

Betreuungsunterhalt (§ 1615 I BGB) – Anspruchs- und Haftungskonkurrenz, Themengutachten TG-1099	Bernhard Knittel/Petra Birnstengel	Themengutachten, DIJuF- Rechtsgutachten 1. Auflage 2015	Rn. 1- 11
---	--	---	-----------------

## **Betreuungsunterhalt (§ 1615 I BGB) – Anspruchs- und Haftungskonkurrenz, Themengutachten TG-1099**

Prof. Dr. Bernhard Knittel und Petra Birnstengel

Stand: 09/2014

1 Wie ist das Konkurrenzverhältnis von Unterhaltsansprüchen betreuender Elternteile zu weiteren Elternteilen und/oder Ehegatten zu lösen?

1.1 Rangfolge und ihre Bedeutung

1.2 Geburt des außerehelichen Kindes vor Rechtskraft der Scheidung

1.3 Geburt des Kindes nach Rechtskraft der Scheidung

1.4 Anspruchskonkurrenz zweier nichtehelicher Mütter

2 Wie ist der Unterhaltsanspruch der Mutter bei mehreren gleichrangigen Schuldnern zu bemessen?

2.1 Grundsatz der anteiligen Haftung entsprechend § 1606 Abs. 3 BGB

2.2 Berechnungsbeispiel

2.3 Wertende Veränderung der Haftungsquoten

2.4 Verzicht auf nahehelichen Unterhalt

2.5 Verwirkung des Ehegattenunterhalts

3 Bleibt ein Unterhaltsanspruch nach § 1615 I Abs. 2 BGB bestehen, wenn die Mutter einen anderen Mann als den Vater des Kindes heiratet?

### **1 Wie ist das Konkurrenzverhältnis von Unterhaltsansprüchen betreuender Elternteile zu weiteren Elternteilen und/oder Ehegatten zu lösen?**

#### **1.1 Rangfolge und ihre Bedeutung**

Auf die Rangfolge von Unterhaltsansprüchen, die in § 1609 BGB geregelt ist, kommt es immer dann an, wenn das Geld nicht für alle Unterhaltsgläubiger reicht. Denn dann sind **zunächst die Ansprüche der vorrangigen Unterhaltsgläubiger** zu befriedigen. Eine Mangelfallberechnung ist also nur unter Gläubigern einer Rangstufe, dh nur dann vorzunehmen, wenn innerhalb einer Rangstufe nicht genug Geld für alle Unterhaltsgläubiger vorhanden ist (Krenzler/Borth/Grisebach 2012, Kap. 6 Rn 1467).

Durch die Unterhaltsrechtsreform 2008 wurde der **betreuende Elternteil eines nichtehelichen Kindes rangmäßig deutlich besser gestellt** als zuvor. **Alle kinderbetreuenden Elternteile**, ob verheiratet oder nicht, sind gleichrangig (§ 1609 Nr. 2 BGB).

Dasselbe gilt für Ehegatten aus Ehen von langer Dauer, wenn sie ehebedingte Nachteile erlitten haben. Das ergibt sich aus dem Verweis in

**1**

§ 1609 Nr. 2 BGB auf § 1578 b BGB (BGH 30.7.2008 – XII ZR 177/06, FamRZ 2008, 1911; OLG Celle 10.10.2008 – 10 WF 322/08, OLG-Report 2008, 897). Im dritten Rang folgen die Ehegatten und geschiedenen Ehegatten, die nicht unter § 1609 Nr. 2 BGB fallen.

Soweit die Voraussetzungen von § 1609 Nr. 2 BGB vorliegen, geht dieser betreuende Elternteil im Unterschied zur früheren Rechtslage einem (geschiedenen) Ehegatten sogar vor, sofern dieser keine ehebedingten Nachteile erlitten hat und daher nach § 1609 Nr. 3 BGB in den dritten Rang einzustufen ist (Krenzler/Borth/Grisebach 2012, Kap. 6 Rn 1467).

### **1.2 Geburt des außerehelichen Kindes vor Rechtskraft der Scheidung**

Schuldet der Vater nicht nur der Mutter Unterhalt nach § 1615 I BGB, sondern auch einer (geschiedenen) Ehefrau und sind beide Ansprüche gleichrangig, ist nach Auffassung des BGH (7.12.2011 – XII ZR 151/09, FamRZ 2012, 281 m. Anm. Borth) wie folgt zu verfahren:

2

Entsteht der Anspruch auf Kindesunterhalt und auf Unterhalt nach § 1615 I BGB vor Rechtskraft der Scheidung, **prägt dies die ehelichen Lebensverhältnisse** mit der Folge, dass diese Unterhaltsverpflichtungen vom Einkommen des Schuldners in Abzug zu bringen sind, bevor der Bedarf der Ehefrau ermittelt wird. Entstehen die Ansprüche dagegen erst nach Rechtskraft der Scheidung, sind sie bei der Bemessung des Unterhaltsbedarfs der Ehefrau nicht zu berücksichtigen (s. 1.3).

Jedoch ist auf der Ebene der Leistungsfähigkeit der **Halbteilungsgrundsatz** zu beachten, da der eigene **angemessene Unterhalt** des Pflichtigen iSv § 1581 BGB nicht geringer sein darf als der Unterhalt, den der Berechtigte bekommt (ausführlich zum Halbteilungsgrundsatz Frage 9 des Themengutachtens Betreuungsunterhalt [§ 1615 I BGB] – Voraussetzungen und Höhe, TG-1092). Weitere Unterhaltsverpflichtungen sind dabei ihrem Rang entsprechend zu berücksichtigen. Führt dies zu einem **Mangelfall**, weil dem Pflichtigen weniger als dem Berechtigten verbleibt, ist eine Kürzung des Unterhaltsanspruchs nach Billigkeit vorzunehmen. Grundsätzlich ist dabei nicht zu beanstanden, wenn das vorhandene (um vorrangigen Kindesunterhalt bereinigte) Gesamteinkommen aller Beteiligten durch drei geteilt wird, wobei weitere Billigkeit Gesichtspunkte zusätzlich berücksichtigt werden können.

#### **Beispiel (nach Krenzler/Borth/Grisebach 2012, Kap. 6 Rn 1470):**

Der Ehemann verdient 4.000 EUR monatlich. Seine Frau betreut das zweijährige gemeinsame Kind und arbeitet nicht. Aus einer außerehelichen Beziehung hat der Ehemann ein einjähriges Kind, dessen Mutter ebenfalls nicht arbeitet. Bis zur Geburt hat die Mutter 1.500 EUR monatlich verdient.  
Einkommen Ehemann 4.000 EUR – Kindesunterhalt (314 + 314 EUR =) 628 EUR = 3.372 EUR.

In Abzug zu bringen ist außerdem der Anspruch der Mutter nach § 1615 I BGB, bevor der Bedarf der Ehefrau ermittelt wird. Geht man mit dem BGH davon aus, dass bereits der Bedarf der Mutter durch den Halbteilungsgrundsatz beeinflusst wird, müssten 1.686 EUR in Abzug gebracht werden (3.372 EUR : 2). Zu beachten ist, dass der Bedarf der nicht verheirateten Mutter nicht durch den Anspruch der Ehefrau beeinflusst werden kann, da sich ihr Bedarf allein nach ihrer Lebensstellung und nicht nach den ehelichen Lebensverhältnissen richtet. Setzt man den Bedarf mit dem vorherigen Einkommen iHv 1.500 EUR an, verbleiben (3.372 - 1.500 EUR =) 1.872 EUR. Der Bedarf der Ehefrau beträgt also 802 EUR (1.872 EUR × 3/7).

Der Ehemann ist **für alle Unterhaltsansprüche leistungsfähig**, da ihm nach Abzug aller Unterhaltspflichten 1.070 EUR, also mehr als der notwendige Selbstbehalt von 1.050 EUR (unter Zugrundelegung des damals maßgebenden Selbsthalts von 1050 EUR; aktuell beträgt der Selbstbehalt 1.100 EUR), verbleiben.

Es liegt aber ein **Mangelfall** vor, weil dem Ehemann im Verhältnis zur nicht verheirateten Mutter weniger verbleibt. Nach der Entscheidung des BGH (7.12.2011 – XII ZR 151/09, FamRZ 2012, 281) kann in einem solchen Fall das Gesamteinkommen, hier also nur das Einkommen des Ehemanns, **nach Abzug des vorrangigen Kindesunterhalts** durch drei geteilt werden (zur strittigen Frage, ob ein Erwerbstätigenbonus hierbei zu berücksichtigen ist, s. Frage 9 des TG-1092 Betreuungsunterhalt [§ 1615 I BGB] – Voraussetzungen und Höhe):

Danach bekämen die Mutter und die Ehefrau also jeweils (3.372 EUR : 3 =) 1.124 EUR.

Zu diesem Beispiel führt Krenzler/Borth/Grisebach 2012, Kap. 6 Rn 1470 aus:

„Zwar stützt der BGH seine diesbezüglichen Erwägungen in seiner Entscheidung v. 7.12.2011 auf § 1581 BGB, also eine Norm des nahehelichen Unterhalts, da es in dem entschiedenen Fall um zwei Ehefrauen ging. Seine Erwägungen gelten aber gleichermaßen für das Verhältnis zwischen dem Unterhalt eines (geschiedenen) Ehegatten zum Unterhalt nach § 1615 I BGB, da der BGH wiederholt entschieden hat, dass der **Halbteilungsgrundsatz den Unterhaltsanspruch der nicht verheirateten Mutter nach § 1615 I BGB ebenso begrenzt** wie den Unterhaltsanspruch eines Ehegatten. An dieser Rechtsprechung hält der BGH fest, wobei er allerdings andeutet, dass die Begrenzung eventuell doch erst auf der Ebene der Leistungsfähigkeit und nicht schon auf der Ebene des Bedarfs zu erfolgen hat.

Soweit der Unterhalt der Ehefrau nach dieser Berechnung höher als ihr ursprünglich errechneter Bedarf ist, ist darauf zu

verweisen, dass sich nach der Entscheidung des BGH v. 7.12.2011 aaO der **endgültige Unterhaltsbedarf des neuen Ehegatten erst im Zusammenspiel mit der Leistungsfähigkeit** des Unterhaltspflichtigen gegenüber dem geschiedenen Ehegatten bemessen lässt. Das Gleiche muss dann aber auch für den endgültigen Unterhaltsbedarf des (geschiedenen) Ehegatten im Verhältnis zum Unterhalt einer Mutter nach § 1615 I BGB gelten. Dagegen ist der Bedarf der nicht verheirateten Mutter wohl durch ihre Lebensstellung, also ihr vor der Geburt zuletzt erzielttes Einkommen, begrenzt, und kann nicht im Zusammenspiel mit anderen Unterhaltsverpflichtungen auf der Ebene der Leistungsfähigkeit erhöht werden.“

### 1.3 Geburt des Kindes nach Rechtskraft der Scheidung

Sind die neuen Unterhaltspflichten erst nach der Scheidung entstanden, verändert sich die Berechnung wie folgt:

3

#### **Beispiel (nach Krenzler/Borth/Grisebach 2012, Kap. 6 Rn 1471):**

Der geschiedene Ehemann verdient 3.500 EUR. Aus der Ehe ist ein zweijähriges Kind hervorgegangen. Die geschiedene Ehefrau arbeitet nicht. Nach der Scheidung bekommt der Ehemann aus einer nichtehelichen Beziehung ein weiteres Kind. Die Mutter hat vor der Geburt 1.500 Euro verdient. Sie arbeitet ebenfalls nicht.

Einkommen Ehemann 3.500 EUR – Kindesunterhalt (273 + 273 EUR =) 546 EUR = 2.954 EUR.

Der Bedarf der nicht verheirateten Mutter beträgt unverändert 1.500 EUR.

Der Bedarf der Ehefrau beläuft sich dagegen nunmehr – wegen des unterbleibenden Abzugs des Unterhalts für das nacheheliche Kind – auf 1.383 EUR (3.500 – 273 EUR = 3.227 EUR  $\times$  3/7 = 1.383 EUR).

In diesem Fall ist der Ehemann nicht mehr für alle Ansprüche leistungsfähig, da ihm nach Abzug aller Unterhaltspflichten (546 + 1.500 + 1.383 EUR = 3.429 EUR) lediglich 71 EUR von seinem Einkommen von 3.500 EUR verbleiben.

Es liegt ein Mangelfall vor. Zu befriedigen sind daher zunächst die vorrangigen Ansprüche auf Kindesunterhalt. Danach verbleiben dem Ehemann 2.954 EUR. Nach Abzug des Selbstbehalts iHv 1050 EUR (inzwischen Erhöhung auf 1.100 EUR) stehen als Verteilungsmasse somit 1.904 EUR zur Verfügung.

Die Unterhaltsansprüche von Mutter und geschiedener Frau belaufen sich auf insgesamt 2.883 EUR. Die Unterhaltsansprüche der Mutter und der geschiedenen Frau sind also wie folgt zu kürzen:

Unterhalt Mutter:  $1.500 : 2.883 \times 1.904 = 991$  EUR.

Unterhalt Ehefrau:  $1.383 : 2.883 \times 1.904 = 913$  EUR.

Zu prüfen ist immer, ob zur Vermeidung unausgewogener Ergebnisse der **Kindesunterhalt auf den Mindestunterhalt herabzusetzen** ist (OLG Köln 27.5.2008 – 4 UF 159/07, FamRZ 2008, 2119). Ferner ist zu beachten, dass sich aus den Leitlinien der Oberlandesgerichte zum Teil abweichende Einsatzbeträge ergeben, die im Mangelfall in die Berechnung eingestellt werden sollen.

#### 1.4 Anspruchskonkurrenz zweier nichtehelicher Mütter

Die vorgenannten Grundsätze sind entsprechend anzuwenden für den Fall, dass zwei Mütter nach § 1615 I BGB Unterhalt verlangen können; hierbei ist zu beachten, dass sich der Bedarf einer nicht verheirateten Mutter **allein nach ihrer Lebensstellung** richtet.

4

**Beispiel (nach Krenzler/Borth/Grisebach 2012, Kap. 6 Rn 1472, wobei zu beachten ist, dass der Mindestbedarf inzwischen von 770 EUR auf 800 EUR gestiegen ist):**

Die Mütter haben einen Unterhaltsbedarf von 1.500 und 700 EUR. Der Vater hat ein bereinigtes Einkommen von a) 4.000 EUR, b) 3.600 EUR).

a) Einkommen Vater 4.000 EUR – Unterhalt Mütter (1.500 + 770 EUR =) 1.700 EUR

In diesem Fall ist der Vater **in vollem Umfang leistungsfähig**, weil ihm im Verhältnis zu jeder Mutter mehr verbleibt als sein Resteinkommen nach Abzug der Ansprüche beider Mütter, und insgesamt mehr als sein notwendiger Selbstbehalt.

b) Einkommen Vater 3.600 EUR – Unterhalt Mütter (1.500 + 770 EUR =) 1.300 EUR

Bei dieser Variante liegt ein **Mangelfall** vor, weil dem Vater im Verhältnis zur ersten Mutter weniger als sein Resteinkommen nach Abzug der Ansprüche beider Mütter verbleiben würde. Teilt man auf der Ebene der Leistungsfähigkeit sein Einkommen durch drei, entfallen auf jeden 1.200 EUR. Der Unterhalt der zweiten Mutter ist allerdings durch ihre Lebensstellung auf 770 EUR gedeckelt. Zu kürzen ist also nur der Unterhalt der ersten Mutter, und zwar auf 1.200 EUR (3.600 : 3). Dem Vater verbleiben 1.630 EUR (Einkommen Vater 3.600 EUR – Unterhalt Mutter 1.200 EUR – Unterhalt Mutter 770 EUR = 1.630 EUR).

Zu überlegen ist allerdings, ob die bei der zweiten Mutter „**eingesparten**“ **Mittel**, also (1.200 – 770 EUR =) 430 EUR, zwischen der ersten Mutter und dem Vater hälftig zu verteilen sind. In diesem Fall bekäme die erste Mutter 1.415 EUR. Der gleiche Betrag in Höhe von 1.415 EUR bliebe dem Vater.

## 2 Wie ist der Unterhaltsanspruch der Mutter bei mehreren gleichrangigen Schuldnern zu bemessen?

## **2.1 Grundsatz der anteiligen Haftung entsprechend § 1606 Abs. 3 BGB**

5

Das Zusammentreffen von Ansprüchen der Mutter gegen ihren Ehemann und gegen den Vater ihres nichtehelichen Kindes bzw von Ansprüchen gegen mehrere Väter ist gesetzlich nicht geregelt (vgl hierzu und zum Folgenden eingehend Krenzler/Borth/Grisebach 2012, Kap. 6 Rn 1474 ff).

Der BGH (21.1.1998 – XII ZR 85/96, FamRZ 1998, 541) hat hierzu entschieden, dass bei einem Zusammentreffen von Ansprüchen nach § 1615 I BGB und Trennungsunterhalt (§ 1361 BGB) der Vater und der Ehemann in analoger Anwendung von § 1606 Abs. 3 BGB **anteilig nach ihren Erwerbs- und Vermögensverhältnissen** für den Unterhalt der Mutter aufkommen müssen. Die Haftungsquote soll dabei nicht schematisch allein nach den Einkommens- und Vermögensverhältnissen des Vaters und des Ehemannes zu bestimmen sein, sondern es sind auch andere Umstände zu berücksichtigen, insbesondere Anzahl, Alter, Entwicklung und Betreuungsbedürftigkeit der Kinder. So soll der Erzeuger des vermehrt betreuungsbedürftigen Kindes ggf auch in weiterem Umfang, als es seiner rechnerischen Quote entspricht, oder sogar allein zum Unterhalt herangezogen werden können (BGH 21.1.1998 – XII ZR 85/96, FamRZ 1998, 541; 17.1.2007 – XII ZR 104/03, FamRZ 2007, 1303; 16.7.2008 – XII ZR 109/05, FamRZ 2008, 1739; OLG Bremen 19.2.2004 – 4 WF 10/04, FamRZ 2005, 213; grundsätzlich zum Konkurrenzverhältnis Wagner NJW 1998, 3097; Kleffmann FuR 1999, 205).

Auch beim Zusammentreffen von § 1615 I BGB **mit anderen ehelichen Unterhaltsansprüchen, insbesondere Betreuungsunterhalt (§ 1570 BGB)**, wendet die Rechtsprechung § 1606 Abs. 3 BGB analog an (OLG Hamm 4.11.2004 – 3 UF 555/01, NJW 2005, 297; OLG Bremen 19.2.2004 – 4 WF 10/04, FamRZ 2005, 213; KG Berlin 8.6.2000 – 19 UF 6449/99, FamRZ 2001, 29; OLG Schleswig 4.10.1999 – 12 WF 145/99, FamRZ 2000, 637).

Ebenso sind diejenigen Fälle zu lösen, in denen die Mutter **mehrere nichteheliche Kinder verschiedener Väter** betreut. Dies folgt schon aus der unmittelbaren Anwendung von § 1615 I Abs. 3 S. 1, § 1606 Abs. 3 S. 1 BGB (BGH 15.12.2004 – XII ZR 26/03, FamRZ 2005, 357). Die Väter haften also ebenfalls entsprechend ihrer Leistungsfähigkeit und unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalls **anteilig** für den Unterhalt der Mutter.

Sind Ehemann oder Vater **leistungsunfähig**, muss jeweils der andere allein für den vollen Unterhalt der Mutter aufkommen. Ein Regressanspruch besteht mangels Unterhaltspflicht des leistungsunfähigen Schuldners nicht.

Sind jedoch Ehemann oder Vater fiktive Einkünfte zuzurechnen und diese daher nur **leistungsunwillig**, haftet der jeweils andere zwar ebenfalls für

den vollen Unterhalt der Mutter. Ihm steht in diesem Fall aber immerhin in entsprechender Anwendung des § 1607 Abs. 2 BGB ein **Regressanspruch** gegen den leistungsunwilligen Schuldner zu (BGH 21.1.1998 – XII ZR 85/96, FamRZ 1998, 541; Wendl/Dose/Bömelburg 2011, § 7 Rn 35; Wever/Schilling FamRZ 2002, 581).

## 2.2 Berechnungsbeispiel

Der Übersichtlichkeit halber empfiehlt es sich, **zweistufig vorzugehen**: Zunächst sollten die Haftungsquoten allein anhand der Leistungsfähigkeit ermittelt werden, anschließend sind dann – ggf – die Haftungsquoten wertend zu verändern.

6

### Beispiel (nach Krenzler/Borth/Grisebach 2012, Kap. 6 Rn 1475):

Die nicht erwerbstätige Mutter F betreut zwei eheliche Kinder, A und B, die 14 und zehn Jahre alt sind. A und B besuchen eine Ganztagschule. F betreut außerdem ein Kind aus einer nichtehelichen Beziehung, C, das ein Jahr alt ist. Ihr geschiedener Mann M verdient 2.600 EUR im Monat. Der Vater V des nichtehelichen Kindes verdient 1.500 EUR mtl.

Der **Unterhaltsbedarf** von F bestimmt sich sowohl gegenüber M als auch gegenüber V nach den ehelichen Lebensverhältnissen. Er ist also wie folgt zu berechnen:

	2.60
Bereinigtes	0
Einkommen M:	EUR
–	
Kindesunterhalt	
A (469 EUR – 377	
92 EUR =)	EUR
–	
Kindesunterhalt	
B (401 EUR – 309	
92 EUR =)	EUR
	=
	1.91
	4
	EUR
Bedarf F ( $3/7 \times 820$	
1.914 EUR =)	EUR

Um die **Haftungsquoten** von M und V bestimmen zu können, ist zunächst die Verteilungsmasse zu ermitteln:

	2.60
Einzusetzendes	0
Einkommen M:	EUR
– Kindesunterhalt	
A+B (377 EUR + 686	
309 EUR)	EUR
	1.10
	0
– Selbstbehalt	EUR
	=

	814
	EUR
	1.50
Einzusetzendes	0
Einkommen V:	EUR
- Kindesunterhalt	
C (317 EUR - 92	225
EUR)	EUR
	1.10
	0
- Selbstbehalt	EUR
	=
	175
	EUR
→	
Verteilungsmasse	
(814 EUR + 175	989
EUR =)	EUR

Anschließend sind die Haftungsquoten nach der Formel zu bestimmen:

Haftungsquote M:  $820 \text{ EUR} \times 814 \text{ EUR} / 989 \text{ EUR} = 675 \text{ EUR}$

Haftungsquote V:  $820 \text{ EUR} \times 175 \text{ EUR} / 989 \text{ EUR} = 145 \text{ EUR}$

Abschließend ist ggf das Ergebnis aufgrund der Berücksichtigung von besonderen Umständen entsprechend der Entscheidung des BGH zu **korrigieren**. Es wäre zB zu erwägen, ob die Haftungsquote von V bis zu seinem Selbstbehalt zu erhöhen ist, weil F, wenn C nicht betreut werden müsste, zumindest Teilzeit arbeiten könnte, da A und B eine Ganztagschule besuchen (Krenzler/Borth/Grisebach 2012, Kap. 6 Rn 1475).

### 2.3 Wertende Veränderung der Haftungsquoten

Eine wertende Veränderung der Haftungsquoten kommt nach der Rechtsprechung ferner in folgenden Fällen in Betracht:

7

- Die Haftung des Ehemanns kann ganz entfallen, wenn aus **der Ehe keine betreuungsbedürftigen Kinder** hervorgegangen sind und die Mutter nur wegen der Geburt des nichtehelichen Kindes keiner Erwerbstätigkeit nachgehen kann (AG Hannover 15.6.2001 - 606 F 38/01, FamRZ 2002, 191).
- Ist das nichteheliche Kind aufgrund einer **Behinderung** erhöht betreuungsbedürftig, kann die Haftungsquote zulasten des nichtehelichen Vaters angehoben werden (OLG Hamm 4.11.2004 - 3 UF 555/01, NJW 2005, 297).
- Gibt die Mutter wegen eines **in der Trennungszeit geborenen nichtehelichen Kindes** ihre bisherige Erwerbstätigkeit auf, um das Kind betreuen zu können, kann sie ihren Ehemann auf Trennungsunterhalt nur insoweit in Anspruch nehmen, wie unter fiktiver Fortschreibung ihres früheren Einkommens noch ein ungedeckter Unterhaltsbedarf besteht (OLG Hamm 8.7.1999 -



2 UF 21/99, FamRZ 2000, 637; ähnlich OLG Bremen 19.2.2004 – 4 WF 10/04, FamRZ 2005, 213).

#### 2.4 Verzicht auf nahehelichen Unterhalt

Haben die Eheleute wirksam auf nahehelichen Unterhalt verzichtet, soll **der Vater allein** für den Unterhalt der Mutter aufkommen müssen (so OLG Koblenz 20.3.2000 – 13 UF 540/99, FamRZ 2001, 227). Das erscheint unbillig im Hinblick darauf, dass der Ehemann der Mutter rechtlich näher steht, zumal ein Verzicht auf den Unterhalt nach § 1615 I BGB nicht möglich ist (Schilling FamRZ 2006, 1; Krenzler/Borth/Grisebach 2012, Kap. 6 Rn 1478).

8

Ist der **Verzicht unwirksam**, beispielsweise wegen entgegenstehender Interessen des zu betreuenden ehelichen Kindes, wird erwogen, den Verzicht zumindest bei der Bestimmung der Haftungsquoten zu berücksichtigen (Wever/Schilling FamRZ 2002, 581).

#### 2.5 Verwirkung des Ehegattenunterhalts

Treffen Ansprüche nach § 1615 I BGB mit Unterhaltsansprüchen gegen den Ehemann zusammen, sollte immer an den Einwand der Verwirkung nach § 1361 Abs. 3, § 1579 Nr. 2 und Nr. 7 BGB wegen **Ausbruchs aus einer intakten Ehe** oder Bestehens einer verfestigten eheähnlichen Lebensgemeinschaft gedacht werden (BGH 21.1.1998 – XII ZR 85/96, FamRZ 1998, 541; KG Berlin 8.6.2000 – 19 UF 6449/99, FamRZ 2001, 29; OLG Schleswig 7.11.2000 – 8 UF 220/99, OLG Report 2001, 25; OLG Zweibrücken 23.9.1999 – 6 UF 23/99, FuR 2000, 438). Allerdings muss auch bei Vorliegen eines Verwirkungstatbestands erst die Haftungsquote ermittelt werden, bevor darüber entschieden wird, ob und inwieweit der Anspruch aus Billigkeitsgründen zu kürzen ist oder sogar ganz entfällt (BGH 21.1.1998 – XII ZR 85/96, FamRZ 1998, 541; Krenzler/Borth/Grisebach 2012, Kap. 6 Rn 1478).

9

#### 3 Bleibt ein Unterhaltsanspruch nach § 1615 I Abs. 2 BGB bestehen, wenn die Mutter einen anderen Mann als den Vater des Kindes heiratet?

Diese Frage hat der BGH (17.11.2004 – XII ZR 183/02, BGHZ 161, 124 = JAmt 2005, 312) mit folgender Begründung verneint:

10

Die gesetzliche Regelung zum Betreuungsunterhalt (§ 1615 I BGB) enthält für den Fall der Heirat mit einem anderen Mann als dem Vater des Kindes keine Regelung. Insoweit liegt eine unbewusste Regelungslücke vor.

Der Unterhaltsanspruch ist in seiner Entwicklung durch den Gesetzgeber immer mehr dem Betreuungsunterhalt des **Geschiedenenunterhaltsrechts** angeglichen worden, selbst wenn die Ausgestaltung der Ansprüche unterschiedlich geblieben ist. So ist der Gesetzgeber dem Vorschlag, den Unterhaltsanspruch nach § 1615 I BGB

durch eine entsprechende Geltung der §§ 1570, 1577 BGB mit Versagungsmöglichkeit aus Billigkeitsgründen zu ergänzen, nicht gefolgt.

Der BGH zieht für den Fall der Verheiratung der Mutter mit einem anderen Mann als dem Vater § 1586 Abs. 1 BGB in entsprechender Anwendung heran, wonach der Unterhaltsanspruch mit Eheschließung erlischt (BGH 17.11.2004 – XII ZR 183/02, BGHZ 161, 124 = JAmt 2005, 312. Diese Regelung aus dem Geschiedenenunterhaltsrecht müsse für Ansprüche der nichtehelichen Mutter gegen den Kindsvater „erst recht“ gelten. Der Unterhaltsanspruch der nichtehelichen Mutter aus Anlass der Geburt eines Kindes könne nicht stärker ausgestaltet sein als der Anspruch der geschiedenen Mutter auf Betreuungsunterhalt, der mit deren **Wiederverheiratung** erlischt. Der Bedarf der Mutter wird in diesem Fall idR durch den mit Eheschließung erworbenen Anspruch auf Familienunterhalt (§ 1360 BGB) gedeckt.

#### **Literaturverzeichnis:**

Kleffmann, N. (1999). Die Entwicklung des Unterhaltsrechts im Jahr 1998, Teil 2, FuR 1999, 205-215

**11**

Krenzler, M./Borth, H. (Hrsg) (2012). Anwalts-Handbuch Familienrecht, 2. Aufl., Otto Schmidt, Köln (zit. Krenzler/Borth/Bearbeiter)

Schilling, R. (2006). § 1615 I BGB im Spiegel der höchstrichterlichen Rechtsprechung, FamRZ 2006, 1-10

Wagner, G. (1998). Anspruchskonkurrenz beim Betreuungsunterhalt, NJW 1998, 3097-3099

Wendl, P./Dose, H.J. (Hrsg) (2011). Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis. Handbuch, 8. Aufl., C. H. Beck, München, (zit. Wendl/Dose/Bearbeiter)

Wever, R./Schilling, R. (2002). Streitfragen zum Unterhalt nicht miteinander verheirateter Eltern wegen Kindesbetreuung, FamRZ 2002, 581-590