$\frac{12}{10}$ Dezember
Seiten 357–392

PVSt 57932

Familie Familien-Rechts-Berater

Informationsdienst für die familienrechtliche Praxis

Rechtsprechung

Unterhaltsrecht

- Präklusion mit Befristungseinwand
- Verlängerung des Betreuungsunterhalts aus kindbezogenen Gründen
- Verwirkung des Anspruchs auf Elternunterhalt

Versorgungsausgleich

Schriftlicher Vergleich zum Versorgungsausgleich

Verfahrensrecht

- Vergütung des für mehrere Kinder bestellten Verfahrensbeistands
- Einsatz einer Kapital-Lebensversicherung für VKH/PKH

FamRB-Beratungspraxis

Aktuelle Praxisfragen

- Wohngeldbezug im Unterhaltsrecht Götsche
- Die neue Schwiegerelternrechtsprechung des BGH – mehr Dogmatik im Nebengüterrecht Herr
- Beiordnung eines Anwalts nach § 138 FamFG im Scheidungsverfahren H. Schneider
- Die "doppelte" Ehefrau Hausverkauf nach Wiederheirat *Grziwotz*

www.famrb.de



Mit Jahresregister 2010 Unterhaltsrecht

BGB § 1578b; ZPO § 323 a.F.; EGZPO § 36 Nr. 1; FamFG § 238

Bestell-Nr.: FE-03197

Das Problem: Die Parteien sind rechtskräftig geschiedene Eheleute, die Ehedauer betrug ca. 15 Jahre. Aus der Ehe sind inzwischen volljährige Kinder hervorgegangen. Die Parteien streiten in einem Abänderungsverfahren über die Befristung nachehelichen Aufstockungsunterhalts. Der Unterhalt wurde zuletzt im März 2007 durch Urteil tituliert, mit der im November 2007 erhobenen Abänderungsklage erstrebt der Kläger den Wegfall seiner Unterhaltsverpflichtung. Er stützt sein Abänderungsbegehren sowohl auf die inzwischen geänderte höchstrichterliche Rechtsprechung zur Begrenzung und Befristung des Aufstockungsunterhalts als auch für die Zeit ab Januar 2008 auf die Gesetzesänderung durch das UÄndG 2007.

Die Entscheidung des Gerichts: Die Vorinstanzen haben die Abänderungsklage abgewiesen. Auch in der Revision hat der Kläger keinen Erfolg. Der BGH führt aus, dass die Abänderungsklage zwar zulässig, aber unbegründet sei, weil sich weder durch das UÄndG 2007 noch durch die seit der mündlichen Verhandlung im Ausgangsverfahren veröffentlichte Rechtsprechung zum Aufstockungsunterhalt die Rechtslage seit dem Vorprozess entscheidend geändert habe.

Bereits mit seinem Urteil vom 12.4.2006 (BGH v. 12.4.2006 – XII ZR 240/03, FamRZ 2006, 1006 = FamRB 2006, 263) habe der Senat die maßgebliche Änderung seiner Rechtsprechung vollzogen, in dem für die Entscheidung über die Befristung nicht mehr der Ehedauer ausschlaggebende Bedeutung beigemessen, sondern stattdessen das hauptsächliche Gewicht auf die mit der Ehe verbundenen Nachteile für den Unterhaltsberechtigten gelegt wurde. Diese mit der Entscheidung vollzogene Rechtsprechungsänderung beschränke sich auch nicht auf kinderlose Ehen, sondern auf sämtliche Fälle des Aufstockungsunterhalts, in denen statt des Kriteriums der Ehedauer nunmehr vorrangig auf das Vorliegen ehebedingter Nachteile abzustellen war.

Durch das UÄndG 2007 sei ebenso wenig eine wesentliche Änderung der rechtlichen Verhältnisse eingetreten; eine derartige Veränderung liege nur vor, wenn die Gesetzesänderung für den konkreten Einzelfall erheblich sei, dies aber sei vorliegend nicht der Fall. Aus § 1578b BGB ergebe sich für sich genommen noch keine Änderung der wesentlichen Verhältnisse (vgl. BGH v. 18.11.2009 - XII ZR 65/09, FamRZ 2010, 111 m. Anm. Herrler = FamRB 2010, 34 und v. 27.1.2010 - XII ZR 100/08, FamRZ 2010, 538 m. Anm. Hoppenz = FamRB 2010, 167). Zwar sei die in § 1573 Abs. 5 Satz 1 Halbs. 2, § 1578 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 BGB a.F. enthaltene Regelung, wonach eine fortlaufende und ungeminderte Unterhaltszahlung in der Regel nicht unbillig sei, wenn der Berechtigte nicht nur vorübergehend ein gemeinschaftliches Kind allein oder überwiegend betreut hat oder noch betreut, nicht in § 1578b BGB übernommen worden, eine materielle Rechtsänderung sei damit aber nicht verbunden, weil die Kindesbetreuung schon nach der früheren Rechtslage nicht generell einer Befristung oder Herabsetzung entgegenstand. Mit dem UÄndG 2007 sei durch die Streichung der einschränkenden Formulierung keine sachliche Änderung vorgenommen worden, sondern lediglich eine Klarstellung. Der Kläger hätte die Befristung und Herabsetzung bereits im Vorprozess geltend machen können und müssen; da die Befristung nach §§ 1573 Abs. 5, 1578 Abs. 1 Satz 2 BGB a.F. nicht lediglich auf Einrede, sondern bei entsprechendem Sachvortrag von Amts wegen zu überprüfen gewesen sei, schließe die Rechtskraft des Ausgangsurteils jedenfalls bei unveränderter Tatsachenlage eine künftige Befristung und Herabsetzung des Unterhalts aus.

Konsequenzen für die Praxis: Die Entscheidung des BGH zeigt erneut auf, wie wichtig es ist, im Ausgangsverfahren ausreichenden Sachvortrag zu halten und die Umstände darzulegen, die für eine Befristung oder Herabsetzung des Unterhaltsanspruchs vorgebracht werden können. Haben sich die tatsächlichen Verhältnisse nicht geändert, ist durch die Entscheidung des BGH nunmehr klargestellt worden, dass eine wesentliche Änderung rechtlicher Verhältnisse nicht eingetreten ist, wenn der Aufstockungsunterhalt erst nach der Veröffentlichung des Senatsurteils vom 12.4.2006 festgelegt wurde. Hätte die Befristung und Herabsetzung bereits im Vorprozess geltend gemacht werden können, ist der Abänderungsantragssteller in einem späteren Abänderungsverfahren mit dem Befristungseinwand präkludiert. Für die Abänderung eines Prozessvergleichs wegen Unterhaltsbefristung vgl. BGH v. 26.5.2010 - XII ZR 143/08, FamRZ 2010, 1238 m. Anm. Borth = FamRZ 2010, 1316 = FamRB 2010, 262.

Beraterhinweis: Hat das Gericht in der Ausgangsentscheidung in den Entscheidungsgründen die künftige Befristung etwa wegen einer noch nicht zuverlässig absehbaren Entwicklung der Verhältnisse ausdrücklich offen gelassen, ist die Rechtskraft der Entscheidung entsprechend eingeschränkt und steht, wie der BGH ausdrücklich ausgeführt hat, einer späteren Geltendmachung des Befristungseinwands durch den Unterhaltspflichtigen selbst dann nicht entgegen, wenn über die Befristung richtigerweise im Ausgangsverfahren bereits hätte entschieden werden müssen (vgl. BGH v. 26.5.2010 − XII ZR 143/08, FamRZ 2010, 1238 m. Anm. Borth = FamRZ 2010, 1316 = FamRB 2010, 262). ≺

RAin Gisela Kühner, Hamm/Westf.

Verlängerung des Betreuungsunterhalts aus kindbezogenen Gründen

Im Rahmen der Billigkeitsentscheidung über eine Verlängerung des Betreuungsunterhalts aus kindbezogenen Gründen nach § 1570 Abs. 1 Satz 2 und 3 BGB ist stets zunächst der individuelle Umstand zu prüfen, ob und in welchem Umfang die Kindesbetreuung auf andere Weise gesichert ist oder in kindgerechten Betreuungseinrichtungen gesichert werden könnte.

Unterhaltsrecht

BGH, Urt. v. 15.9.2010 – XII ZR 20/09 (KG – 16 UF 149/08) BGB § 1570

Bestell-Nr.: FE-03202

Das Problem: Das FamG hat der Mutter eines von ihr betreuten knapp 8 Jahre alten Kindes im Scheidungsverbundurteil Betreuungsunterhalt zugesprochen und ausgeführt, dass die Mutter mit 25 Wochenarbeitsstunden in ausreichendem Umfang erwerbstätig sei. Das KG (KG v. 8.1.2009 - 16 UF 149/08, FamRB 2009, 69) hat die Berufung des Vaters zurückgewiesen und ergänzend begründet, weshalb die einer bisherigen Übung entsprechende Fremdbetreuung des Kindes bis 15 Uhr im Hort nicht bis 18 Uhr ausgedehnt werden sollte und eine regelmäßige Nachmittagsbetreuung des Kindes durch den Vater nach dem Ergebnis eines vorangegangenen Sorgerechtsstreits nicht in Betracht komme. Das KG hat zudem darauf hingewiesen, dass der Gesetzgeber ausweislich der Motive das "tradierte Altersphasenmodell" nicht abschaffen, sondern nur eine flexiblere Anwendung erreichen wollte, die der Tatsache Rechnung trägt, dass Teilzeittätigkeit neben der Kindererziehung vielfach Realität sei.

Die Entscheidung des Gerichts: Der BGH hat die Entscheidung des KG aufgehoben und die Sache zurückverwiesen. Er hält an seiner Rechtsprechung (BGH v. 18.3.2009 - XII ZR 74/08, FamRZ 2009, 770 = FamRB 2009, 170; v. 6.5.2009 - XII ZR 114/08, FamRZ 2009, 1124 = FamRB 2009, 236; v. 17.6.2009 - XII ZR 102/08, FamRZ 2009, 1391 = FamRB 2009, 269) fest, dass der Gesetzgeber für Kinder ab 3 Jahren den Vorrang der persönlichen Betreuung aufgegeben habe und kein Raum mehr für ein Altersphasenmodell sei. In dem Umfang, in dem das Kind nach Vollendung des dritten Lebensjahrs eine kindgerechte Einrichtung besuche oder unter Berücksichtigung der individuellen Verhältnisse besuchen könnte, könne sich der betreuende Elternteil also nicht mehr auf die Notwendigkeit einer persönlichen Betreuung des Kindes und somit nicht mehr auf kindbezogene Verlängerungsgründe berufen. Dies gelte sowohl für den rein zeitlichen Aspekt der Betreuung als auch für den sachlichen Umfang der Betreuung in einer kindgerechten Einrichtung. Die Berücksichtigung elternbezogener Gründe für eine Verlängerung des Betreuungsunterhalts sei Ausdruck der nachehelichen Solidarität. Maßgeblich sei dabei das in der Ehe gewachsene Vertrauen in die vereinbarte und praktizierte Rollenverteilung und die gemeinsame Ausgestaltung der Betreuung (BT-Drucks. 16/ 6980, 9). Den Unterhaltsberechtigten träfen die Darlegungs- und Beweislast für kind- oder elternbezogene Verlängerungsgründe.

Das KG habe eine vollzeitige Betreuung des gemeinsamen Kindes in einer kindgerechten Einrichtung allein im Hinblick auf das Alter des Kindes aus grundsätzlichen Erwägungen abgelehnt. Individuelle Umstände, die das rechtfertigen könnten, lasse das Berufungsurteil vermissen. Auch die Betreuungsmöglichkeit durch den Vater werde mit unzutreffenden Erwägungen verneint. Grundsätzlich sei auch der barunterhaltspflichtige Elternteil als Betreuungsperson in Betracht zu ziehen, wenn er dies ernsthaft und verlässlich anbietet (unter

Hinweis auf Empfehlung 5 des Arbeitskreises 2 des 18. DFGT). Maßstab dafür sei auch im Rahmen des § 1570 BGB das Kindswohl, hinter dem rein unterhaltsrechtliche Erwägungen zurücktreten müssten. Eine am Kindeswohl orientierte vorhandene Umgangsregelung sei grundsätzlich vorgreiflich. Auch elternbezogene Gründe habe das KG nicht festgestellt. Allein der Umstand, dass die Antragstellerin ihre Erwerbstätigkeit nach der Geburt des gemeinsamen Kindes für drei Jahre aufgegeben hatte und danach lediglich im Umfang von 25 Wochenstunden erwerbstätig war, spreche nicht notwendig dafür, dass diese Ausgestaltung bei zunehmendem Alter des Kindes Bestand haben sollte. Nach der Rechtsprechung des Senats sehe die gesetzliche Neuregelung vielmehr eine von den individuellen Umständen abhängige Entwicklung bis zu einer vollschichtigen Erwerbstätigkeit des betreuenden Elternteils vor.

Konsequenzen für die Praxis: Der BGH hält an seiner sehr engen Auslegung des § 1570 BGB fest, ohne sich mit den verbreiteten Bedenken in der Instanzrechtsprechung (vgl. zuletzt OLG Frankfurt v. 17.2.2010 – 5 UF 45/09, FamRZ 2010, 1449), in den Sozialwissenschaften und der Psychologie (*Lenze*, FamRZ 2009, 1724; *BeckerStoll*, FamRZ 2010, 77 [80]) wegen des entstehenden erhöhten Streitpotentials inhaltlich auseinander zu setzen. Wie das KG zutreffend ausgeführt hat, enthält die Gesetzesbegründung zudem – vom BGH nicht zitierte – Passagen (BT-Drucks. 16/1830, 13, 16, 17), die eine weniger restriktive Auslegung des § 1570 BGB geradezu nahe legen (ausführlich zur Kritik, auch aus verfassungsrechtlicher Sicht: Büttner/Niepmann/*Schwamb*, 11. Aufl. 2010, Rz. 468–472).

Neu ist, dass sich der BGH die hoch umstrittene Empfehlung 5 des 2. Arbeitskreises des 18. DFGT zum "ernsthaften und verlässlichen" Angebot des barunterhaltspflichtigen Elternteils grundsätzlich zu eigen macht (ohne Auseinandersetzung mit den Argumenten der starken Gegenmeinung: Nachweise bei Niepmann/Schwamb, NJW 2010, 2403, Fn. 52-55). Veranlassung für die Aufstellung dieses Grundsatzes bestand angesichts eines gerichtlich geregelten Aufenthaltsbestimmungsrechts und einer offenbar praktizierten Umgangsregelung nicht. Der Satz, "Maßstab dafür ist auch im Rahmen des § 1570 BGB das Kindswohl, hinter dem rein unterhaltsrechtliche Erwägungen zurücktreten müssen.", vermag die Bedenken nicht auszuräumen, denn der BGH eröffnet ohne jede Not ein weiteres Konfliktfeld und erhöht das Streitpotential für Umgangssachen. Es ist zu befürchten, dass auch bisher problemlos und ohne gerichtliche Regelung funktionierende Absprachen nunmehr streitig werden oder solche Absprachen nicht mehr ohne weiteres zustande kommen. Ob ein Angebot "verlässlich" gewesen ist, wird sich vielfach erst nach der Entscheidung zeigen, und evtl. folgen dann Abänderungsverfahren, in denen wie nicht selten nach streitig entschiedenen Umgangsverfahren - über die Verantwortung für ausgefallene Betreuungszeiten gestritten werden wird. Die vom KG befürchteten vermehrt auftretenden Loyalitätskonflikte der Kinder liegen geradezu auf der Hand.

Schließlich ist auch nicht nachvollziehbar, weshalb der BGH – entgegen eigenen Prämissen – der bisher offenbar

Unterhaltsrecht

unstreitig praktizierten Regelung, dass die Mutter seit Vollendung des 3. Lebensjahres des Kindes 25 Stunden arbeitete, schon unmittelbar bei der Scheidung unter Vertrauensschutzgesichtspunkten keine weitere Relevanz bei den elternbezogenen Gründen mehr zukommen lässt.

Beraterhinweis: Sofern der BGH die restriktive Rechtsprechung zu § 1570 BGB in näherer Zukunft trotz der Kritik aus Instanzrechtsprechung und Wissenschaft nicht lockert, ist die Rechtseinheitlichkeit in dieser wichtigen Frage in Gefahr. Dabei wäre eine weitgehende Akzeptanz erreichbar, wenn der BGH entsprechend den Motiven des Reformgesetzgebers vernünftige Teilzeitarbeit neben Kinderbetreuung ausreichen ließe, wie sie vom Gesetzgeber ausdrücklich in Anpassung an die gesellschaftliche Realität intendiert war. Um künftig sicher zu gehen, müssen Anwälte nun allerdings anhand entwickelter Kriterienkataloge streitig vortragen und Instanzgerichte ggf. darüber Beweis erheben (vgl. OLG Frankfurt v. 17.2.2010 – 5 UF 45/09, FamRZ 2010, 1449) zum Nachteil der zu betreuenden Kinder (Lenze, FamRZ 2009, 1724). ◀

RiOLG Werner Schwamb, Frankfurt a.M.

Verwirkung des Anspruchs auf Elternunterhalt

1. Gemäß § 1611 Abs. 1 Satz 1 Alt. 3 BGB setzt die Verwirkung wegen einer schweren Verfehlung ein Verschulden des Unterhaltsberechtigten voraus. Es genügt nicht, wenn er in einem natürlichen Sinne vorsätzlich gehandelt hat. 2. Eine Störung familiärer Beziehungen i.S.d. § 1611 BGB genügt grundsätzlich nicht, um eine unbillige Härte i.S.d. § 94 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 SGB XII zu begründen und damit einen Anspruchsübergang auf den Träger der Sozialhilfe auszuschließen. Etwas anderes gilt nur dann, wenn der nach § 1611 BGB zu beurteilende Lebenssachverhalt aus Sicht des Sozialhilferechts auch soziale Belange erfasst, die einen Übergang des Anspruches nach öffentlich-rechtlichen Kriterien ausschließen (Klarstellung zu BGH v. 21.4.2004 – XII ZR 251/01, FamRZ 2004, 1097 = FamRB 2004, 283).

BGH, Urt. v. 15.9.2010 – XII ZR 148/09 (OLG Hamm – II-2 UF 241/08) BGB §§ 242, 1611; SGB XII § 94 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 Bestell-Nr.: FE-03179

Das Problem: In dem Fall ging es um die Frage der Verwirkung eines Unterhaltsanspruchs einer an einer Psychose leidenden Mutter, der vom leistungsfähigen Sohn vorgeworfen worden war, erhebliche Betreuungs- und Versorgungsdefizite in seiner Kindheit verursacht zu haben, ihn ausgesperrt und ihm die Kleidung zerschnitten zu haben und schließlich für einen bei ihm entstandenen Waschzwang verantwortlich zu sein. Dies habe zu nahezu vollständiger Kontaktlosigkeit seit dem sechzehnten Lebensjahr geführt. Der BGH hatte zu entscheiden, ob

der Unterhaltsanspruch unter den gegebenen Umständen überhaupt auf den Träger der Sozialhilfe übergegangen ist, weil der Übergang nach § 94 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 SGB XII eine unbillige Härte darstelle. Daneben war eine gröbliche Vernachlässigung der Unterhaltsverpflichtung nach § 1611 Abs. 1 Alt. 2 BGB als Verwirkungseinwand zu prüfen und schließlich hatte der unterhaltspflichtige Sohn eingewandt, der Unterhaltsanspruch sei wegen Zeitablaufs verwirkt, weil er vom Sozialhilfeträger für einen länger als ein Jahr zurückliegenden Zeitraum geltend gemacht worden sei.

Die Entscheidung des Gerichts: Die Frage des Übergangs des Unterhaltsanspruchs auf den Sozialhilfeträger hat der BGH bejaht und damit seine Entscheidung vom 21.4.2004 - XII ZR 251/01 präzisiert. Damals hatte der BGH zu entscheiden, ob eine Kontaktlosigkeit zwischen Kindern und Eltern, deren Ursache in einer kriegsbedingten psychischen Erkrankung des unterhaltsbedürftigen Elternteils gelegen hatte den Übergang des Unterhaltsanspruchs auf den Sozialhilfeträger hindere. Dies hatte der BGH damals bejaht, wie jetzt präzisiert wird, weil die Kriegsbedingtheit der Erkrankung des Vaters soziale und damit öffentlich-rechtliche Belange erfasse. Der jetzt zu entscheidende Fall sei aber ausschließlich familienrechtlicher Natur. Es bestehe kein erkennbarer Bezug zum Sozialhilferecht und kein kausaler Zusammenhang zum Handeln eines Staats, weswegen keine Unbilligkeit im sozialrechtlichen Bezug anzunehmen sei.

Krankheitsbedingte Betreuungs- und Versorgungsdefizite seien allein nicht geeignet, eine Verwirkung des Unterhaltsanspruchs nach § 1611 Abs. 1 BGB zu begründen. Wie ein Barunterhalt schuldender Elternteil bei wirtschaftlicher Leistungsunfähigkeit, sei ein Elternteil, der krankheitsbedingt zur Betreuung nicht in der Lage sei, dazu auch nicht verpflichtet, so dass eine "gröbliche Vernachlässigung der Unterhaltspflicht" nicht vorläge.

Es sei – so der BGH – auch keine schwere Verfehlung, wenn der Sohn von der Mutter mehrfach ausgesperrt worden sei, durch die Betreuungsdefizite bei ihm ein Waschzwang entstanden sei und ihm die Mutter die Kleidung zerschnitten habe. Auch die jahrzehntelange Kontaktlosigkeit könne insoweit nicht als schwere Verfehlung angesehen werden, weil tatsächlich sich letztendlich der Beklagte geweigert habe, Kontakt aufzunehmen und auch die Kontaktlosigkeit der Erkrankung der Mutter geschuldet sei. Der Verwirkungsgrund "schwere Verfehlung" setze aber Verschulden voraus, das angesichts des krankheitsbedingten Verhaltens der Mutter nicht gegeben sei.

Schließlich beschäftigt sich der BGH in der Entscheidung mit der Verwirkung des Unterhaltsanspruchs durch Zeitablauf (§ 242 BGB). Der BGH bestätigt seine Rechtsprechung, wonach bei Unterhaltsansprüchen an das Zeitmoment der Verwirkung keine strengen Anforderungen zu stellen seien, weil der Unterhaltsgläubiger zur zeitnahen Durchsetzung seines existenzsichernden Unterhaltsanspruchs angehalten sei. Deswegen bleibe es dabei, dass Unterhaltsansprüche, die etwas mehr als ein Jahr zurücklägen, verwirkt seien (BGH v. 23.10.2002 – XII ZR 266/99, FamRZ 2002, 1698 = FamRB 2003, 3). Dies gelte auch für auf einen Sozialhilfeträger überge-