodell aber nicht der Fall, denn beide Eltern sind barunterhaltspflichtig und leisten zugleich Unterhalt durch Pflege und Erziehung. Dazu heißt es in § 1612b I Nr.2 BGB, dass ‚in allen anderen Fällen‘ das Kindergeld in voller Höhe zur Deckung des Barbedarfs zu verwenden ist.

Dies scheint mir eindeutig zu sein, denn Zweck der Vorschrift und Wortlaut sind klar: Kindergeld wird wie Einkommen des Kindes behandelt, es ist zur Deckung des Barbedarfs einzusetzen und vermindert den Barbedarf.³⁸ Auch bei einer asymmetrischen Arbeitsteilung soll der überwiegend betreuende Elternteil das Kindergeld zur Deckung des Bedarfs des Kindes einsetzen, was beim Zusammenleben und Wirtschaften aus einem Topf unterstellt wird. Dies hat das BVerfG in seinem Beschluss vom 14.7.2011³⁹ klargestellt: Sowohl der barunterhaltspflichtige wie auch der betreuende Elternteil seien verpflichtet, das Kindergeld ausschließlich für den Unterhalt des Kindes zu verwenden; kein Elternteil dürfe es für eigene Zwecke verwenden.

Wenn dagegen beide Eltern barunterhaltspflichtig sind – wie bei volljährigen Kindern in der Ausbildung oder im Wechselmodell –, gilt § 1612b Abs.1 Nr. 2, das Kindergeld wird in voller Höhe auf den Barunterhalt angerechnet. Dagegen wird von einigen die Auffassung vertreten, dass auch beim Wechselmodell nur die Hälfte des Kindergeldes (also 92 € beim ersten und zweiten Kind) vom Barbedarf abzuziehen sei, Dies vertritt z.B. Wohlgemuth,⁴⁰ die das Kindergeld nur zur Hälfte (also mit 92 €) auf den Grundbedarf des Kindes anrechnet. Zur anderen Hälfte sei das Kindergeld auf die Betreuung von beiden zu verrechnen und soll dann von der Anteilsberechnung ausgenommen sein. Diese Auslegung gegen den Wortlaut von § 1612b Abs.1 wird damit begründet, dass es sonst in folgendem Fall zu einem ungerechten Ergebnis führen würde: Wenn beide Eltern paritätisch betreuen, aber das Einkommen von M den Selbstbehalt von 1.150 nicht überschreitet und V den vollen Barbedarf zu decken hat, dann entlaste der Abzug des ganzen Kindergeldes nur V, aber nicht die gleichermaßen betreuende M. Das widerspreche dem Grundsatz der Gleichwertigkeit von Bar- und Betreuungsunterhalt. Ich halte diese Argumentation nicht für zutreffend, denn auch ein barunterhaltspflichtiger, aber nicht leistungsfähiger Elternteil hat seinen Kinderunterhaltsanteil für den Bedarf des Kindes einzusetzen und wird dadurch entlastet, er

³⁷ § 1612b Deckung des Barbedarfs durch Kindergeld:

(1) Das auf das Kind entfallende Kindergeld ist zur Deckung seines Barbedarfs zu verwenden:

1. zur Hälfte, wenn ein Elternteil seine Unterhaltspflicht durch Betreuung des Kindes erfüllt (§ 1606 Abs. 3 Satz 2);
2. in allen anderen Fällen in voller Höhe.

³⁸ So etwa Klinkhammer und Seiler (Nachweis bei Bausch/Gutdeutsch/Seiler, Die unterhaltsrechtliche Abrechnung des Wechselmodells, FamRZ 2012, 25,258).

³⁹ BVerfG, Beschluss vom 14.7.2011, NJW 2011, 3215.

⁴⁰ Wohlgemuth, FuR 2012, 403.

soll ihn jedoch nicht für sich verwenden. Der Barbedarf des Kindes beginnt erst ‚jenseits‘ des Bedarfs, der durch das Kindergeld bereits abgedeckt wird.

5. Elternvereinbarungen über Kindesunterhalt im Wechselmodell

Eltern, die das Wechselmodell praktizieren wollen, fragen häufig nach der Möglichkeiten von Vereinbarungen, um die von ihnen gewünschte Gestaltung des Wechselmodells und den Kindesunterhalt rechtlich verbindlich zu regeln. Ich beschäftige mich hier nur mit der Vereinbarung über den Kindesunterhalt.⁴¹

Ein Beispiel: Eltern, die das Wechselmodell praktizieren, vereinbaren eine wechselseitige Freistellung von Kindesunterhaltsansprüchen und dass jeder die Kindesunterhaltspflicht durch Naturalunterhalt und Betreuung erfüllt in der Zeit, in der sich das Kind bei ihr oder ihm aufhält. Wie ist das rechtlich zu beurteilen?

Die Antwort ist eindeutig: es kommt auf die Einkommens- und Vermögensverhältnisse der Eltern an. Wenn diese ungefähr gleich sind, ist eine derartige Vereinbarung grundsätzlich möglich; sind diese ungleich, muss der Elternteil, der in günstigere Einkommensverhältnissen lebt, trotz Wechselmodell Kindesunterhalt zahlen, da das Kind Anspruch auf *angemessenen* Unterhalt nach § 1610 I BGB hat, wobei die Eltern anteilig haften. Würde die Barunterhaltspflicht für das Kind bei gleicher Betreuung durch die Eltern einfach entfallen, so würde dies bei ökonomisch ungleichen Verhältnissen der Eltern offensichtlich zu Ungerechtigkeiten führen. Die Forderung wird in der öffentlichen und medialen Diskussion aber durchaus vertreten, auch von einigen Vätervereinigungen, die den Wegfall von Betreuungs- und Barunterhalt verlangen, wenn Eltern jeweils hälftige Betreuung anbieten und übernehmen.⁴²

Grundsätzlich ist zum Schutz der Interessen des Kindes und der öffentlichen Interessen ein Verzicht auf Unterhalt für die Zukunft unzulässig, § 1614 I BGB, und eine entsprechende Vereinbarung daher dem Kind gegenüber unwirksam, das Kindesunterhalt gegenüber den Barunterhaltspflichtigen einklagen kann. Möglich sind jedoch Freistellungsvereinbarungen zwischen den Eltern, die nur im Verhältnis zwischen ihnen wirken und die den Unterhaltsanspruch des Kindes unberührt lassen.⁴³ Solche Freistellungsvereinbarungen sind rechtlich zulässig (und kommen außer im Wechselmodell auch häufiger vor in Fällen von Geschwistertrennung, wenn die Kinder zwischen den getrennt lebenden Eltern aufgeteilt werden). Eine solche Vereinbarung ist nicht wegen Gesetzesverstoßes oder Sittenwidrigkeit (§§ 134, 138 BGB) nichtig⁴⁴, bindet aber nur die Eltern. Aufgrund dieser Absprache kann dann der vom Kind auf Unterhalt in Anspruch genommene Elternteil vom anderen verlangen, dass er den Anspruch des Kindes befriedigt; es handelt sich also um eine Erfüllungsübernahme i.S.d. §§ 329, 415 III BGB, die möglich ist.

Eltern können auch andere Vereinbarungen über den Kindesunterhalt treffen, die jedoch alle – und das ist wichtig – der Inhaltskontrolle nach den allgemeinen Regeln unterliegen. Die Grenzen von Freistellungsvereinbarungen hat der BGH in seiner Entscheidung von 2009

⁴¹ Zu weiteren Abreden in Elternvereinbarungen, die nicht vermögensrechtliche Wirkungen entfalten und daher nicht nach vertragsrechtlichen Grundsätzen, sondern nach Kindschaftsrecht zu beurteilen sind, vgl. *Hammer*, Elternvereinbarungen im Sorge- und Umgangsrecht 2004; *ders.*, Die rechtliche Verbindlichkeit von Elternvereinbarungen, FamRZ 2005, 1209; zu Vereinbarungen über den Kindesunterhalt ausführlich *Frech*, Vereinbarungen über den Kindesunterhalt, Münster 2000.

⁴² Vgl. die Diskussion bei *Scheiwe/Wersig*, Cash and Care, 2011, 198, vgl. z.B. <http://www.papa-lauf.de/40251.html> (Zugriff: 15.11.2012).

⁴³ BGH FamRZ 1986, 444.

⁴⁴ DIJuF-Themengutachten ‚Freistellungsvereinbarungen zwischen den Eltern über den Kindesunterhalt‘ 2011, http://www.dijuf.de/tl_files/downloads/2011/DIJuF-Themengutachten_Freistellung_Kindesunterhalt_v._7.11.11.pdf.

klargestellt.⁴⁵ Beim Kindesunterhalt gewährleistet das Verbot des Verzichts auf den Unterhalt für die Zukunft nach § 1614 I BGB die Inhaltskontrolle, Maßstäbe sind dabei die Angemessenheit des Unterhalts nach § 1610 BGB und die Leistungsfähigkeitskontrolle nach § 1603 BGB. Werden diese Maßstäbe eingehalten, sind Vereinbarungen zwischen den Eltern zur Vermeidung von umfangreichen kleinteiligen Berechnungen möglich und rechtlich verbindlich. Dies wird sicherlich nicht ohne umfangreiche Rechtsberatung und auch Mediation zwischen Eltern möglich sein, die das Wechselmodell in Betracht ziehen, aber unsicher sind wie sie die Unterhaltsverpflichtungen regeln sollen.

Einige Beispiele dafür finden sich inzwischen auch im Internet; ich gestehe, dass ich Formularbücher und Handbücher für die anwaltliche Praxis noch nicht daraufhin durchgesehen habe. Hier ein Auszug aus einer ausführlichen Mustervereinbarung von Hammer:⁴⁶

Eltern, die das Kind hälftig betreuen und Naturalunterhalt gewähren, verdienen monatlich 2500 Euro (Vater) und 1500 Euro (Mutter). Sie regeln, dass die Mutter das Kindergeld bekommen soll. Sie zahlt sämtliche Bekleidung und Kindergartenkosten, zusammen 285 Euro. Der Vater zahlt monatlich 130 Euro für die Allergiebehandlung des Kindes und 150 € an die Mutter. Im Übrigen trägt jeder die bei ihm anfallenden Betreuungskosten.

Mir scheint auf den ersten Blick, dass dieses Beispiel einer Kontrolle nach den allgemeinen Grundsätzen standhalten könnte – im Streitfall hat dies das Familiengericht im Rahmen eines Kindesunterhaltsverfahrens zu überprüfen.

Die Entwicklung von Mustervereinbarungen und Modellen, wie Elternvereinbarungen gestaltet werden können ohne die Kindesinteressen oder auch die Interessen des ökonomisch schlechter gestellten Elternteils zu verletzen, ist noch ein weites Feld der anwaltlichen Praxis und Familienrechtswissenschaft. Außerdem sind praktikable Lösungen zur Anpassung der Abreden an unvorhergesehene Ereignisse oder Veränderungen erforderlich, wenn etwa die Betreuungszeiten flexibel gehandhabt werden müssen (wegen Krankheit des Kindes, Überstunden, Fortbildungsveranstaltungen etc.); dazu wird etwa ein Zeit-Punkte-Konto vorgeschlagen („Wenn einer für den anderen außerplanmäßig die Betreuung übernimmt, erhält er eine Zeitgutschrift, die er nach Absprache bei passender Gelegenheit einlösen kann“ – so ein Vorschlag aus der Mustervereinbarung eines „Wechselmodells bei wenig kooperativen Eltern“⁴⁷).

6. Zum Schluss: Rechtsvergleichende Anmerkungen

Wie machen es denn die anderen? Dies kann hier nicht ausführlich diskutiert werden, daher sei auf die beiden bereits erwähnten, hochinteressanten rechtsvergleichenden Beiträge von Willekens und Martiny⁴⁸ in dem Sammelband des Forschungsvorhabens ‚Einer zahlt und eine betreut?‘ verwiesen. *Martiny* weist auf eine Tendenz zur stärkeren Mathematisierung des Kindesunterhalts durch Unterhaltsformeln hin, wie sie im britischen Child Support Act und in einzelstaatlichen Rechten der USA oder auch in den dort über das Internet angebotenen automatischen Unterhaltsrechnern („child support calculators“) zum Ausdruck kommt. Sowohl die Einkommen wie auch die Zeitanteile beider Eltern werden hier umfassend

⁴⁵ BGH 4.3.2009 XII ZR 18/08, FamRZ 2009, 768.

⁴⁶ Mustervereinbarung unter www.elternvereinbarung.de (Zugriff 15.11.2012).

⁴⁷ Ebd.

⁴⁸ Rechtsvergleichend zum Wechselmodell auch Dethloff, Familienrecht 2012, § 13 Rn. 258 sowie .

erhoben. Was hier auf den ersten Blick als besonders ‚objektiv‘ erscheint, erweist sich jedoch als ständige Quelle von Auseinandersetzungen, weil sich vor Gericht dann nicht nur – wie aus der bisherigen Praxis hinlänglich bekannt – trefflich über die Höhe eines Einkommens streiten lässt, sondern gleich vier Elemente der Berechnung Angriffsflächen bieten, zwei Einkommen und zwei Zeitkonten. Deshalb hält *Willekens* eine genaue Abwägung der Leistungen beider Eltern für unpraktikabel; sie setze außerdem eine massive Einmischung der Gerichte oder der Verwaltung in das Privatleben der Betroffenen voraus, um die erforderlichen Informationen zu überprüfen, und vervielfache die Konflikte über die Unterhaltsberechnung, wodurch die Prozesse in die Länge gezogen würden. Deshalb sei in England die Berechnungsformel des Child Support Act im Jahr 2000 wieder vereinfacht und durch eine Formel ersetzt worden, in der Betreuung erneut pauschal als Unterhalt gilt. Diese Rücknahme der Einkommensanrechnung des betreuenden Elternteils sei damit begründet worden, dass der mit dem Kind zusammenlebende Elternteil seine Unterhaltsleistung in Naturalien erbringe (Bereitstellung der Wohnung, Lebensmittel, Kleidung, Urlaub etc.; Betreuung im engeren Sinne werde nicht erwähnt). Die frühere Regelung, in der die Leistungsfähigkeit beider Eltern gegeneinander abgewogen wurde, habe zu unübersehbaren Berechnungsschwierigkeiten und anschließenden Streitigkeiten geführt. Außerdem wurde argumentiert, dass die Neuregelung mit ihrer Vereinfachung in der Praxis auch kaum andere Ergebnisse hervorbrachte als die frühere komplizierte Berechnungsweise. Denn die frühere Regelung, wonach das Einkommen des ‚parent with care‘ berücksichtigt wurde, habe geringe Auswirkungen auf die Höhe der festgesetzten Kindesunterhalts gehabt. Eine Verminderung des zu zahlenden Kindesunterhalts in Abhängigkeit von der Zahl der Übernachtungen im Haushalt blieb jedoch auch nach der Reform des Child Support Act Bestandteil der Kindesunterhaltsformel in England. Es wird berücksichtigt, wie häufig sich das Kind bei dem ‚non-resident parent‘ aufhält, so dass die Unterhaltsleistung dann reduziert werden kann. Sobald das Kind sich mindestens eine Nacht pro Woche im Haushalt des anderen Elternteils aufhält, wird der Unterhalt auf Tagessätze umgerechnet und entsprechend reduziert (um ein Siebtel bei einer Übernachtung pro Woche usw.). Bereits ab einer Übernachtung pro Woche bezeichnet dies die Child Support Agency (CSA) als ‚shared care‘, als geteilte Sorge – eine sehr verkürzte Begriffsinterpretation von Pflege und Betreuung.

Solche rechtsvergleichenden Diskussionen sind anregend, aber auch anspruchsvoll, weil man sehr gründlich die gesamten Systeme kennen und in ihren Verzweigungen untersuchen muss, um sie zu vergleichen. Denn England z.B. kennt in diesem Zusammenhang auch ein viel weiteres richterliches Ermessen bei Scheidungsfolgenvereinbarungen durch das Gericht, das unter Berücksichtigung der ehelichen Arbeitsteilung etwa Eigentumsgegenstände wie das Haus umverteilen kann, was möglicherweise für die Lebenssituation und den Unterhalt von Kindern viel relevanter ist als die isolierte Kindesunterhaltsforderung. Vergleichbare richterliche Entscheidungsfreiheiten bei der Regelung der Scheidungsfolgen kennt das deutsche Recht nicht. Dies Beispiel soll verdeutlichen, dass die Betrachtung eines isolierten Bestandteils eines so komplexen Systems wie des englischen allein keine hinreichende Antwort darauf gibt, wie verschiedene Unterhaltsbeiträge insgesamt gewertet und wie auch Sorgearbeit anerkannt werden kann. Zu Recht weist daher Martiny darauf hin, dass man

einzelne Elemente ausländischer Berechnungssysteme nicht importieren kann und soll, dass aber ein intensiverer Vergleich reizvoll und lohnend wäre.⁴⁹

⁴⁹ Martiny, Gleichheit und Verschiedenheit elterlicher Unterhaltsbeiträge im Rechtsvergleich, in Scheiwe/Wersig 2010, 83, 93.